

**Anwaltsprüfung**

**Aargau**

-

**Zusammenfassung /**

**Skript**

**O R**

## **INHALTSÜBERSICHT**

|   |            |
|---|------------|
| Inhaltsverzeichnis .....  | III        |
| Literatur .....   | X          |
| <br>  |            |
| <b>I. Obligationenrecht .....</b>                                   | <b>1</b>   |
| 1. Allgemeiner Teil .....   | 1          |
| 2. Besonderer Teil .....  | 73         |
| 3. Gesellschaftsrecht .....   | 167        |
| 4. Veränderung des Rechtsträgers und allgemeines Handelsrecht ..... | 243        |
| 5. Grundzüge des Wertpapierrechts .....                             | 253        |
| <br>  |            |
| <b>II. Weitere prüfungsrelevante Rechtsgebiete .....</b>            | <b>261</b> |
| 1. Einführung und Grundlagen der Immaterialgüter .....              | 261        |
| 2. Immaterialgüterrechte i.e.S. ....                                | 269        |
| 3. Lauterkeitsrecht .....   | 295        |
| 4. Grundzüge des Kartellrechts .....                                | 301        |
| 5. Grundzüge des internationalen Privatrechts .....                 | 312        |
| 6. Grundzüge des Privatversicherungsrechts .....                    | 320        |

# INHALTSVERZEICHNIS

|   |          |
|---|----------|
| <b>I. Obligationenrecht</b> .....   | <b>1</b> |
| <b>1. Allgemeiner Teil</b> .....  | <b>1</b> |
| 1.1. Grundbegriffe .....  | 1        |
| 1.1.1. Rechtsgeschäft .....   | 1        |
| 1.1.2. Schuldverhältnis .....   | 1        |
| 1.2. Inhalt der Obligation .....  | 2        |
| 1.2.1. Modalitäten .....  | 2        |
| 1.2.2. Ausgewählte Schuldinhalte .....                                    | 3        |
| 1.2.3. Die Bedingungen .....  | 4        |
| 1.3. Allgemeine Grundlagen vertraglicher und deliktischer Haftung .....   | 5        |
| 1.3.1. Grundlagen der Schadensabwälzung .....                             | 5        |
| 1.3.2. Haftungsarten .....  | 5        |
| 1.3.3. Schaden .....  | 6        |
| 1.3.4. Kausalzusammenhang .....   | 13       |
| 1.3.5. Widerrechtlichkeit .....   | 17       |
| 1.3.6. Verschulden .....  | 21       |
| 1.3.7. Haftung für Hilfspersonen .....                                    | 23       |
| 1.3.8. Organhaftung .....   | 23       |
| 1.3.9. Vertragliche Haftungsausschlüsse und -beschränkungen .....         | 24       |
| 1.4. Kausalhaftungen .....  | 24       |
| 1.4.1. Geschäftsherrenhaftpflicht OR 55 .....                             | 24       |
| 1.4.2. Tierhalterhaftpflicht OR 56 .....                                  | 27       |
| 1.4.3. Werkeigentümerhaftpflicht OR 58 .....                              | 28       |
| 1.4.4. Grundeigentümerhaftpflicht ZGB 679 .....                           | 30       |
| 1.4.5. Haftpflicht des Familienhauptes ZGB 333 .....                      | 31       |
| 1.4.6. Gefährdungshaftungen .....   | 33       |
| 1.5. Solidarität und Regress, Verjährung .....                            | 36       |
| 1.5.1. Grundsatz der Solidarität - Aussenverhältnis .....                 | 36       |
| 1.5.2. Regress - Innenverhältnis .....                                    | 38       |
| 1.5.3. Grundsätzliches zur Verjährung .....                               | 39       |
| 1.5.4. Die Verjährungsfristen von OR 60 I .....                           | 40       |
| 1.5.5. Strafrechtliche Verjährungsfristen OR 60 II .....                  | 42       |
| 1.6. Entstehung der Obligation durch Vertrag .....                        | 43       |
| 1.6.1. Entstehung durch Vertrag - Prüfungsschema .....                    | 43       |
| 1.6.2. Grundsatz der Vertragsfreiheit .....                               | 44       |
| 1.6.3. Der Vertragsschluss im Allgemeinen .....                           | 45       |
| 1.6.4. Die Gültigkeitsvoraussetzungen .....                               | 47       |
| 1.6.5. Auslegung und Anpassung von Verträgen .....                        | 50       |
| 1.6.6. Die Willensmängel .....  | 51       |
| 1.6.7. Die Stellvertretung .....  | 53       |
| 1.6.8. Allgemeine Geschäftsbedingungen .....                              | 55       |
| 1.6.9. Culpa in contrahendo .....   | 55       |
| 1.7. Entstehung der Obligation durch ungerechtfertigte Bereicherung ..... | 56       |
| 1.7.1. Allgemeines .....  | 56       |
| 1.7.2. Leistungskonditionen .....   | 56       |
| 1.7.3. Nichtleistungskonditionen .....                                    | 57       |
| 1.7.4. Die Rechtsfolgen der ungerechtfertigten Bereicherung .....         | 58       |

|           |   |           |
|-----------|---|-----------|
| 1.8.      | Die Leistungsstörungen .....                | 58        |
| 1.8.1.    | Allgemeines.....                            | 58        |
| 1.8.2.    | Die Nichtleistung .....                     | 59        |
| 1.8.3.    | Die Spätleistung.....                       | 60        |
| 1.8.4.    | Die Schlechtleistung .....                  | 61        |
| 1.8.5.    | Der Gläubigerverzug.....                    | 62        |
| 1.8.6.    | Konventionalstrafe, Haft- und Reuegeld..... | 63        |
| 1.9.      | Die Beendigung von Schuldverhältnissen..... | 64        |
| 1.9.1.    | Erfüllung .....                             | 64        |
| 1.9.2.    | Verrechnung.....                            | 65        |
| 1.9.3.    | Weitere Arten des Erlöschens.....           | 66        |
| 1.9.4.    | Verjährung .....                            | 66        |
| 1.10.     | Der Kreis der Beteiligten .....             | 68        |
| 1.10.1.   | Verträge zugunsten Dritter .....            | 68        |
| 1.10.2.   | Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern..... | 69        |
| 1.10.3.   | Wechsel der Beteiligten.....                | 70        |
| <b>2.</b> | <b>Besonderer Teil .....</b>                | <b>73</b> |
| 2.1.      | Kauf.....                                   | 73        |
| 2.1.1.    | Fahrniskauf .....                           | 73        |
| 2.1.2.    | Grundstückkauf.....                         | 79        |
| 2.1.3.    | Besondere Arten des Kaufes .....            | 81        |
| 2.1.4.    | Tausch.....                                 | 82        |
| 2.1.5.    | Schenkung .....                             | 82        |
| 2.2.      | Miete .....                                 | 84        |
| 2.2.1.    | Allgemeines.....                            | 84        |
| 2.2.2.    | Der Mietvertrag.....                        | 86        |
| 2.2.3.    | Zahlung des Mietzinses .....                | 90        |
| 2.2.4.    | Untermiete und Übertragung der Miete.....   | 94        |
| 2.2.5.    | Mietbeendigung .....                        | 95        |
| 2.2.6.    | Strafrechtlicher Schutz des Mieters .....   | 102       |
| 2.3.      | Pacht .....                                 | 102       |
| 2.3.1.    | Begriff und Abgrenzung.....                 | 102       |
| 2.3.2.    | Die gesetzliche Regelung im Einzelnen ..... | 103       |
| 2.4.      | Leihe .....                                 | 103       |
| 2.4.1.    | Gebrauchsleihe .....                        | 103       |
| 2.4.2.    | Darlehen .....                              | 104       |
| 2.5.      | Arbeitsvertrag .....                        | 105       |
| 2.5.1.    | Einzelarbeitsvertrag.....                   | 105       |
| 2.5.2.    | Öffentliches Arbeitsrecht .....             | 129       |
| 2.5.3.    | Besondere Einzelarbeitsverträge.....        | 131       |
| 2.5.4.    | Kollektives Arbeitsrecht.....               | 135       |
| 2.5.5.    | Arbeitsgerichtsbarkeit .....                | 138       |
| 2.6.      | Werkvertrag.....                            | 139       |
| 2.6.1.    | Begriff und Abgrenzungen .....              | 139       |
| 2.6.2.    | Rechtsstellung des Unternehmers .....       | 139       |
| 2.6.3.    | Rechtsstellung des Bestellers .....         | 141       |
| 2.6.4.    | Mängelrechte des Bestellers.....            | 141       |
| 2.6.5.    | Beendigung des Werkvertrages .....          | 143       |
| 2.7.      | Verlagsvertrag.....                         | 144       |
| 2.7.1.    | Begriff .....                               | 144       |
| 2.7.2.    | Wirkungen .....                             | 144       |
| 2.7.3.    | Beendigung .....                            | 144       |

|           |  |            |
|-----------|--|------------|
| 2.8.      | Auftrag.....   | 145        |
| 2.8.1.    | Der einfache Auftrag.....                                | 145        |
| 2.8.2.    | Auftrag zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung.....     | 147        |
| 2.8.3.    | Kreditbrief und Kreditauftrag.....                       | 147        |
| 2.8.4.    | Der Mäklervertrag .....                                  | 148        |
| 2.8.5.    | Der Agenturvertrag .....                                 | 149        |
| 2.9.      | Geschäftsführung ohne Auftrag.....                       | 150        |
| 2.9.1.    | Allgemeines.....   | 150        |
| 2.9.2.    | Rechte und Pflichten .....                               | 151        |
| 2.9.3.    | Unechte Geschäftsführung ohne Auftrag .....              | 152        |
| 2.10.     | Kommission .....   | 152        |
| 2.10.1.   | Allgemeines.....   | 152        |
| 2.10.2.   | Die Verkaufskommission .....                             | 153        |
| 2.10.3.   | Die Einkaufskommission .....                             | 153        |
| 2.10.4.   | Der Selbsteintritt des Kommissionärs .....               | 153        |
| 2.11.     | Frachtvertrag .....                                      | 153        |
| 2.11.1.   | Begriff, Anwendungsgebiet, Entstehung.....               | 153        |
| 2.11.2.   | Rechtsstellung des Absenders .....                       | 154        |
| 2.11.3.   | Rechtsstellung des Frachtführers .....                   | 154        |
| 2.12.     | Speditionsvertrag .....                                  | 154        |
| 2.12.1.   | Begriff .....  | 154        |
| 2.12.2.   | Rechtsstellung des Spediteurs.....                       | 155        |
| 2.12.3.   | Rechtsstellung des Versenders .....                      | 155        |
| 2.13.     | Anweisung .....  | 155        |
| 2.13.1.   | Begriff .....  | 155        |
| 2.13.2.   | Wirkungen .....  | 156        |
| 2.14.     | Hinterlegungsvertrag.....                                | 157        |
| 2.14.1.   | Der gewöhnliche Hinterlegungsvertrag .....               | 157        |
| 2.14.2.   | Das Bankverwahrungsgeschäft (Depositum irregulare) ..... | 158        |
| 2.14.3.   | Das Lagergeschäft.....                                   | 158        |
| 2.14.4.   | Haftung aus dem Beherbergungsvertrag.....                | 158        |
| 2.15.     | Bürgschaft .....   | 159        |
| 2.15.1.   | Begriff .....  | 159        |
| 2.15.2.   | Entstehung.....  | 159        |
| 2.15.3.   | Arten der Bürgschaft.....                                | 160        |
| 2.15.4.   | Umfang der Bürgschaft .....                              | 161        |
| 2.15.5.   | Rechtsstellungen.....                                    | 161        |
| 2.15.6.   | Untergang der Bürgschaft.....                            | 162        |
| 2.16.     | Spiel und Wette.....                                     | 162        |
| 2.17.     | Leibrentenvertrag und Verpfändung .....                  | 163        |
| 2.17.1.   | Leibrente .....  | 163        |
| 2.17.2.   | Verpfändungsvertrag .....                                | 163        |
| 2.18.     | Innominatkontrakte .....                                 | 165        |
| 2.18.1.   | Rechtsanwendungsfragen .....                             | 165        |
| 2.18.2.   | Leasing.....   | 165        |
| 2.18.3.   | Franchising.....   | 166        |
| 2.18.4.   | Trödelvertrag.....                                       | 166        |
| <b>3.</b> | <b>Gesellschaftsrecht .....</b>                          | <b>167</b> |
| 3.1.      | Allgemeines .....  | 167        |
| 3.1.1.    | Der Begriff der Gesellschaft .....                       | 167        |
| 3.1.2.    | Körperschaften und Rechtsgemeinschaften .....            | 167        |
| 3.1.3.    | Personen- und kapitalbezogene Gesellschaften .....       | 168        |

|           |   |            |
|-----------|---|------------|
| 3.1.4.    | Wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Zweckverfolgung mit oder ohne kaufmännische Unternehmen..... | 169        |
| 3.1.5.    | Der Konzern .....   | 170        |
| 3.1.6.    | Die Handlungsvollmachten OR 458 ff.....   | 173        |
| 3.2.      | Einfache Gesellschaft.....  | 174        |
| 3.2.1.    | Begriff .....   | 174        |
| 3.2.2.    | Das Innenverhältnis.....  | 175        |
| 3.2.3.    | Aussenverhältnis (Vertretung: „Geschäftsführung“ nach aussen) .....                                   | 177        |
| 3.2.4.    | Beendigung der Gesellschaft .....   | 177        |
| 3.2.5.    | Eintritt, Ausscheiden und Ausschluss von Gesellschaftern .....  | 178        |
| 3.2.6.    | Exkurs: Die stille Gesellschaft .....   | 178        |
| 3.3.      | Kollektivgesellschaft .....   | 179        |
| 3.3.1.    | Der Begriff .....   | 179        |
| 3.3.2.    | Das Innenverhältnis.....  | 180        |
| 3.3.3.    | Das Aussenverhältnis.....   | 181        |
| 3.3.4.    | Die Beendigung der Kollektivgesellschaft .....  | 183        |
| 3.3.5.    | Ausschluss und Ausscheiden von Gesellschaftern .....  | 183        |
| 3.4.      | Kommanditgesellschaft .....   | 184        |
| 3.4.1.    | Der Begriff .....   | 184        |
| 3.4.2.    | Das Innenverhältnis.....  | 185        |
| 3.4.3.    | Das Aussenverhältnis.....   | 186        |
| 3.4.4.    | Beendigung der Gesellschaft und Gesellschafterwechsel.....  | 186        |
| 3.5.      | Kommanditaktiengesellschaft .....   | 186        |
| 3.6.      | Aktiengesellschaft .....  | 187        |
| 3.6.1.    | Begriff und Wesen der AG.....   | 187        |
| 3.6.2.    | Die Gründung der AG.....  | 189        |
| 3.6.3.    | Aktienkapital, Kapitalerhöhung und -herabsetzung .....  | 194        |
| 3.6.4.    | Die Organe der Aktiengesellschaft.....  | 204        |
| 3.6.5.    | Die Rechtsstellung des Aktionärs .....  | 217        |
| 3.6.6.    | Die Rechnungslegung.....  | 222        |
| 3.6.7.    | Rechtsschutz .....  | 227        |
| 3.6.8.    | Liquidation .....   | 233        |
| 3.7.      | GmbH .....  | 235        |
| 3.7.1.    | Allgemeines.....  | 235        |
| 3.7.2.    | Übersicht der Änderungen .....  | 236        |
| 3.8.      | Genossenschaft .....  | 236        |
| 3.8.1.    | Begriff .....   | 236        |
| 3.8.2.    | Die Gründung der Genossenschaft .....   | 237        |
| 3.8.3.    | Die Organisation der Genossenschaft .....   | 238        |
| 3.8.4.    | Die Stellung der Genossenschafter.....  | 239        |
| 3.8.5.    | Kapitalveränderungen .....  | 241        |
| 3.8.6.    | Beendigung der Genossenschaft (OR 911) .....  | 241        |
| 3.8.7.    | Besondere Arten von Genossenschaften .....  | 242        |
| <b>4.</b> | <b>Veränderung des Rechtsträgers und allgemeines Handelsrecht .....</b>                               | <b>243</b> |
| 4.1.      | Das Fusionsgesetz .....   | 243        |
| 4.1.1.    | Allgemeines.....  | 243        |
| 4.1.2.    | Fusion .....  | 243        |
| 4.1.3.    | Spaltung .....  | 246        |
| 4.1.4.    | Umwandlung .....  | 246        |
| 4.1.5.    | Vermögensübertragung.....   | 247        |
| 4.2.      | Das Handelsregister .....   | 247        |
| 4.2.1.    | Funktionen .....  | 247        |
| 4.2.2.    | Inhalt und Organisation.....  | 248        |

|             |   |            |
|-------------|---|------------|
| 4.2.3.      | Eintragungsrecht und –pflicht.....  | 248        |
| 4.2.4.      | Wirkungen .....   | 249        |
| 4.3.        | Das Firmenrecht .....   | 249        |
| 4.3.1.      | Begriff und Funktion .....  | 249        |
| 4.3.2.      | Firmenkern und Zusätze.....   | 250        |
| 4.3.3.      | Grundsätze der Firmenbildung.....   | 250        |
| 4.3.4.      | Ausschliesslichkeitsanspruch .....  | 250        |
| 4.3.5.      | Firmengebrauchspflicht, Übertragbarkeit, Änderung des<br>Firmennamens ..... | 251        |
| 4.4.        | Buchführung und Rechnungslegung .....                                       | 251        |
| 4.4.1.      | Allgemeines.....  | 251        |
| 4.4.2.      | Anforderungen allgemein.....  | 251        |
| 4.4.3.      | Umfang .....  | 252        |
| 4.4.4.      | Materielle Buchführungsgrundsätze.....                                      | 252        |
| 4.4.5.      | Formelle Buchführungsvorschriften .....                                     | 252        |
| <b>5.</b>   | <b>Grundzüge des Wertpapierrechts .....</b>                                 | <b>253</b> |
| 5.1.        | Die Schuldurkunde.....  | 253        |
| 5.2.        | Das Wertpapier im Allgemeinen .....   | 253        |
| 5.2.1.      | Die Wertpapiereigenschaft .....   | 253        |
| 5.2.2.      | Arten von Wertpapieren .....  | 254        |
| 5.2.3.      | Kraftloserklärung .....   | 255        |
| 5.3.        | Die Einredelehre .....  | 255        |
| 5.3.1.      | Skripturrecht als Einredenbeschränkung .....                                | 255        |
| 5.3.2.      | Einrede gegen das verurkundete Recht.....                                   | 255        |
| 5.3.3.      | Mängel bei der Übertragung .....  | 256        |
| 5.3.4.      | Das Blankett.....   | 256        |
| 5.4.        | Der Wechsel.....  | 257        |
| 5.4.1.      | Die Idee.....   | 257        |
| 5.4.2.      | Der Umlauf des Wechsels .....   | 257        |
| 5.4.3.      | Der Rücklauf des Wechsels .....   | 258        |
| 5.5.        | Der Check.....  | 258        |
| 5.5.1.      | Idee .....  | 258        |
| 5.5.2.      | Der Umlauf des Checks .....   | 259        |
| 5.5.3.      | Sicherung gegen Missbrauch.....   | 259        |
| 5.5.4.      | Sonderformen.....   | 260        |
| <b>5.6.</b> | <b>Die Gläubigergemeinschaft.....</b>                                       | <b>260</b> |
| <br>        |   |            |
| <b>II.</b>  | <b>Weitere prüfungsrelevante Rechtsgebiete .....</b>                        | <b>261</b> |
| <br>        |   |            |
| <b>1.</b>   | <b>Einführung und Grundlagen der Immaterialgüter.....</b>                   | <b>261</b> |
| 1.1.        | Allgemeines .....   | 261        |
| 1.1.1.      | Überblick .....   | 261        |
| 1.1.2.      | Funktion und Prinzipien.....  | 262        |
| 1.2.        | Verwertung.....   | 262        |
| 1.2.1.      | Vollständige Abtretung .....  | 262        |
| 1.2.2.      | Teilweise Abtretung .....   | 263        |
| 1.2.3.      | Zwangsvollstreckung .....   | 264        |

|           |  |            |
|-----------|--|------------|
| 1.3.      | Zivilrechtlicher Rechtsschutz.....                                   | 265        |
| 1.3.1.    | Örtliche und sachliche Zuständigkeit .....                           | 265        |
| 1.3.2.    | Die einzelnen zivilrechtlichen Ansprüche .....                       | 265        |
| 1.3.3.    | Rechtsschutzinteresse und Legitimation.....                          | 266        |
| 1.3.4.    | Beweisrecht, Verwirkung und Sonderfragen .....                       | 267        |
| 1.3.5.    | Vorsorgliche Massnahmen .....  | 268        |
| 1.3.6.    | Hilfeleistungen der Zollverwaltung und strafrechtlicher Schutz ..... | 268        |
| <b>2.</b> | <b>Immaterialgüterrechte i.e.S. ....</b>                             | <b>269</b> |
| 2.1.      | Patentrecht .....  | 269        |
| 2.1.1.    | Gegenstand.....  | 269        |
| 2.1.2.    | Die Erfindung.....   | 269        |
| 2.1.3.    | Schutzvoraussetzungen.....   | 270        |
| 2.1.4.    | Ausnahmen vom Patentschutz.....                                      | 271        |
| 2.1.5.    | Erwerb des Patentrechtes .....                                       | 272        |
| 2.1.6.    | Das Erteilungsverfahren .....  | 273        |
| 2.1.7.    | Inhalt des Patentrechts .....  | 274        |
| 2.1.8.    | Bestand des Patentbesitzes.....                                      | 275        |
| 2.2.      | Urheberrecht.....  | 276        |
| 2.2.1.    | Gegenstand.....  | 276        |
| 2.2.2.    | Das urheberrechtlich geschützte Werk.....                            | 276        |
| 2.2.3.    | Der Urheber .....  | 278        |
| 2.2.4.    | Inhalt des Urheberrechts .....                                       | 279        |
| 2.2.5.    | Schranken des Urheberrechts (URG 19-28) .....                        | 280        |
| 2.2.6.    | Schutzdauer .....  | 281        |
| 2.2.7.    | Rechtsübergang .....   | 281        |
| 2.2.8.    | Die verwandten Schutzrechte.....                                     | 282        |
| 2.2.9.    | Die Verwertungsgesellschaften .....                                  | 282        |
| 2.3.      | Designrecht .....  | 283        |
| 2.3.1.    | Gegenstand.....  | 283        |
| 2.3.2.    | Schutzvoraussetzungen.....   | 284        |
| 2.3.3.    | Schutzausschlussgründe (DesG 4) .....                                | 285        |
| 2.3.4.    | Entstehung des Designrechts .....                                    | 285        |
| 2.3.5.    | Bestand und Inhalt des Designrechts .....                            | 287        |
| 2.3.6.    | Rechtsübergang (DesG 14-17) .....                                    | 288        |
| 2.4.      | Markenrecht.....   | 288        |
| 2.4.1.    | Gegenstand.....  | 288        |
| 2.4.2.    | Absolute Schutzausschlussgründe .....                                | 288        |
| 2.4.3.    | Relative Schutzausschlussgründe.....                                 | 289        |
| 2.4.4.    | Erwerb des Markenrechts .....  | 290        |
| 2.4.5.    | Inhalt des Markenrechts .....  | 292        |
| 2.4.6.    | Bestand und Übertragung des Markenrechts.....                        | 293        |
| 2.4.7.    | Garantie und Kollektivmarken .....                                   | 294        |
| 2.4.8.    | Die internationale Marke .....                                       | 294        |
| 2.5.      | Nicht registrierte Kennzeichen .....                                 | 294        |
| 2.5.1.    | Enseigne .....   | 294        |
| 2.5.2.    | Nicht registrierte Herkunftsangaben .....                            | 295        |
| 2.5.3.    | Ausländische Handelsnamen .....                                      | 295        |
| <b>3.</b> | <b>Lauterkeitsrecht .....</b>  | <b>295</b> |
| 3.1.      | Gegenstand .....   | 295        |
| 3.1.1.    | Zweck .....  | 295        |
| 3.1.2.    | Geltungsbereich .....  | 295        |
| 3.1.3.    | Verhältnis zu den immaterialgüterrechtlichen Spezialgesetzen .....   | 296        |



|           |  |            |
|-----------|--|------------|
| 3.2.      | Die Generalklausel UWG 2.....  | 296        |
| 3.2.1.    | Allgemeines.....   | 296        |
| 3.2.2.    | Unzulässige Kundenbeeinflussung.....   | 296        |
| 3.2.3.    | Unkorrektes Vorgehen gegenüber Mitbewerbern .....  | 297        |
| 3.3.      | Spezialtatbestände.....  | 297        |
| 3.3.1.    | Herabsetzung UWG 3a .....  | 297        |
| 3.3.2.    | Begünstigung .....   | 297        |
| 3.3.3.    | Aggressiver Kundenfang (UWG 3h) .....  | 299        |
| 3.3.4.    | Verleitung zur Vertragsverletzung oder zur Vertragsauflösung<br>(UWG 4a, b, d).....                | 300        |
| 3.3.5.    | Verwertung fremder Leistungen (UWG 5, Leistungsschutz).....  | 300        |
| 3.3.6.    | Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen<br>(UWG 4c, 6).....                         | 300        |
| 3.3.7.    | Missachtung von Arbeitsbedingungen, Lohndumping (UWG 7) .....                                      | 300        |
| 3.4.      | Verwaltungs- und Verfahrensrecht.....  | 301        |
| <b>4.</b> | <b>Grundzüge des Kartellrechts .....</b>   | <b>301</b> |
| 4.1.      | Allgemeines .....  | 301        |
| 4.1.1.    | Abgrenzungen .....   | 301        |
| 4.1.2.    | Funktionen .....   | 301        |
| 4.1.3.    | Wirksamer Wettbewerb.....  | 302        |
| 4.2.      | Musterfalllösung Kartellrecht .....  | 302        |
| 4.2.1.    | Geltungsbereich (Art. 2 KG).....   | 302        |
| 4.2.2.    | Liegen vorbehaltene Vorschriften vor, welche die Anwendung des<br>KG einschränken (Art 3 KG)?..... | 303        |
| 4.2.3.    | Wettbewerbsbeschränkung .....  | 303        |
| 4.2.4.    | Materielle Beurteilung einer Wettbewerbsabrede.....  | 305        |
| 4.2.5.    | Materielle Beurteilung des Verhaltens eines marktbeherrschenden<br>Unternehmens.....               | 307        |
| 4.2.6.    | Materielle Beurteilung eines Unternehmenszusammenschlusses .....                                   | 309        |
| 4.3.      | Behörden und Verfahren in der Schweiz .....  | 310        |
| 4.3.1.    | Allgemeines.....   | 310        |
| 4.3.2.    | Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen: .....   | 311        |
| 4.3.3.    | Sanktionen.....  | 311        |
| <b>5.</b> | <b>Grundzüge des internationalen Privatrechts.....</b>   | <b>312</b> |
| 5.1.      | Allgemeines .....  | 312        |
| 5.1.1.    | Problemstellung .....  | 312        |
| 5.1.2.    | Gegenstand und Definitionen das IPR.....   | 312        |
| 5.2.      | IPR-Kollisionsregeln .....   | 313        |
| 5.2.1.    | Struktur und Arten der Kollisionsregeln .....  | 313        |
| 5.2.2.    | Die einzelnen Anknüpfungsbegriffe .....  | 313        |
| 5.2.3.    | Qualifikation und Anpassung .....  | 314        |
| 5.2.4.    | Renvoi (IPRG 14) .....   | 314        |
| 5.2.5.    | Der Zeitfaktor im IPR und die Ausnahmeklausel.....   | 315        |
| 5.3.      | Anwendung des massgeblichen Rechts.....  | 315        |
| 5.3.1.    | Anwendung des IPRG.....  | 315        |
| 5.3.2.    | Adaption .....   | 315        |
| 5.3.3.    | Die Vorfrage im IPR.....   | 316        |
| 5.3.4.    | Ordre Public .....   | 316        |
| 5.3.5.    | Gesetzesumgehung .....   | 316        |
| 5.4.      | International zwingende Rechtsnormen.....  | 317        |
| 5.4.1.    | Lois d'application immédiate (Eingriffsnormen) .....   | 317        |
| 5.4.2.    | IPR-Sachnormen .....   | 317        |

|           |   |            |
|-----------|---|------------|
| 5.5.      | Internationales Zivilprozessrecht .....                                   | 317        |
| 5.5.1.    | Allgemeines.....  | 317        |
| 5.5.2.    | Die internationale Zuständigkeit .....                                    | 318        |
| 5.5.3.    | Widerklage und Gerichtsstandsvereinbarung .....                           | 319        |
| 5.5.4.    | Das anwendbare Prozessrecht .....   | 319        |
| 5.5.5.    | Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Entscheidungen ..... | 319        |
| 5.5.6.    | Das Lugano-Übereinkommen .....  | 319        |
| <b>6.</b> | <b>Grundzüge des Privatversicherungsrechts .....</b>                      | <b>320</b> |
| 6.1.      | Allgemeines .....   | 320        |
| 6.1.1.    | Elemente .....  | 320        |
| 6.1.2.    | Rechtsquellen .....   | 320        |
| 6.1.3.    | Gegenstand.....   | 321        |
| 6.2.      | Der Versicherungsvertrag.....   | 322        |
| 6.2.1.    | Allgemeines.....  | 322        |
| 6.2.2.    | Beteiligte Personen.....  | 322        |
| 6.2.3.    | Merkmale und Zustandekommen des Versicherungsvertrages.....               | 322        |
| 6.2.4.    | Die Versicherungspolice .....   | 323        |
| 6.3.      | Versicherungsfall und Regress .....                                       | 325        |
| 6.3.1.    | Rechtliche Bedeutung .....  | 325        |
| 6.3.2.    | Subrogation des Schadensversicherers gemäss VVG 72 .....                  | 326        |

## LITERATUR

VON BÜREN ROLAND / MARBACH EUGEN, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, Bern 2002; BÜHLER ALFRED / EDELMANN ANDREAS / KILLER ALBERT, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Aarau Frankfurt am Main Salzburg 1998; BRÜHWILNER JÜRIG, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage, Bern Stuttgart Wien 1996; GUHL THEO, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, bearbeitet durch KOLLER ALFRED, SCHNYDER ANTON K. und DRUEY JEAN NICOLAS, Zürich 2000; HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 6. Auflage, Bern 2001; KÜCHLER MARCEL, Skripte auf [skripte.kuechler-law.ch](http://skripte.kuechler-law.ch) (Konzernrecht sowie Teile des Gesellschaftsrechts besonderer Teil); KUHN MORITZ W. / MÜLLER-STUDER LUKA / ECKERT MARTIN K., Privatversicherungsrecht, Zürich 2002; LACHAT DAVID/STOLL DANIEL, Das neue Mietrecht für die Praxis, Zürich 1991; MEIER-HAYOZ ARTHUR / FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Auflage, Bern 1998; REHBINDER MANFRED, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Auflage, Bern 2002; REY HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Auflage, Zürich Basel Genf 2003; SCHWANDER IVO, Einführung in das internationale Privatrecht, 3. Auflage, St. Gallen 2000; SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Bern 2002; THOUVENIN FLORENT / BIRCHER MARCEL / FISCHER ROLAND, Immaterialgüterrecht, Zürich 2004; TROLLER KAMEN, Grundzüge des Schweizerischen Immaterialgüterrechts, Basel Genf München 2001.

Dezember 2007  
mischaberner@gmx.ch

# I. OBLIGATIONENRECHT

## 1. Allgemeiner Teil

### 1.1. *Grundbegriffe*

#### 1.1.1. Rechtsgeschäft

Das **Rechtsgeschäft** ist ein Tatbestand, der aus mindestens einer Willenserklärung besteht und an den die Rechtsordnung den Eintritt des gewollten rechtlichen Erfolges knüpft. Je nachdem ist weiter ein Realakt vorausgesetzt (z.B. ZGB 714).

Einseitige Rechtsgeschäfte sind die Auslobung (OR 8), die Bevollmächtigung (OR 33 II), die Errichtung einer Stiftung (ZGB 80) und diejenige eines Testamentes (ZGB 498). Ferner gehören die Gestaltungsrechte zu den einseitigen Rechtsgeschäften. Sie sind grundsätzlich bedingungsfeindlich, und verjähren nicht, aber sie verwirken regelmässig (vgl. OR 31 I, ZGB 256c). Mehrseitige Rechtsgeschäfte sind der Vertrag und der Beschluss. Verträge selber können aber einseitig sein, wenn nur eine Partei Leistungspflichtig ist.

Beim Verpflichtungsgeschäft geht es um das rechtliche „dürfen“, beim Verfügungsgeschäft um das „können“ (ZGB 656 I, 884, OR 164). Bei kausalen Geschäften sind das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft voneinander abhängig. Das bedeutet, dass die Verfügung nur dann wirksam ist, wenn das ihr zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft seinerseits wirksam ist. Abstrakte Geschäfte sind voneinander unabhängig und beeinträchtigen einander nicht. Die Schuldanerkennung ist ein einseitiger Vertrag, und als solcher ein abstraktes Schuldbekenntnis, welches keinen Rechtsgrund enthalten muss und daher gültig ist (vgl. OR 17).

#### 1.1.2. Schuldverhältnis

Das **Schuldverhältnis im engeren Sinn** ist eine einzelne **Obligation**, d.h. ein Tun oder Unterlassen, welches der Gläubiger vom Schuldner verlangen kann. Im weiteren Sinne ist es die Gesamtheit aller Obligationen aus einem Rechtsgeschäft.

Die Rechte aus den Schuldverhältnissen sind relativer Natur, da sie nur zwischen den Parteien wirken. Ausnahmen davon sind die sittenwidrige Beeinträchtigung vertraglicher Rechte Dritter (OR 41 II), die Verdinglichung obligatorischer Rechte, der Schutz des berechtigten Besitzers und derjenige der Familienwohnung.

Aus dem Schuldverhältnis stehen sich das Forderungsrecht und die Leistungspflicht entgegen. Bei den Pflichten gibt es Haupt- und Nebenpflichten. Erstere charakterisieren das

betreffende Schuldverhältnis, während letztere meist aus den Umständen entstehen. **Von der Pflicht ist die Obliegenheit zu unterscheiden, welche nicht gerichtlich durchsetzbar ist; die Vernachlässigung einer Obliegenheit hat „nur“ Rechtsnachteile zur Folge** (z.B. Mängelrüge OR 201). Die Forderung kann nur gerichtlich durchgesetzt werden, wobei allerdings als Ausnahme **OR 52 III** zu beachten ist, wenn ohne Selbsthilfe die Verwirklichung des Anspruches vereitelt oder wesentlich erschwert würde.

Gegen die Durchsetzung einer Forderung kann der Schuldner Einreden und Einwendungen geltend machen. Einwendungen richten sich gegen den Bestand einer Forderung und sind im Prozess von Amtes wegen durch das Gericht zu beachten. Einreden hindern lediglich die uneingeschränkte Durchsetzbarkeit und sind nur dann zu berücksichtigen, wenn sich der Schuldner darauf beruft.

## **1.2.      *Inhalt der Obligation***

### **1.2.1.    Modalitäten**

Der **Leistungsgegenstand** muss bestimmt oder zumindest bestimmbar sein. Die Bestimmung kann auch auf einen Dritten übertragen sein (z.B. bei einer Gattungsschuld).

Der **Leistungsort** ist der Ort, wo der Schuldner seine Leistungshandlung vorzunehmen hat. Er hat vor allem bei der Frage, ob der Schuldner richtig erfüllt hat, seine Bedeutung, sowie auch beim Übergang der Preisgefahr (OR 185 I). Nach OR 74 ist zunächst zu prüfen, ob die Parteien einen bestimmten Ort als Leistungsort genannt haben. Beim Fehlen einer Vereinbarung kann sich der Leistungsort aus den Umständen ergeben, und subsidiär aus der gesetzlichen Regelung (vgl. OR 74).

Der **Leistungszeitpunkt** bzw. Auslegungsregeln für die Bestimmung der Leistungszeit sind in OR 76-80 zu finden. Primär ist wiederum auf die individuelle Abrede abzustellen, danach auf die Natur des Schuldverhältnisses und subsidiär auf die gesetzlichen Regelungen (vgl. OR 75 massgebend ist vorerst der Vertrag, danach die Natur des Rechtsverhältnisses; wenn beide keine Antwort geben, ist der Vertrag sogleich zu erfüllen).

Für **Teilleistungen** gilt, dass der Schuldner sie grundsätzlich nicht akzeptieren muss (OR 69 I). Die Zurückweisung der Leistung kann im Einzelfall indes gegen Treu und Glauben verstossen, wenn z.B. nur ein kleiner Teil fehlt.

Ob die Leistung vom Schuldner oder vom einem Dritten erbracht werden kann, ist nur dort von Bedeutung, wo es auf die Persönlichkeit des Schuldners ankommt (vgl. z.B. OR 321, 364 II, 398 III). Ist die Persönlichkeit nicht wichtig, kann die Leistung von einem Dritten erbracht werden (OR 68). Der Dritte kann die Leistung sogar gegen den Willen des Schuldners gültig erbringen.

## 1.2.2. Ausgewählte Schuldinhalte

### a) *Stück- und Gattungsschuld*

Bei einer Stückschuld kann nur eine einzige, individuell bestimmte Sache die Schuldpflicht erfüllen. Bei der Gattungsschuld ist der Leistungsinhalt hingegen nach Gattungsmerkmalen bezeichnet.

Die Abgrenzung ist nicht mit der Unterscheidung zwischen vertretbaren und unvertretbaren Sachen zu verwechseln. **Vertretbare Sachen sind solche, die im Verkehr nach Zahl, Mass oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen**, was bei unvertretbaren Sachen nicht der Fall ist. Bei vertretbaren Sachen kommt es nicht auf eine bestimmte Eigenschaft an. Drei Zeichnungen von Picasso können daher eine unvertretbare Gattungsschuld sein, sowie die Jahresernte eines Bauern eine vertretbare Stückschuld darstellt.

Von einer **begrenzten Gattungsschuld** spricht man dann, wenn z.B. Mehl aus einer eigenen Mühle verkauft wird. Wenn diese Mühle abbrennt, wird der Schuldner befreit. Bei der normalen **Gattungsschuld erlischt seine Leistungspflicht durch die Beschaffungspflicht hingegen nicht**. Bei Lieferung von minderer Qualität liegt eine Nichterfüllung vor bei der Gattungsschuld, während bei der Stückschuld auf die Gewährleistungsansprüche verwiesen wird. Wird eine Sache einer anderen Gattung geliefert, liegt ein **aliud** vor; wird eine minderwertige Sache geliefert, liegt ein **peius** vor. Beim peius muss gerügt werden (OR 201), während beim aliud wie erwähnt eine Nichterfüllung vorliegt.

### b) *Wahlschuld und Alternativermächtigung*

Bei einer **Wahlschuld** kann der Schuldner mangels anderweitiger Abrede zwischen zwei verschiedenen Leistungsgegenständen **alternativ wählen** (vgl. OR 72). Das Wahlrecht ist eine einseitige, empfangsbedürftige Gestaltungserklärung. Ist eine Leistung unmöglich, darf der Schuldner nicht diese wählen.

Bei der **Alternativermächtigung** wird nur eine Leistung geschuldet, doch kann durch Ausübung der Ersetzungsbefugnis eine andere an deren Stelle gesetzt werden. Gesetzlich vorgesehen ist die Ersetzungsbefugnis in OR 84 II. Geht die Hauptleistungspflicht unter, ist es irrelevant, ob die andere Pflicht noch möglich wäre.

### c) *Geldschuld*

Die Geldschuld wird in OR 84-90 geregelt. Praktisch bedeutsam in diesem Zusammenhang sind die Zinsen, welche aus Vertrag, Übung oder Gesetz entstehen (vgl. OR 213 II). Der dispositive Zinssatz beträgt dabei 5%. Ein zu hoher Zinssatz kann Wucher darstellen (StGB 157) oder sittenwidrig sein (OR 20 I). Je nach Kanton verschieden sind Höchstzinssätze festgelegt (bis zu 20%).

Ausser bei einer „effektiv“-Klausel kann immer in CHF bezahlt werden.

### 1.2.3. Die Bedingungen

#### a) *Allgemeines*

Ein Rechtsgeschäft ist bedingt, wenn die Wirkungen des Geschäfts von einem zukünftigen, ungewissen Ereignis abhängig gemacht werden (vgl. OR 151 I). Das Ereignis muss zukünftig und ungewiss sein; dies sind beides Begriffsmerkmale der Bedingung.

Das Gesetz unterscheidet zwischen **auflösenden** (OR 154) und **aufschiebenden** Bedingungen (OR 151). Durch Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist jeweils zu ermitteln, welche Art der Bedingung die Parteien gewollt haben.

Bedingungsfeindlich sind insbesondere die Eheschliessung (ZGB 101 f.), die Adoption (ZGB 264 ff.), die erbrechtliche Ausschlagung (ZGB 570 II), Gestaltungsrechte und sachenrechtliche Geschäfte. Ansonsten sind Bedingungen nach dem Grundsatz der Privatautonomie durchaus zulässig.

#### b) *Schwebezustand*

Solange die Bedingung noch nicht eingetreten ist, besteht ein Schwebezustand. Bei aufschiebenden Bedingungen genießt der Gläubiger nach OR 152 Schutz, als ob sein Recht bereits ein unbedingtes wäre. Insbesondere darf der bedingt Verpflichtete nichts vornehmen, was die gehörige Erfüllung seiner Verbindlichkeit verhindern könnte. Ausserdem lassen sich auch bedingte Forderungen durch Bürgschaft (OR 492 II), Grundpfandverschreibung (ZGB 824) oder Faustpfand (ZGB 884) sichern (vgl. auch SchKG 271 II). Verfügungen des Schuldners während der Schwebezeit sind ferner unwirksam (OR 152 III, anwendbar sind ZGB 714 II und 933 ff.).

Für auflösende Bedingungen wird OR 152 analog angewendet.

#### c) *Eintritt oder Ausfall der Bedingung*

Der Eintritt ändert automatisch die Rechtslage ex nunc, eine Rückwirkung findet ausser bei spezieller Vereinbarung nicht statt. Er ist von der Partei zu beweisen, die daraus Vorteile ableitet (ZGB 8). Die Bedingung kann auch von Dritten erfüllt werden (OR 155, vgl. OR 68).

Dem Eintritt der Bedingung wird die Situation gleichgestellt, wo eine Partei den Eintritt wieder Treu und Glauben verhindert (OR 156, Absicht ist nicht vorausgesetzt). Beim Ausfall der Bedingung kann das Rechtsgeschäft entweder gar nicht wirksam werden, oder bleibt für immer wirksam.

## **1.3. Allgemeine Grundlagen vertraglicher und deliktischer Haftung**

### **1.3.1. Grundlagen der Schadensabwälzung**

#### **a) Verschuldensprinzip**

Grundsätzlich soll der Geschädigte seinen Schaden selber tragen, ausser wenn der Schaden **ausnahmsweise auf einen Ersatzpflichtigen abgewälzt werden kann**. Niemand soll also eine unberechtigte Schädigung dulden müssen.

Das Verschuldensprinzip hat durch das Vorliegen von zahlreichen Kausalhaftungstatbeständen und durch die Objektivierung des Verschuldens (Massstab ist immer das Durchschnittsverhalten eines sorgfältigen Normalbürgers) an Bedeutung verloren.

#### **b) Vertrauenshaftung und Konkurrenzen**

Neben den traditionellen Haftungstatbeständen wurde vom Bundesgericht die sogenannte Vertrauenshaftung entwickelt. Angeknüpft wird dabei an das vom Schädiger beim Geschädigten zunächst berechtigterweise erweckte, dann aber in treuwidriger Weise enttäuschte Vertrauen („Swissair“, BGE 120 II 331). Die Vertrauenshaftung liegt zwischen dem Vertrags- und Deliktsrecht, je nachdem, wo im konkreten Fall mehr Nähe besteht, desto eher werden vertragliche oder eben deliktische Normen angewendet (z.B. Hilfspersonenhaftung, Verjährung).

Zwischen den vertraglichen und ausservertraglichen Haftungstatbeständen besteht Anspruchskonkurrenz. Bei den ausservertraglichen Haftungstatbeständen gehen allerdings die Gefährdungshaftungstatbestände vor.

### **1.3.2. Haftungsarten**

#### **a) Arten**

Es wird zwischen den **Verschuldens-, einfachen Kausal- und den Gefährdungshaftungen** unterschieden, wobei die Gefährdungshaftungen auch Kausalhaftungen darstellen, ein Verschulden ist nicht von Nöten. Kausale Freistellungshaftungen sind besondere Arten der Staatshaftung, wobei jeweils nur der Staat haftet und der schädigende Funktionär „freigestellt“ ist.

Bei den einfachen Kausalhaftungen handelt es sich um eine verschuldensunabhängige Haftung, die keine Gefährdungshaftung darstellt und somit eben nicht an die besondere Gefährlichkeit einer Vorrichtung oder Tätigkeit anknüpft. Die einfache Kausalhaftung ist mild, weil dem vermeintlichen Schädiger der Exkulpationsbeweis offen steht.

## b) *Zurechnungskriterium*

Der Unterschied zwischen den Haftungsarten liegt im Zurechnungskriterium. Die Gefährdungshaftungen knüpfen an einen qualifizierten, unvermeidbaren, jedoch im allgemeinen Interesse geduldeten Gefahrenzustand an, mit dem ein Schädigungsrisiko verbunden ist. Die Verschuldenshaftung knüpft begriffsmässig an das Verschulden an. Bei den Kausalhaftungen ist das Zurechnungskriterium von Tatbestand zu Tatbestand verschieden:

- OR 55: Verwendung von Hilfspersonen im eigenen Interesse.
- OR 56: Verletzung der Verwahrungs- und Beaufsichtigungspflicht.
- OR 58: Werkmangel, bzw. Nutzen aus dem Werk.
- ZGB 333: Verletzung der Beaufsichtigungspflicht.
- ZGB 679: Objektive Überschreitung der aus dem Grundeigentum fliessenden Nutzungsrechte.
- Produkthaftung: Verletzung der sorgfältigen Betriebs- und Vertriebsorganisation.

## c) *Exkurs Produkthaftungspflicht*

Die Produkthaftungspflicht ist die Haftung des Herstellers für Schäden, welche durch die Mängel eines Produktes an Personen oder Sachen herbeigeführt werden. Es handelt sich hier um eine **gewöhnliche Kausalhaftung**. Gemäss PrHG ist ein Schaden, der durch einen Produktfehler entstanden ist, erforderlich. **Ersatzfähig sind jedoch nur Personen- oder Sachschäden, für den Schaden am Produkt selbst wird nicht gehaftet.**

In PrHG 5 sind verschiedene Entlastungsgründe aufgeführt (fehlendes Inverkehrbringen, Fehler war bei Inverkehrbringen noch nicht vorhanden, Herstellung des Produktes nach verbindlichen hoheitlich erlassenen Normen etc.). Eine Wegbedingung der Haftung ist nichtig. Es besteht eine dreijährige Verjährungs-, und eine zehnjährige Verwirkungsfrist (PrHG 9 f.). Im Verhältnis zum OR ist das PrHG **lex specialis**, wobei aber von Anspruchskonkurrenz auszugehen ist.

### 1.3.3. Schaden

#### a) *Schadensbegriff*

##### i. **Der klassische Schadensbegriff**

Der Schaden ist wirtschaftlich betrachtet **jede unfreiwillige und damit ungewollte Vermögenseinbusse** (Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven, entgangener Gewinn). Der Schaden entspricht somit der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.



Unter das Vermögen fallen beispielsweise dingliche und obligatorische Rechte, Immaterialgüterrechte und Anwartschaftsrechte, sowie auch der Schadenszins. Nicht darunter fällt in der Schweiz die „**perte d'une chance**“, also die Möglichkeit, eine Vermögensvermehrung zu erzielen (z.B. wenn man vor dem eigenen Boxkampf angefahren wird).

Zu beachten ist, dass die Frage, ob und welcher Schaden entstanden ist, die Tatfrage bildet, hingegen jene Frage, ob der behauptete Schaden genügend substantiiert und ob bei der Schadensberechnung die anwendbaren Grundsätze beachtet wurden, eine Rechtsfrage ist.

## ii. Neuere Tendenzen

Mit dem normativen Schadensbegriff wird versucht, die Differenztheorie entweder wertend zu konkretisieren oder zu korrigieren. Das Bundesgericht kennt den **normativen Schaden** nur im Zusammenhang mit einer Körperverletzung des haushaltführenden Ehegatten (Haushaltschaden).

In den ökonomisch strukturierten Schadensbegriff halten kommerzialisierende Genüsse und Vorteile wie Theaterbesuche oder Ferien Einzug, obwohl es sich um immaterielle Werte handelt. So wird als Schaden gewertet, was kommerzialisiert werden kann („Eigennutz der Wirtschaftssubjekte“). Praktisch liegt die durch die neueren Tendenzen die Gefahr nahe, dass sie zu einer Ausuferung der Haftung führen. Dogmatisch sind sie jedoch möglich (vgl. OR 41).

## b) *Schadensarten und Schadensberechnung*

### i. Allgemeines

Bei der Schadensberechnung gilt jedoch folgender Grundsatz: Der Geschädigte hat die **Höhe des Schadens zu beweisen** (ZGB 8). Die Ausnahme davon ist OR 42 II, wenn die Höhe des Schadens nicht ziffernmässig nachzuweisen ist oder der Schaden erst vor seinem Eintritt steht. OR 42 II wird analog auf den Versorgerschaden angewendet.

Die Schadensberechnung ist die Grundlage für die Schadenersatzbemessung, also für die Frage, ob der Schaden ganz oder teilweise auf den Ersatzpflichtigen überwältzt werden kann. Hat ein schädigendes Ereignis für den Geschädigten einen finanziellen Vorteil, ist dies bei der Festlegung des Schadens zu berücksichtigen (**Vorteilsanrechnung**). Der finanzielle Vorteil muss jedoch einen inneren Zusammenhang zum Schaden haben und darf nicht durch Gesetz (z.B. Summenversicherung) oder Parteiwille (z.B. eine freiwillige Zahlung eines Dritten an den Geschädigten, der den Geschädigten und nicht den Haftpflichtigen besser stellen will) ausgeschlossen sein.

Der Zeitpunkt der Schadensberechnung ist der letztmögliche Zeitpunkt, indem eine Gerichtsinstanz noch neue Tatsachen berücksichtigen kann.

### ii. Personenschaden

Zum Personenschaden gehören die Körperverletzung, die Tötung und der Haushaltschaden.

Die **Körperverletzung** ist die Beeinträchtigung der körperlichen oder psychischen Integrität einer natürlichen Person. Direktgeschädigte sind nicht nur solche Personen, die unmittelbar als Folge des schädigenden Ereignisses beeinträchtigt werden, sondern auch Schockschäden Dritter.

Der Schadensposten bei der Körperverletzung ist vielfältig:

- **Kosten** (OR 46 I). Das sind finanzielle Aufwendungen, die durch die Körperverletzung verursacht worden sind. Neben Arzt- oder Transportkosten können auch vorprozessuale Anwaltskosten dazugehören, wenn der Beizug eines Anwaltes als notwendig erachtet wird, um den Schadenersatzanspruch zweckmässig zu verfolgen. Der Geschädigte kann nur diejenigen Mehrauslagen verlangen, die im Zusammenhang mit den elementaren Bedürfnissen anfallen.
- **Finanzielle Nachteile infolge Arbeitsunfähigkeit** (OR 46 I). Der Haftpflichtige muss für den gesamten Schaden aufkommen, d.h. auch für Beeinträchtigungen künftiger Sozialversicherungsleistungen. Dauert die Arbeitsunfähigkeit an, kann der Schaden offensichtlich nicht konkret berechnet werden. Hilfspfeiler sind der Nettolohn, Intelligenz, wirtschaftliche Situation der Eltern bei den Kindern etc. Körperlich entstellte Menschen sind auf dem Arbeitsmarkt oftmals benachteiligt, obwohl sie dasselbe zu leisten vermögen. **Auch diese Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens soll beachtet werden, ist aber klar von der Genugtuung abzugrenzen!** Ein normativer Schaden liegt vor, wenn bei Invalidität der Betroffene von seiner Familie betreut wird und so nicht viel kosten. Es müssen nämlich trotzdem die wirklich anfallenden Kosten geleistet werden, wobei man sich am Lohn einer Krankenschwester orientiert. Eine Abänderung des Urteils kann man sich für zwei Jahre vorbehalten (OR 46 II), wenn sich die Verhältnisse ändern sollten. Die Schadensberechnung soll unabhängig von der allfälligen Verwendung geleistet werden, wenn z.B. ein durch einen Unfall geistig Behinderter das Geld nicht verwenden kann, ist es trotzdem geschuldet.

Zivilrechtlich ist die **Tötung** das durch Fremdeinwirkung herbeigeführte Ende der Persönlichkeit (vgl. ZGB 31). Absoluter Todeszeitpunkt ist der Gehirntod. Obwohl das Bundesgericht anders entschied, wird die Aufzählung von OR 45 (und auch 46) von der Lehre nicht als abschliessend betrachtet.

Der Schadensposten bei Tötung umfasst:

- **Bestattungskosten** (OR 45 I): Transport der Leiche, Todesanzeigen, Waschung, Grabstein etc.
- **Kosten versuchter Heilung und Nachteile infolge der Arbeitsunfähigkeit vor dem Tode** (OR 45 II). Das ergibt sich bereits aus OR 46. Der Anspruch geht beim Tode auf die Erben über (ZGB 560).
- **Versorgerschaden** (OR 45 III): Das ist ein Reflexschaden, für den das Gesetz ausnahmsweise einen Ersatzanspruch anerkennt. Weil es sich um eine Ausnahme handelt, muss das Gesetz restriktiv ausgelegt werden. Es wird auf die tatsächlichen, aktuellen oder zu erwartenden Unterstützungen abgestellt. Diese Unterstützungen können in Geld ergangen sein, oder auch in Naturalleistungen. Zu beachten beim Versorgerschaden ist insbesondere auch die Wiederverheiratungswahrscheinlichkeit. Eine Vorteilsanrechnung fällt bei Summenversicherungen ausser

Betracht, nicht jedoch bei Schadensversicherungen. Gemäss Bundesgericht **liegt eine Schadensversicherung dann vor, wenn der Eintritt eines Vermögensschadens selbständige Voraussetzung des Leistungsanspruches ist, demgegenüber ist eine Summenversicherung anzunehmen, falls die Verwirklichung des versicherten Risikos einzige Anspruchsvoraussetzung ist.** Die Neuaufnahme der Berufstätigkeit einer Witwe/eines Witwers ist nicht ausschlaggebend für eine Reduktion der Versorgungsleistung des Schädigers, sondern ob vernünftigerweise und objektiv betrachtet die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit erwartet werden kann. Massgeblicher Zeitpunkt ist der Todestag und nicht der Tag der Urteilsfällung.

Der Haushaltschaden ist ein meist normativer Schaden, weil bei Verletzung des haushaltführenden Ehegatten meist keine zusätzlichen Kosten entstehen, da die restlichen Familienmitglieder mehr „anpacken“. Die Besonderheit liegt darin, dass selbst dann ein Anspruch besteht, wenn keine zusätzlichen Aufwendungen entstehen (normativer Schaden).

### iii. Sachschaden

Der Sachschaden ist diejenige **Vermögenseinbusse, die durch Beeinträchtigung einer Sache entstanden ist.** Dazu gehören auch die Vermögenseinbussen bei der Tötung oder Verletzung eines Tieres, die selbst dann angemessen berücksichtigt werden, wenn sie den Wert des Tieres übersteigen (OR 42 III). **Datenverlust stellt keinen Sachschaden dar, da Daten keine Sachqualität aufweisen.**

Die Ersatzleistung erfolgt meist in Geld, doch sind auch andere Arten des Schadenersatzes möglich (OR 43 I). Er ist auch dann zu leisten, wenn der Geschädigte die zerstörte Sache nicht ersetzt.

Bei **unmittelbaren Schäden** ist der Schadensposten die dadurch entstehende Vermögenseinbusse. Da sämtliche Nachteile, die auf das haftungsbegründende Ereignis zurückzuführen sind, zu ersetzen sind, gelten auch mittelbare Schäden als Schadensposten.

Praktisch bedeutsam ist der Verlust von Nutzungsvorteilen bei Autos. Da der Schadensbegriff einen wirtschaftlichen Nachteil voraussetzt, erhält derjenige, welcher das Auto lediglich zum Vergnügen oder aus Prestige Gründen benützt, die Auslagen für ein Mietfahrzeug nicht. **Entscheidend ist, ob man auf die Sache angewiesen ist** (z.B. durch die Berufstätigkeit, durch erhebliche Zeitersparnis etc.). Ein Teil der Lehre bejaht auch die Mietauslagen für ein Ersatzfahrzeug, wenn z.B. Ferien geplant sind.

Nutzlos gewordene Aufwendungen sollen ebenfalls ersetzt werden. Das sind solche, die der Schädiger erkennen muss. Als Beispiel ist die Autoversicherung genannt, die trotzdem bezahlt werden muss, obwohl das beschädigte Auto in der Reparatur ist. Ein weiteres Beispiel ist die Ferienreise mit dem Auto, wenn der Garagist weiss, dass der Kunde in die Ferien geht und schuldhaft das Auto nicht auf den abgemachten Zeitpunkt fertig stellen kann.

Bei der Berechnung ist grundsätzlich auf die **subjektiven Verhältnisse** abzustellen. Einzelne Spezialgesetze sehen allerdings eine objektive Berechnungsweise vor. Bei der subjektiven Berechnung wird auf den **Gebrauchswert** abgestellt, nicht etwa auf den Verkehrswert. Bei nicht wertbeständigen Sachen ist dieser Tatsache Rechnung zu tragen und Abschreibungen vorzunehmen (diese Regel kommt nur bei Sachen mit einem gewissen Wert zur Anwendung). Dem Affektionsinteresse kommt keine Bedeutung zu, ausser bei

Verletzung oder Tötung bestimmter Tiere (OR 43 Ibis). Bei der objektiven Berechnungsmethode gilt es, den objektiven Durchschnittswert zu ermitteln, subjektive Gesichtspunkte wie z.B. entgangener Gewinn finden keine Berücksichtigung (vgl. EHG 12).

#### iv. Weitere Begriffe

**Übriger Schaden:** Das ist ein reiner Vermögensschaden, der nur dann eine Schadenersatzpflicht begründet, wenn das schädigende Verhalten widerrechtlich ist. Weil das Vermögen als solches kein absolutes Rechtsgut darstellt, muss ein Verstoss gegen eine Schutznorm vorhanden sein.

**Mittelbarer und unmittelbarer Schaden:** Die Unterscheidung erfolgt aufgrund der Länge der Kausalkette. Unmittelbarer Schaden ist innerhalb der Kausalkette direkte Folge des schädigenden Ereignisses. Der mittelbare Schaden erfolgt später (z.B. der Verdienstausschluss oder der entgangene Gewinn, nicht aber die Heilungskosten oder die Reparaturarbeiten). Damit der zu leistende Schaden nicht uferlos wird, ist auf die natürliche und die adäquate Kausalität beim mittelbaren Schaden besonderes Gewicht zu legen.

**Kommerzialisierungs- und Frustrationsschäden:** Durch die Anerkennung von Kommerzialisierungs- und Frustrationsschäden wird die Differenztheorie normativ ergänzt. Die Befürchtung besteht, dass die ausservertragliche Haftpflicht damit jedoch ausufert, obwohl in dogmatischer Hinsicht diese Anerkennung möglich ist. Als **Kommerzialisierungsschaden** wird die durch das schädigende Ereignis verursachte Beeinträchtigung von entgeltlich erworbenen Nutzungsmöglichkeiten bezeichnet. Entscheidend ist, ob der entzogene Nutzen im wirtschaftlichen Verkehr gegen Geld erworben werden kann (z.B. ein verletztes Reitpferd). Ein **Frustrationsschaden** liegt dann vor, wenn der finanzielle Aufwand für die Katz gewesen ist. Das ist der Fall, wenn jemand z.B. für eine Ballonfahrt Geld bezahlt hat, später angefahren wird, und die Ballonfahrt nicht angehen kann. Entscheidend ist, ob die bereits bezahlte Ballonfahrt wieder zu Geld hätte gemacht werden können.

**Damnum emergens und lucrum cessans:** Damnum emergens ist der eigentliche Vermögensverminderung, lucrum cessans der entgangene Gewinn. Letzterer kann nur geltend gemacht werden, wenn er konkret in Aussicht gestanden hat.

**Direkter Schaden und Reflexschaden:** Der unmittelbare und auch der mittelbare Schaden stellen Direktschäden dar, weil nur der Geschädigte direkt selber betroffen ist (oder allenfalls sein Rechtsnachfolger). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist aber auch derjenige Direktgeschädigte, der aufgrund eines schweren Unfalles naher Angehöriger einen Schock erleidet. Erleidet eine Person, die in besonderer Beziehung zum Direktgeschädigten steht, ebenfalls einen Schaden, liegt diesfalls ein Reflexschaden vor. Für einen solchen ist grundsätzlich kein Schadenersatz zu leisten. Ausnahmen sind der Versorgerschaden (OR 45 III), oder wenn gegen eine Schutznorm verstossen wird, die auch das Vermögen eines Dritten schützt (selten, übriger Schaden, Kabelbruchfall). Ein Sonderfall des Reflexschadens ist die Drittschadensliquidation, die allerdings in der Schweiz noch in den Kinderschuhen steckt. Der vom schädigenden Ereignis direkt Betroffene, jedoch Nichtgeschädigte, liquidiert den Schaden des durch das schädigende Ereignis Nichtdirektbetroffenen, der geschädigt ist.

## c) *Schadensbemessung*

### i. **Allgemeines**

Ausgangspunkt bildet die Schadensberechnung, mit welcher die maximale Höhe der Schadenersatzforderung festgelegt wird. Die für die Schadensbemessung massgebenden Normen sind **OR 43 und 44**. Der Richter muss alle Umstände würdigen (OR 43, ZGB 4). Die Herabsetzungsgründe sind in OR 44 ersichtlich.

### ii. **Elemente der Schadenersatzbemessung**

Erstes Element ist das Verschulden. Nur ein **leichtes Verschulden** kann zu einer Herabsetzung des Schadenersatzes führen, wobei der Richter aber nicht verpflichtet ist, diese Herabsetzung vorzunehmen (ZGB 4).

Ein weiterer wichtiger Grund ist das **Selbstverschulden des Geschädigten**. Bei der Kausalhaftung kann ein Verschulden des Schädigers das Selbstverschulden des Geschädigten aufwiegen aber und somit die Herabsetzung (wegen Selbstverschulden) verhindern. Da die Gefährdungshaftung eine besonders strenge Haftungsart darstellt, fällt das Selbstverschulden weniger stark ins Gewicht. Unterbricht das Selbstverschulden den Kausalzusammenhang, entfällt die Haftpflicht.

Da das Verschulden Urteilsfähigkeit voraussetzt, kann ein Selbstverschulden eines Urteilsunfähigen höchstens wegen **Billigkeit** als Reduktionsgrund berücksichtigt werden (analoge Anwendung von OR 54). Kindesalter ist als Reduktionsgrund zu berücksichtigen.

Die unechte Einwilligung des Verletzten in die schädigende Handlung ist eine besondere Art des Selbstverschuldens. Eine echte Einwilligung hebt die Widerrechtlichkeit auf. Unecht **ist die Einwilligung dann, wenn die Einwilligung nichtig wegen OR 20 ist** (z.B. Einwilligung in eine schwere Körperverletzung, immer noch widerrechtlich). Handeln auf eigene Gefahr kann ebenfalls als unechte Einwilligung gesehen werden (Baustelle, Einsteigen ins Auto eines Betrunkenen).

**Drittverschulden** ist kein Reduktionsgrund, ausser wenn es den Kausalzusammenhang unterbricht.

Neben dem Verschulden sind folgende Elemente zu beachten:

- **Mitwirkender Zufall:** Zufall ist von menschlichem Verhalten unabhängig. Er unterscheidet sich von der höheren Gewalt dadurch, dass der Kausalzusammenhang nicht unterbrochen wird. Der Richter kann die Schadenersatzpflicht reduzieren.
- **Konstitutionelle Prädisposition:** Das ist eine besondere Art des Zufalls. Unter konstitutioneller Prädisposition wird die einem menschlichen Organismus eigene Anfälligkeit für Schädigungen oder seine Neigung zu anormal schweren Reaktionen auf Schädigungen verstanden. Die KP kann auch die Schadensberechnung (z.B. kürzere Lebensdauer) beeinflussen, und nicht nur die Schadenersatzbemessung. Wäre der Schaden ohne das schädigende Ereignis nicht eingetreten, haftet der Schädiger; der Richter kann jedoch die KP in der Schadenersatzbemessung beachten.

- **Gefälligkeit:** Die Gefälligkeit kommt als Reduktionsgrund in Frage, jedoch nie bei Vorsatz (weil ja keine Gefälligkeit). Bei grober Fahrlässigkeit ist sie nur mit grosser Zurückhaltung zu berücksichtigen. Eine Gefälligkeit kann sich u.U. zwischen Verwandten oder sich nahe stehenden Personen um ein übliches Mass der Freundlichkeit handeln, weswegen sie dann nicht berücksichtigt wird.
- **Besondere wirtschaftliche und soziale Stellung der Parteien:** OR 44 II sieht vor, dass der Richter die Ersatzpflicht mässigen kann, wenn der Schädiger dadurch in eine Notlage geraten würde. Dies nur unter der Bedingung, dass der Geschädigte durch die Ermässigung nicht in eine Notlage zu geraten droht. Durch die Haftpflichtversicherungen hat OR 44 II nur eine geringe praktische Bedeutung. Einzelne Spezialgesetze sehen auch eine Reduktion vor, wenn der Geschädigte ein ungewöhnlich hohes Einkommen hat. Dies kann auch dem OR entnommen werden (Art. 43 I, „Umstände“).

#### *d) Immaterielle Unbill und Genugtuung*

##### **i. Allgemeines**

Die immaterielle Unbill besteht in einer **qualifizierten Persönlichkeitsverletzung**, welche sich nicht auf den Vermögensstand der betroffenen Person auswirkt. Sie kann auch durch eine Vertragsverletzung entstehen, wie auch an Angehörigen des Vertragspartners. Deren immaterielle Unbill unterliegt dann jedoch der deliktischen Verjährungsfrist, da kein direkter Vertrag vorliegt (OR 60).

Die Genugtuungsleistung hat die Funktion, immaterielle Unbill auszugleichen. Es handelt sich nicht um einen höchstpersönlichen Anspruch, weshalb sie sowohl abgetreten als auch vererbt werden kann. Der Genugtuung soll keine pönale Bedeutung zukommen.

Die gesetzlichen Grundlagen sind OR 47 und OR 49. Bei einer ungerechtfertigten Persönlichkeitsverletzenden Kündigung sollen die Entschädigungen gemäss OR 336a und OR 337c II ebenfalls immaterielle Unbill ausgleichen.

##### **ii. Voraussetzungen der Zusprechung einer Genugtuungsleistung**

Die Voraussetzungen sind die immaterielle Unbill, der Kausalzusammenhang, die Widerrechtlichkeit und das Verschulden. Negativ ist die Genugtuung grundsätzlich **subsidiär**, findet also nur Anwendung, wenn keine andersartige Wiedergutmachung der immateriellen Unbill in Frage kommt. Ferner darf **kein stossendes bzw. unbilliges Ergebnis** durch die Zusprechung einer Genugtuung entstehen.

Bei einer Verletzung kann die immaterielle Unbill aus starken Schmerzen, aus mehreren Operationen oder aus bleibenden körperlichen Behinderungen bestehen (OR 47). Im Falle der Tötung müssen die Angehörigen unter dem Tod schwer zu leiden haben. Es steht aber nicht jedem Familienangehörigen automatisch einen Genugtuungsanspruch zu, denn es muss eine enge familiäre Beziehung vorhanden gewesen sein. Nicht anspruchsberechtigt erscheinen deswegen z.B. der Onkel oder die Grosseltern.

Bei einer Persönlichkeitsverletzung (OR 49) muss die Schwere der Verletzung den Genugtuungsanspruch rechtfertigen. Durch ZGB 28 sind die physische, psychische und die

soziale Persönlichkeit (Ehre, Geltung, auf die eine Person in der Gesellschaft Anspruch hat) geschützt. Die Verletzung eines Angehörigen oder die Verletzung des Andenkens an Verstorbene können in die psychische Persönlichkeit subsumiert werden. Die Persönlichkeitsverletzung muss objektiv wie auch subjektiv schwer wiegen.

**Gemäss der neusten bundesgerichtlichen Rechtsprechung geht OR 47 im Verhältnis zu OR 49 als Spezialnorm vor.** Die Grundfunktion der Genugtuung besteht darin, dass die immaterielle Unbill ausgeglichen wird. Einem Menschen, der das Bewusstsein z.B. durch eine schwere Hirnschädigung verloren hat, fehlt die Empfindung, immaterielle Unbill zu erleiden. Deswegen sollte ihm keine Genugtuung zugesprochen werden. Das Bundesgericht handelte auch schon gegen diesen Grundsatz, jedoch aus dem Grund, weil die Angehörigen, die einen Genugtuungsanspruch hätten geltend machen können, dies nicht getan hatten.

### iii. Bemessung

Die Genugtuungssumme kann ihrer Natur nach nicht nach mathematischen Kriterien festgesetzt werden. Faktoren sind die Schwere der immateriellen Unbill, das Alter des Geschädigten, die Beziehung zum Unfallopfer, die Schwere des Verschuldens und des Selbstverschuldens sowie die Aussicht auf Linderung des Schmerzes durch die Genugtuungssumme (was z.B. bei geistig Behinderten nicht der Fall sein dürfte). Gewürdigt kann auch die konstitutionelle Prädisposition werden. Die immaterielle Unbill der Angehörigen ist meist grösser, wenn das Opfer invalid ist, als wenn es stirbt.

Als Zeitpunkt für die Bemessung ist gilt der **Zeitpunkt der Verletzung**.

Hinsichtlich der Art der Genugtuung steht es dem Richter im Fall von OR 49 II frei, sich zu entscheiden (ZGB 4). Im Fall von OR 47 ist eine Geldsumme gefordert, die entweder in Form der Rente oder einer Kapitalsumme geleistet wird. **Andere Arten der Genugtuung sind die Urteilspublikation, eine Entschuldigung, eine Zahlung an Dritte oder eine symbolische Genugtuung von einem Franken.** Die gerichtliche Missbilligung der Handlung des Schädigers kann keine Art der Genugtuung sein, da sie nicht Gegenstand eines Rechtsbegehrens sein kann.

### 1.3.4. Kausalzusammenhang

#### a) *Natürliche Kausalität*

Der Kausalzusammenhang ist die Beziehung zwischen Ursache und Wirkung, also die Relation zwischen der Schadensursache und dem Erfolg.

Der natürliche Kausalzusammenhang ist zu bejahen, **wenn die Ursache nicht weggedacht werden kann, ohne dass damit auch der eingetretene Erfolg entfällt** (conditio sine qua non). Die natürliche Kausalität erfordert keinen absolut wissenschaftlichen Beweis, sondern nur ein überzeugender Nachweis. Ungenügend ist die blosser Möglichkeit des Kausalzusammenhangs. Als **Tatfrage** unterliegt der natürliche Kausalzusammenhang nicht der Prüfungsbefugnis des Bundesgerichts.

## **b) *Adäquate Kausalität***

### **i. Funktion**

Der adäquate Kausalzusammenhang ist einerseits eine allgemeine Haftungsvoraussetzung, und andererseits dienend zur Bestimmung des zurechenbaren Ausmasses des Schadens (z.B. falls ein adäquat verursachter Beinbruch wegen eines ärztlichen Kunstfehlers eine Invalidität zur Folge hat, ist mittels der Adäquanz die Frage der Zurechnung des Invaliditätsschadens gegenüber dem Verursachers des Beinbruches zu beantworten).

Er dient auch einer rechtspolitisch vernünftigen Begrenzung der Haftung, da eine solche mit nur dem natürlichen Kausalzusammenhang uferlos wäre.

### **ii. Formel**

Ein natürlicher Kausalzusammenhang ist dann adäquat, wenn die betreffende Ursache **nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet war, den eingetretenen Erfolg zu bewirken**, so dass der Eintritt dieses Erfolges als durch die fragliche Tatsache allgemein begünstigt erscheint.

Im Unterschied zur Äquivalenz handelt es sich hier um eine **Rechtsfrage**, die der Prüfung durch das Bundesgericht unterliegt.

### **iii. Aspekte der Adäquanzformel**

Bei rechtmässigem Alternativverhalten fällt die objektive Zurechnung weg, womit der natürliche Kausalzusammenhang wegfällt. Deswegen ist es möglich, dass die Adäquanz zu bejahen ist, jedoch nicht die Äquivalenz.

Es herrscht eine objektive Betrachtungsweise, untypische Kausalverläufe fallen ausser Betracht. Die Beurteilung erfolgt ex post, es kommt nicht auf die ex ante – Perspektive an.

Als Kritik gilt anzumerken, dass vom Standpunkt eines Betrachters, der im Zeitpunkt der ex-post-Beurteilung über das gesamte menschliche Erfahrungswissen verfügt, kaum jemals ein Kausalverlauf als inadäquat beurteilt wird. Die deswegen entwickelte **Normzwecktheorie** stellt darauf ab, ob die betreffende Norm einen Schaden von der Art des eingetretenen verhindern soll oder nicht.

## **c) *Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs***

### **i. Ausgangslage**

Die Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs besteht im Hinzutreten einer anderen adäquaten Ursache, welche einen derart hohen Wirkungsgrad aufweist, dass die an sich adäquate Ursache nach wertender Betrachtungsweise als rechtlich nicht mehr beachtlich erscheint.



Rechtsgrundlage ist OR 44 I, zusätzlich sind entsprechende Normen in den Spezialgesetzen enthalten. Das Vorgehen ist wie folgt: Durch ein Werturteil werden die Ursachen hinsichtlich Intensität und Wesentlichkeit gegeneinander abgewogen.

Da Gefährdungshaftungen dem Schutz der Allgemeinheit dienen, kann dieser Schutzzweck nur erfüllt werden, wenn das Vorliegen von Unterbrechungsgründen mit Zurückhaltung angenommen wird.

## ii. Unterbrechungsgründe

Der wichtigste Unterbrechungsgrund ist das grobe Selbstverschulden.

Kein Ausschlussgrund ist ein gewöhnliches Selbstverschulden und sogar eines, welches das Verschulden des Schädigers übersteigt. Solche Selbstverschulden führen nur zu einer Reduktion des Schadenersatzes. Bei grobem Selbstverschulden von Urteilsunfähigen ist ein Selbstverschulden nicht möglich, deswegen kommt nur eine analoge Anwendung von OR 54 in Frage, die zur Schadenersatzreduktion führt.

Schweres Drittverschulden ist dann ein Unterbrechungsgrund, wenn es eine adäquate Schadensursache und eine erhebliche Intensität aufweist. Kein Drittverschulden ist das Verschulden der Hilfspersonen, für welche der Haftpflichtige aufgrund besonderer Haftungsnorm einzustehen hat.

Ein weiterer Unterbrechungsgrund ist die höhere Gewalt. Sie wird umschrieben als unvorhergesehenes, unvorhersehbares, aussergewöhnliches Ereignis, das mit unabwendbarer Gewalt von aussen hereinbricht. Sie spielt in der Praxis eine untergeordnete Rolle. Beispiele sind Erdbeben, Lawinen, einmalige äusserst intensive Gewitter oder Stürme, Kriege oder Revolutionen.

## d) *Einzelprobleme*

### i. Zufall

Der Zufall ist ein vom menschlichen Verhalten unabhängiges Ereignis. Prinzipiell haftet niemand für den durch den Zufall verursachten Schaden. **Ausnahmen gelten aber für die Kausalhaftungen**, bei der z.B. der Hauseigentümer gemäss OR 58 auch für von seinem Dach herabfallende Eiszapfen haften muss.

Eine besondere Art des Zufalls ist die konstitutionelle Prädisposition, welche den Kausalzusammenhang jedoch nicht zu unterbrechen vermag, sondern nur im Rahmen der Schadenersatzbemessung (oder Schadensberechnung) als Reduktionsgrund gilt.

### ii. Kausalität der Unterlassung

Eine Unterlassung ist bei der Prüfung der Haftungsvoraussetzungen im vornherein nur im Hinblick auf eine rechtlich gebotene Handlung relevant. Ist eine Handlung rechtlich geboten, wird abgeschätzt, **ob diese Handlung den Erfolg hätte verhindern können** (hypothetischer Kausalzusammenhang). Dabei genügt es, wenn nach der Erfahrung des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für diesen hypothetischen Kausalverlauf spricht.

Die Widerrechtlichkeit ergibt sich bei Unterlassungen aus der Frage, ob eine Handlung rechtlich geboten ist. Durch die oben genannte Formel erübrigt sich eine Prüfung der Adäquanz.

Der Beweis für den Kausalzusammenhang hat der Geschädigte zu führen. Der Kausalzusammenhang kann vor allem bei Unterlassungen nur schwer zu beweisen sein. Deswegen reicht hier eine überwiegende Wahrscheinlichkeit aus.

### iii. Hypothetische Kausalität

**Vom hypothetischen Kausalzusammenhang unterscheidet sich die hypothetische Kausalität dadurch, dass bei einem Schadenseintritt der realen Ursache noch eine zweite, jedoch hypothetische (Reserve-) Ursache vorhanden ist.** Der Schaden wäre ohnehin eingetreten, auch ohne die reale Ursache.

Ein Beispiel ist wiederum die konstitutionelle Prädisposition, wenn z.B. jemand angefahren und paralysiert wird, wobei er durch seine KP später sowieso gelähmt geworden wäre. Die hypothetische Kausalität wird bei der Schadensberechnung oder der Schadenersatzbemessung berücksichtigt.

### iv. Konkurrenz von Gesamtursachen

Bei der **kumulativen Kausalität** haben zwei Ursachen stattgefunden, welche beide alleine zum Eintritt des Erfolgs geführt hätten. **Jeder Verursacher haftet für den ganzen Schaden**, das Berechnungsverbot verhindert, dass der Geschädigte zu viel bekommt. Hat der Geschädigte selbst eine Ursache gesetzt, wird vorgeschlagen, dass der Schädiger zunächst haftet, seine Haftung jedoch im Rahmen der Schadenersatzbemessung (OR 43/44) herabgesetzt wird.

Bei der **alternativen Kausalität** fanden zwei Ursachen statt, von denen beide zum Schaden hätten führen können, jedoch unbekannt ist, welche Ursache genau zum Schaden führte. Die Meinungen gehen hier auseinander. Die herrschende Lehre befürwortet, dass niemand haftet. Neue Lösungsansätze sind für eine Verteilung der Schadenersatzpflicht auf die Verursacher mittels auf **Wahrscheinlichkeit** beruhenden Verursacherquoten. Haben die Ursachen jedoch zusammengewirkt (z.B. bei einem Angriff auf eine Person), haftet jeder Verursacher aus Billigkeit solidarisch, obschon feststeht, dass nur einer den Schaden verursacht hat.

### v. Konkurrenz von Teilursachen

Wenn mehrere Schädiger zusammenwirken gilt, dass jeder Teilverursacher im Verhältnis zum Geschädigten für den ganzen Schaden haftet, also wie wenn er ihn selbst verursacht hätte. Auch wenn der Zufall mit dem Verhalten eines Schädigers zusammenwirkt, haftet der Schädiger für den ganzen Schaden, denn der Zufall stellt keinen Unterbrechungsgrund dar. Der Zufall kann allenfalls (nur bei Verschuldenshaftungen, nicht bei Kausalhaftungen!) im Rahmen der Schadenersatzbemessung berücksichtigt werden. Ebenfalls ein Herabsetzungsgrund (OR 44 I) liegt vor, wenn der Geschädigte durch sein Verhalten den Schaden vergrößert.

## vi. **Rechtmässiges Alternativverhalten**

Der Schaden wäre hier auch dann eingetreten, wenn sich der Schädiger rechtmässig verhalten hätte. In solchen Fällen ist zweifelhaft, ob der natürliche Kausalzusammenhang gegeben ist (*conditio sine qua non*). Entgegen dem Strafrecht sind die Meinungen kontrovers. Es wird auch gesagt, dass jemand für sein rechtswidriges Handeln einstehen müsse, egal ob die Ursache auch sonst eingetreten wäre.

### 1.3.5. **Widerrechtlichkeit**

#### a) *Grundlagen*

##### i. **Funktion**

Als Haftungsvoraussetzung hat die Widerrechtlichkeit die Funktion, die Haftung zu begrenzen. Sie ist das Abgrenzungskriterium zwischen erlaubter und unrechtmässiger Schädigung. **Obwohl sie in den Kausalhaftungen nicht ausdrücklich erwähnt ist, ist sie auch dort eine Haftungsvoraussetzung.**

##### ii. **Objektiver Widerrechtlichkeitstheorie**

Nach herrschender Meinung liegt Widerrechtlichkeit vor, wenn gegen eine Norm objektiv verstossen wird. Dabei existieren zwei Formen: das **Erfolgsunrecht**, wenn gegen eine Norm verstossen wird, die ein absolutes Recht des Geschädigten schützt, und das **Verhaltensunrecht**, wenn eine besondere Schutznorm verletzt wird.

##### iii. **Subjektive Widerrechtlichkeitstheorie**

Nach der heute überholten Widerrechtlichkeitstheorie liegt Widerrechtlichkeit vor, wenn der Schädiger zum, schadensverursachenden Verhalten nicht ausdrücklich befugt ist. Nach dieser Theorie wird also die Widerrechtlichkeit vermutet.

#### b) *Erscheinungsformen der Widerrechtlichkeit*

##### i. **Verletzung absoluter Rechtsgüter**

Ein schädigendes Verhalten ist widerrechtlich, wenn ein absolutes Recht verletzt wird, welches durch eine Norm geschützt wird (Erfolgsunrecht). Ein absolutes Recht wirkt gegenüber jedermann (*erga omnes*). Beispielhaft sind Leben, Leib, Persönlichkeit, Eigentum oder der Besitz, welche durch verschiedene Normen des Strafrechts oder des ZGB/OR geschützt werden.

Auch Immaterialgüterrechte und beschränkt dingliche Rechte gehören zu den absolut geschützten Rechtsgütern.

## ii. Verletzung einer Verhaltensnorm

Diese Erscheinungsform der Widerrechtlichkeit liegt vor, wenn der Schädiger durch den Verstoß gegen eine besondere Verhaltensnorm einen Schaden bewirkt, ohne ein absolutes Recht des Geschädigten zu verletzen (Verhaltensunrecht). **Die verletzte Norm muss den Zweck haben, Schutz vor Schäden von der Art des eingetretenen zu gewähren.** So liegt z.B. nur dann ein Verstoß gegen SVG 58 vor, wenn der Schaden auf die Fortbewegung eines Fahrzeuges zurückzuführen ist. SVG 58 will nur Personen und Sachen vor den Gefahren schützen, die durch die Fortbewegung eines Fahrzeuges hervorgerufen werden.

### c) *Einzelprobleme*

#### i. Vermögen

Das Vermögen ist als solches nicht haftpflichtrechtlich geschützt. Es erfordert deswegen immer einen Verstoß gegen eine Norm, die den Schutz des Vermögens zum Zweck hat (z.B. StGB 146, UWG 9, SchKG 273, KG 5 und 7). In der Literatur wird vermehrt verlangt, das ausservertragliche Haftpflichtrecht gegenüber den reinen Vermögensschäden zu öffnen, weil es keine dogmatisch haltbaren Gründe gibt, einen Vermögensschaden anders als z.B. einen Sachschaden zu behandeln.

#### ii. Treu und Glauben ZGB 2

Die h.L. ist der Ansicht, dass aus Verletzung von ZGB 2 I keine Widerrechtlichkeit entsteht. Das Bundesgericht hat jedoch verschiedentlich (allerdings nur ausnahmsweise) die Widerrechtlichkeit gestützt auf Treu und Glauben bejaht.

Die **richtige Rat- und Auskunftserteilung** wird nicht als Form von Treu und Glauben angesehen, sondern als „**Norm des ungeschriebenen Rechts**“, welche bei Verletzung widerrechtlich sein kann. Die Voraussetzungen sind:

- Der Befragte hat kraft seiner Stellung oder seines Fachwissens besonderen Einblick in die den Gegenstand der Anfrage bildenden Verhältnisse.
- Der Befragte muss sehen, dass die Antwort für den Fragenden folgeschwere Bedeutung.
- Der Befragte muss die falsche Angabe absichtlich oder leichtfertig machen.

Zu beachten ist, dass es dem Befragten natürlich freisteht, eine Antwort zu geben. Äußerst er sich nicht, kann keine Widerrechtlichkeit daraus entstehen.

#### iii. Relative Rechte

Relative Rechte werden nicht geschützt. Falls aber ausnahmsweise ein Dritter mit seinem Verhalten ausschliesslich den Zweck verfolgt, eine vertragliche Beziehung zu unterlaufen, kann ein **Verstoß gegen die guten Sitten** gemäss OR 41 II vorliegen, welcher ebenfalls einen haftpflichtrechtlichen Anspruch auslöst.

#### iv. Schädigendes Verhalten im Verfahren

Ein Verfahren in Anspruch zu nehmen ist grundsätzlich absolut legal. Es können aber daraus Haftpflichtansprüche entstehen, wenn die Inanspruchnahme rechtsmissbräuchlich geschieht, weil damit sachfremde Zwecke verfolgt werden. Es liegt dann ein Verstoss gegen eine ungeschriebene Norm der Rechtsordnung vor, der Widerrechtlichkeit gemäss OR 41 I begründet.

Eine in böser Absicht eingeleitete Betreibung wird nur als sittenwidrig gemäss OR 41 II eingestuft.

#### v. Gefahrensatz

Der Gefahrensatz besagt: **Wer einen Zustand schafft oder aufrechterhält, der einen anderen schädigen könnte, ist verpflichtet, die zur Vermeidung eines Schadens erforderliche Vorsichtsmassnahme zu treffen.** Das Bundesgericht hält fest, dass der Gefahrensatz nicht zur Begründung der Widerrechtlichkeit herangezogen werden könne, sondern **nur beim Verschulden** von Bedeutung sei.

#### d) Rechtfertigungsgründe

##### i. Allgemeines und Beispiele

Rechtfertigungsgründe schliessen die Widerrechtlichkeit aus. Beispiele für Rechtfertigungsgründe sind zahlreich. Die Ausübung öffentlicher Gewalt und damit die öffentlichen Interessen werden stärker als die privaten Interessen gewichtet und gelten darum als Rechtfertigung.

Das heute ungeschriebene Züchtigungsrecht der Eltern (aZGB 278) und die Befugnis des Grundeigentümers aus ZGB 684, seine Nachbarn mässigen Einwirkungen auszusetzen, sind zwei Beispiele aus dem ZGB.

##### ii. Die Einwilligung

Das Gesetz nennt die Einwilligung des Verletzten als Herabsetzungsgrund (OR 44 I). Lehre und Praxis sind sich aber einig, dass die Einwilligung **schon die Widerrechtlichkeit ausschliesst**. Nur eine mangelhafte Einwilligung kann allenfalls im Rahmen von OR 44 berücksichtigt werden. Zu beachten ist, dass Mitfahren bei einem Betrunknen keine Einwilligung ist, sondern als Mitverschulden zu betrachten ist, welches höchstens zu einer Schadenersatzreduktion führen kann.

Die Voraussetzungen der **Einwilligung** sind:

- Verfügungsbefugnis.
- Eigenverantwortlichkeit (bzw. Handlungsfähigkeit, ausser bei höchstpersönlichen Rechten im Sinne von ZGB 19 II genügt die Urteilsfähigkeit).
- Die Einwilligung erfolgt vor der Tat.

Bei einer **mutmasslichen Einwilligung** gelten folgende Voraussetzungen:

- Dringlichkeit.
- Eine wirkliche Einwilligung ist nicht einholbar.
- Die Handlung muss objektiv im Interesse des Berechtigten liegen.

Bei einem ärztlichen Eingriff bildet die Aufklärung des Patienten durch den Arzt eine nötige Voraussetzung für eine gültige Einwilligung. Eigenverantwortlich kann nur derjenige sein, der sich über das Geschehen bewusst ist. Zu beachten ist die hypothetische Einwilligung, wenn sich jemand trotzdem für eine Operation entschieden hätte, auch wenn der Arzt über ein Risiko aufgeklärt hätte, welches er unterlassen hat.

Bei Sportverletzungen geht man von einer stillschweigenden Einwilligung zu dabei möglicherweise eintretenden Verletzungen aus. Dabei sind regelkonform verursachte Verletzungen durch die Einwilligung gedeckt (z.B. bei Kampfsportarten). Bei Sportarten mit erhöhtem Unfallrisiko ist anzunehmen, dass ein Teilnehmer an einem solchen Spiel lediglich in Verletzungen durch einen Gegner einwilligt, die unter Einhaltung jener Spielregeln entstehen, deren Zweck auch im Schutze der Spieler vor Körperschäden besteht. Bei auf leichten Regelverstössen beruhenden Schädigungen wird in Lehre und Rechtsprechung eher ein Mitverschulden des Geschädigten als eine Einwilligung angenommen.

### iii. Notwehr, Notstand und Selbsthilfe

Diese drei Rechtfertigungsgründe sind in OR 52 I bis III aufgezählt. Notwehr und Notstand beurteilen sich nach denselben Massstäben wie im Strafrecht (Rechtswidriger, unmittelbarer und unverschuldeter Angriff, bzw. eine unmittelbare und unverschuldete Gefahr). Ebenfalls wie im Strafrecht wirkt eine Putativnotwehr nicht rechtfertigend. Die Handlung muss geeignet, erforderlich und angemessen (bzw. das höhere Rechtsgut schützend) sein.

Die Selbsthilfe ist ein Eingriff in ein fremdes Rechtsgut, um einen Anspruch durchzusetzen, dessen Vollstreckung ohne diesen Eingriff vereitelt oder in Frage gestellt würde (OR 52 III). Die Selbsthilfe ist dann rechtmässig, wenn amtliche Hilfe nicht rechtzeitig erlangt werden kann und der Anspruch nur durch Selbsthilfe geschützt werden kann. ZGB 926 II ist *lex specialis*.

### e) *Unsittlichkeit OR 41 II*

Eine gegen die guten Sitten verstossende Schädigung wird mit OR 41 II der widerrechtlichen Schädigung gleichgesetzt (dabei ist sie aber **subsidiär!**). Die objektive Haftungsvoraussetzung ist der Verstoss gegen die guten Sitten. Subjektiv ist Absicht erforderlich.

Die guten Sitten reflektiert die Anschauung der „anständigen Leute“. Beispiele sind die qualifizierte Verleitung zum Vertragsbruch oder die sittenwidrige Abrede im Zusammenhang mit einer Versteigerung. Der Vertragsbruch ist dann qualifiziert, wenn die Schädigung namentlich aus Rachsucht oder durch eine arglistige Täuschung entsteht. Bei der Versteigerung ist die Abrede sittenwidrig, wenn die Absicht besteht, den Versteigerer zu schädigen.

Als sittenwidrig gelten auch die grundlose Verweigerung des Vertragsschlusses über eine lebenswichtige Leistung, ein **falsches Gutachten oder die Unterlassung der Warnung vor einer Gefahr**.

### 1.3.6. Verschulden

#### a) *Begriff und Bedeutung*

Als Verschulden wird eine **rechtlich negativ zu qualifizierende menschliche Verhaltensweise bezeichnet, die Ursache eines Schadens bildet**. Die negative Qualifikation besteht im Vorwurf an den Schädiger, sich nicht pflichtgemäss verhalten zu haben und stellt die innere Rechtfertigung für die Abwälzung des betreffenden Schadens dar (also das Zurechnungskriterium). Beim Verschulden ist der Richter nicht an die strafrechtliche Betrachtungsweise gebunden (OR 53).

Die Verschuldenshaftung kommt dann zur Anwendung, wenn kein Kausalhaftungsstatbestand greift. Zudem wird das Verschulden im Rahmen der Schadenersatzbemessung bedeutsam. **Wenn Selbstverschulden beim Geschädigten vorliegt, kann bei einer Kausalhaftung das Verschulden des Schädigers dieses aufwiegen, womit der Schädiger doch den ganzen Schaden tragen muss.**

#### b) *Die subjektive Komponente des Verschuldens*

##### i. **Urteilsfähigkeit**

Um überhaupt etwas verschulden zu können, ist Urteilsfähigkeit Voraussetzung. Urteilsfähigkeit (ZGB 16) wird dann bejaht, wenn einerseits die Fähigkeit vorhanden ist, einen vernunftgemässen Willen zu bilden (intellektuelle Komponente), und andererseits, gemäss diesem Willen zu handeln (voluntative Komponente). Die Urteilsfähigkeit ist immer **relativ**, d.h. dass sie stets bezogen auf die konkrete Handlung zu prüfen ist. Deswegen ist auch eine starre Altersgrenze bei Kindern keine Hilfe. Da die Urteilsfähigkeit vermutet wird (ZGB 16), hat derjenige das Nichtvorhandensein zu beweisen, der es behauptet.

##### ii. **Bedeutung**

Das Verschulden ist eine Voraussetzung der Verschuldenshaftung. Ausnahmen sind Konstellationen, in denen der Schädiger aus Billigkeit haften muss (OR 54 I). Dabei muss zumindest in objektiver Hinsicht das Verhalten des Urteilsunfähigen als Verschulden erscheinen. Weiter für die Beurteilung der Billigkeit sind die Verhältnisse des Einzelfalls von Bedeutung (finanzielle Verhältnisse, schweres Abweichen vom Durchschnittsverhalten, Ersatzpflicht einer Versicherung etc.).

Bei der actio libera in causa ist die Urteilsfähigkeit durch den Schädiger selbst verursacht worden, z.B. mit Alkohol. Diese Fälle werden von OR 54 II erfasst (Gegenmeinung: OR 41, wenn sich der Schädiger vorher „Mut antrinken will“). Kann der Schädiger beweisen, dass diese Urteilsfähigkeit ohne sein Verschulden eingetreten ist, kann immer noch OR 54 I zur Anwendung kommen.

Das Verhalten eines urteilsunfähigen Geschädigten kann mangels subjektiver Komponente nicht als Mit- oder Selbstverschulden qualifiziert werden, weswegen OR 54 I analog zur Anwendung kommen kann.

c) *Objektive Komponente des Verschuldens*

i. **Allgemeines**

Massstab für die ein Verschulden kennzeichnende negative rechtliche Qualifikation einer menschlichen Verhaltensweise ist das **Durchschnittsverhalten**. Objektiv schuldhaft ist das abweichende Verhalten vom Durchschnittlichen, welches unter den gegebenen Umständen erwartet werden konnte.

ii. **Vorsatz**

Beim Vorsatz ist der Wille des Schädigers auf das Bewirken eines Schadens gerichtet. Die Doktrin unterscheidet Absicht, einfacher Vorsatz und Eventualvorsatz. Diese Unterscheidung ist nur bei der Schadenersatzbemessung (OR 43 I) relevant.

iii. **Fahrlässigkeit**

Der Mangel an Sorgfalt wird festgestellt durch den (objektiven) Vergleich des tatsächlichen Verhaltens des Schädigers mit dem hypothetischen Verhalten eines durchschnittlich sorgfältigen Menschen in der Situation des Schädigers (das richtige Verhalten kann mit der Zeit ändern). **Jede negative Abweichung von diesem geforderten Durchschnittsverhalten gilt als sorgfaltswidrig und damit fahrlässig**. Durch die Objektivierung des Fahrlässigkeitsbegriffes haftet auch jemand, den in der konkreten Situation kein Verschulden trifft (z.B. Unaufmerksamkeit im Strassenverkehr wegen persönlichen Problemen, dies ist auch der hauptsächliche Kritikpunkt der Lehre). Nichtsdestotrotz wird der durchschnittliche Mensch relativiert nach Alter, Beruf, Erfahrung und unter Umständen auch nach Geschlecht. Unbeachtlich ist jedoch in dieser Hinsicht das Übernahmeverschulden, also wenn sich jemand eine Arbeit zumutet, die er gar nicht zu leisten vermag.

**Grobe Fahrlässigkeit** ist dann gegeben, wenn der Schädiger ausser Acht lässt, was jedem **verständigen Menschen** in seiner Lage und unter den konkreten Umständen hätte einleuchten müssen. Das Verhalten ist schlechthin unverständlich (z.B. Fahren in angetrunkenem Zustand). Die grobe Fahrlässigkeit kann bei Selbst- oder Drittverschulden zur Unterbrechung des Kausalzusammenhangs führen. Zudem ist sie bei der Schadenersatzbemessung von Bedeutung.

Die **mittlere Fahrlässigkeit** wurde vom Bundesgericht eingeführt und gilt als subsidiär. Deswegen umfasst sie alles, was nicht leichte oder grobe Fahrlässigkeit umfasst. Die mittlere Fahrlässigkeit kann bei Selbst- oder Drittverschulden nicht zur Unterbrechung des Kausalzusammenhangs führen.

Die **leichte Fahrlässigkeit** ist die geringfügige Verletzung der erforderlichen Sorgfalt. Sie kann passieren. Zu beachten ist, dass auch leichte Fahrlässigkeit grundsätzlich zur vollen Haftung des Schädigers führt. Erst im Rahmen der Schadenersatzbemessung kann eine Reduktion des Ersatzes wegen leichten Verschuldens erfolgen.



#### iv. Mittel zur Feststellung der Fahrlässigkeit

Wie bereits erwähnt hält der vorwiegende Teil der Lehre den Bezug des Gefahrensatzes für hilfreich (und nicht bei der Widerrechtlichkeit). Weiter Anhaltspunkte sind die Verletzung polizeilicher Vorschriften (z.B. Bau- und Strassenverkehrsvorschriften) oder behördliche Genehmigungen und Bewilligungen. Nicht auf das Verschulden lässt sich schliessen, wenn der mutmassliche Schädiger nach dem Schadenseintritt nachträglich Schutzmassnahmen trifft, wie auch nicht aus der Tatsache, dass frühere Schadenereignisse stattfanden.

#### 1.3.7. Haftung für Hilfspersonen

Die einschlägige Norm im vertraglichen Bereich ist OR 101. Sie ist keine selbständige Haftungsgrundlage, sondern eine **Zurechnungsnorm für Drittverhalten**. Zieht der Schuldner ohne Befugnis einen Dritten zur Erfüllung bei, haftet er bereits daraus aus OR 97.

Eine Hilfsperson ist jede Person, die mit Wissen und Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer Schuldpflicht tätig wird. Ein Subordinationsverhältnis ist nicht Voraussetzung. Von der Hilfsperson ist der Substitut nach OR 398 III und 399 zu unterscheiden. **Substitution liegt vor, wenn der Beauftragte die Besorgung des Geschäfts einem Dritten überträgt, der selbständig an seiner Stelle die geschuldete Leistung erbringen soll**. Der Beauftragte haftet nur für die gehörige Sorgfalt bei Auswahl und Instruktion des Dritten (OR 399 II), nicht für das weitere Fehlverhalten. Bei unbefugter Substitution gilt wie bei der Hilfsperson direkt OR 97. **Als Abgrenzung hilft, wenn die Substitution im Interesse des Auftraggebers erfolgt** (z.B. ein Spezialist).

Die Tatbestandsmerkmale neben der Hilfsperson sind die Erfüllung einer Schuldpflicht, in Ausübung der Verrichtung und die hypothetische Vorwerfbarkeit (wäre es dem Geschäftsherr vorwerfbar, wenn er anstelle der Hilfsperson gehandelt hätte?). Begeht ein Malerlehrling bei Malarbeiten einen Diebstahl, reicht dies für den nötigen Zusammenhang aus. Wenn der Geschäftsherr eine Hilfsperson mit grösserer Sachkunde anstellt, entfällt die Zurechnung aus OR 101.

#### 1.3.8. Organhaftung

ZGB 55 II statuiert die Organhaftung. Danach gilt jedes Handeln des Organs einer juristischen Person unmittelbar als Handeln der juristischen Person selbst, und zwar im vertraglichen, wie auch im ausservertraglichen Bereich. Erforderlich ist jedoch, dass das Organ selbst objektiv schuldhaft gehandelt hat (OR 41, 97). Hinzukommen muss auch hier ein funktioneller Zusammenhang in dem Sinne, dass das Organ in seiner Eigenschaft als solches und nicht als Privatperson gehandelt hat. Vgl. auch OR 567 III und 722.

### 1.3.9. Vertragliche Haftungsausschlüsse und -beschränkungen

Entsprechend dem Grundsatz der Vertragsfreiheit kann der Schuldner seine Haftung ausschliessen oder beschränken. Theoretisch ist auch im ausservertraglichen Bereich eine Freizeichnung möglich.

Im vertraglichen Bereich sind die Grenzen der Zulässigkeit in OR 100 f. festgesetzt. Eine Wegbedingung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit ist unzulässig (OR 100 I). Dies gilt nicht für Hilfspersonen (OR 101 II).

Zu beachten ist ferner das PrHG, wo die Haftung nicht wegbedungen werden kann.

Bei im Arbeitsverhältnis stehenden Personen, und bei den obrigkeitlich konzessionierten Gewerben (Banken, Luftseilbahnen, u.U. auch Ärzte, Anwälte etc.) ist eine Freizeichnung auch für leichtes Verschulden nicht möglich (OR 100 III, für Hilfspersonen nur leichtes Verschulden, OR 101 III).

Zeichnet sich der Schuldner für die ganze Haftung frei, wenn nur eine Freizeichnung für leichtes Verschulden möglich wäre, ist die Klausel nach h.L. als unwirksam zu werten. Spezielle Regelungen zu den Haftungsausschlüssen sind im BT zu finden (OR 199, 256 II, 288 II etc.). Allgemein anerkannt ist, dass die Haftung für Körperschäden nicht ausgeschlossen werden kann.

## 1.4. *Kausalhaftungen*

### 1.4.1. Geschäftsherrenhaftpflicht OR 55

#### a) *Wesen und Bedeutung*

OR 55 statuiert eine ausservertragliche Haftpflicht für fremdes Verhalten. Der Geschäftsherr haftet ohne Verschulden für die von seinen Hilfspersonen verursachten Schäden. Das Zurechnungskriterium ist die Tatsache, dass **derjenige haften soll, welcher andere für sich arbeiten lässt und aus dieser Arbeit wirtschaftlichen Nutzen zieht**. Ein weiterer Grund für OR 55 ist, dass es dem Geschädigten oftmals nicht möglich ist, den genauen Schädiger zu eruieren, selbst wenn er den Betrieb kennt.

Weil es sich hier nicht um eine Verschuldenshaftung mit Beweislastumkehr handelt, ist die **Urteilsfähigkeit als subjektive Seite des Verschuldens keine Haftungsvoraussetzung**. Neben den speziellen Tatbestandselementen sind die Widerrechtlichkeit, der Schaden und die Kausalität Haftungsvoraussetzung.

## b) *Tatbestandselemente*

### i. **Subordinationsverhältnis / Geschäftsherr und Hilfsperson**

Geschäftsherr ist, wer irgendeine Geschäftsbesorgung durch eine andere Person ausführen lässt, die zu ihm in einem **Unterordnungsverhältnis** steht. Die rechtliche Natur der Beziehung ist nicht von Bedeutung. Die Hilfsperson kann auch gleichzeitig mehreren Geschäftsherren unterstehen (z.B. bei einer Kollektivgesellschaft als Arbeitgeberin). Geschäftsherr ist nur die Spitze der meist pyramidenförmigen Organisation.

**Wird eine Arbeitskraft vermietet, ist der Mieter nach h.L. als Geschäftsherr zu betrachten, weil der Geschädigte oft nicht weiss, wann eine Arbeitskraft vermietet wurde.** Keine Hilfspersonen sind selbständig Erwerbende wie Ärzte oder Anwälte, weil es am Subordinationsverhältnis fehlt. Auch Organen juristischer Personen fehlt die Subordination, da sie selbst Befehls- und Entscheidungsgewalt besitzen.

### ii. **Funktioneller Zusammenhang**

Die Hilfsperson muss den Schaden in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtung verursacht haben. Der funktionelle Zusammenhang fehlt, wenn die Hilfsperson den Schaden lediglich bei Gelegenheit einer Geschäftsbesorgung herbeigeführt hat. Der Geschäftsherr soll **lediglich insoweit haften, als seine Hilfspersonen für ihn tätig werden** (z.B. haftet der Schreinermeister nicht für seinen Monteur, wenn er einen Diamantring klaut, aber, wenn er beim Abladen des Schrankes die Windschutzscheibe eines parkierten Autos zerstört).

In den Arbeitspausen ist ein funktioneller Zusammenhang dann gegeben, wenn der Schaden infolge einer normalen Pausentätigkeit entstanden ist (was z.B. bei Schlägereien nicht zutrifft).

### iii. **Misslingen des Sorgfaltsbeweises**

Als milde Kausalhaftung ist es dem Geschäftsherrn bei OR 55 möglich, sich zu exkulpieren, nämlich wenn er nach objektiven Kriterien und den konkreten Umständen die Zur Vermeidung des Schadens notwendigen Vorkehrungen getroffen hat.

- Sorgfalt in der **Auswahl der Hilfsperson**. Sorgfältig ist er z.B. wenn er Zeugnisse einholt oder wenn die Hilfsperson schon mehrere schadensfreie Jahre hinter sich hat. Die Sorgfalt in der Auswahl ist aber nicht nur bei der Anstellung, sondern auch bei der Zuteilung neuer Aufgaben zu beachten.
- Sorgfalt in der **Instruktion**. Diese Sorgfaltspflicht kann je nach den konkreten Umständen stark variieren (Erfahrung der Mitarbeiter, Risiken offensichtlich etc.).
- Sorgfalt in der **Überwachung**. Allzu hohe Anforderungen dürfen hier nicht gestellt werden, da eine permanente Überwachung nicht zumutbar ist. Eine gelegentliche Kontrolle genügt.
- Sorgfalt in der **Ausrüstung mit tauglichem Werkzeug und Material**. Ein Teil der Lehre zählt diese Pflicht zur Sorgfalt in der Instruktion.

- Sorgfalt in der **Organisation**. Dies betrifft die Arbeit sowie das Unternehmen. Die Organisation soll so beschaffen sein, dass das Risiko von Schädigungen Dritter so klein wie möglich gehalten wird. Inhaltlich umfasst diese Sorgfalt namentlich die Kompetenzordnung, die Schutzmassnahmen, die Arbeitsteilung. Wiederum sehen hier einige Autoren dies als einen Bestandteil der Pflicht zur sorgfältigen Instruktion.
- Pflicht zur **Endkontrolle**. Sie ist heute kaum mehr von Bedeutung, da sich die Fälle meist auf Produkte beschränken, die heute durch das PrHG gedeckt sind.

Das rechtmässige Alternativverhalten ist in OR 55 erwähnt. Es unterbricht den Kausalzusammenhang, wenn zum Beispiel die Hilfsperson sich rechtmässig verhält, obwohl sie vom Geschäftsherrn nicht instruiert worden ist, oder wenn die Hilfsperson den Schaden auch dann verursacht hätte, wenn der Geschäftsherr seine Pflicht erfüllt hätte.

### c) *Sonderfragen*

#### i. **OR 55 und Produkthaftpflicht**

Vor dem Inkrafttreten des PrHG war OR 55 Auffangtatbestand für fehlerhafte Produkte. Diese Aufgabe kann OR 55 auch in Zukunft übernehmen, allerdings nur in beschränktem Masse, wenn ein Sachverhalt nicht unter das PrHG fällt (z.B. fallen der geschäftliche Gebrauch eines Produktes, ein nach dem Inverkehrbringen entstandener Fehler oder ein Entwicklungsfehler nicht unter das PrHG).

#### ii. **Rückgriff des Geschäftsherrn OR 55 II**

Gemäss OR 55 II kann der Geschäftsherr Rückgriff auf seine Hilfsperson nehmen. Gemäss h.L. ist diese Norm **überflüssig**, weil sie im Verhältnis zu OR 51 II keine Sondervorschriften statuiert. Zudem besteht zwischen Hilfsperson und Geschäftsherr meist ein Vertrag, weshalb der vertragliche Weg gewählt wird (bessere Verjährungsfristen).

#### iii. **Verhältnis zu OR 101**

OR 101 ist die Haftungsgrundlage (i.V.m. OR 97) für Schäden, die eine Hilfsperson in Ausübung vertraglicher Pflichten des Geschäftsherrn für den Geschädigten verursacht. Ist auch OR 101 erfüllt, besteht Anspruchskonkurrenz. Die Voraussetzungen der Haftung nach OR 101 i.V.m. OR 97 sind Vertragsverletzung, Schaden, Kausalität, Hilfsperson, hypothetische Vorwerfbarkeit und der Schaden muss in Ausübung der Verrichtung entstanden sein (funktioneller Zusammenhang zwischen Vertragsabwicklung und Schaden).

#### iv. **Verhältnis zu ZGB 55 II**

ZGB 55 II bestimmt, dass die juristische Person für unerlaubtes Verhalten ihrer Organe haftet. Das ist eine reine Zurechnungsnorm, weswegen weiter die Voraussetzungen von OR 41 ff. erfüllt sein müssen. Voraussetzung ist, dass das **Organ in seiner Eigenschaft als Organ und nicht für sich selbst oder als Hilfsperson gehandelt hat**. Das Verschulden muss vom Geschädigten bewiesen werden, da es sich hier **nicht um eine Kausalhaftung handelt**.

## 1.4.2. Tierhalterhaftpflicht OR 56

### a) *Wesen und Bedeutung*

Dem Tierhalter soll das Risiko, dass sein Tier jemanden schädigt, überbunden werden. Die Tierhalterhaftpflicht ist ähnlich strukturiert wie OR 55, es handelt sich ebenfalls um eine milde Kausalhaftung, in der der Haftende mit einem Exkulpationsbeweis oder mit rechtmässigem Alternativverhalten der Haftung entinnen kann.

Praktisch ist die Bedeutung von OR 56 klein. Meist kommt sie dann vor, wenn ein Tier mit einem Motorfahrzeug kollidiert. Wenn niemanden ein Verschulden trifft, wird in der Praxis die Haftung **2:1 zu lasten des Motorfahrzeughalters** aufgeteilt (OR 43/44).

Neben den speziellen Tatbestandselementen sind die Widerrechtlichkeit, der Schaden und die Kausalität Haftungsvoraussetzung.

### b) *Tatbestandselemente*

#### i. Tierhalter

Tierhalter und damit Haftungssubjekt ist jene Person, welche objektiv betrachtet die tatsächliche Möglichkeit hat, diejenigen Massnahmen zu treffen, die erforderlich sind, um die nötige Sorgfalt zu wahren, damit durch das Tier niemand geschädigt wird.

Zentral für die Frage des Tierhalters ist, **wem das Tier dient, wer es vor allem wirtschaftlich nutzt**. Der Eigentümer oder der Besitzer sind nicht zwingend der Tierhalter (vor allem weil sie nicht identisch zu sein brauchen). **Geht jemand mit dem Nachbarshund Gassi, ist er als Hilfsperson des Tierhalters anzusehen, weswegen der Tierhalter haftet (da es sich um eine Kausalhaftung handelt)**.

Beim Kauf eines Tieres regelt OR 185 die Gefahr für den Kaufgegenstand und nicht für Schäden, die durch den Kaufgegenstand entstehen. Deswegen geht Nutzen und Gefahr nicht durch den Abschluss des Kaufvertrages den Käufer über. Bei einer Miete kommt es nicht unbedingt auf die Länge des Mietverhältnisses an, sondern wiederum auf die Frage, wer objektiv die Möglichkeit hatte, den Schaden zu vermeiden. Im Hinblick auf den Vermieter kommt eventuell mangelnde Instruktion in Frage, weswegen er auch bei einem langen Mietverhältnis Tierhalter bleiben kann.

#### ii. Selbständige Aktion des Tieres

Ein Tier ist eine lebende Sache, die gehalten werden kann. Da z.B. eine einzelne Biene nicht gehalten werden kann, stellt sie kein solches Tier im juristischen Sinne dar. Mikroorganismen sind ebenfalls ungeeignet, da es ihnen an der selbständigen Aktion fehlen würde.

Das Tier muss **aus eigenem Antrieb agieren oder reagieren**. Dabei genügt die mittelbare Verursachung eines Schadens, eine Berührung ist also nicht erforderlich (z.B.

wird der Geschädigte von einem Hund auf einen Baum gejagt, dessen Ast abbricht und der Geschädigte sich verletzt). Reagiert das Tier auf Lärm, ist eine selbständige Aktion vorhanden (nicht jedoch, wenn es absichtlich erschreckt wird). Eine Ansteckung mit einer Krankheit ist keine selbständige Aktion des Tieres.

### iii. **Misslingen des Sorgfaltsbeweises**

Der Tierhalter kann sich **von der Haftung befreien, indem er beweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung des Tieres angewendet hat**. Erforderlich ist eine objektiv gebotene Sorgfalt, ein subjektiv entschuldbares Verhalten des Tierhalters befreit diesen nicht.

Das Mass an Sorgfalt ist unter den konkreten Umständen zu ermitteln. Es kann sein, dass sogar schon die Haltung des Tieres gegen eine Sorgfaltspflicht verstösst.

Da sich der Tierhalter das Verhalten seiner Hilfsperson zurechnen lassen muss, hat er zu beweisen, dass seine Hilfsperson die objektiv gebotene Sorgfalt angewendet hat. Der Beweis von OR 55 (sorgfältige Instruktion, Auswahl und Überwachung) ist hier nicht zugelassen. Wie bereits erwähnt kann sich der Tierhalter auch mit dem Beweis von der Haftung befreien, dass der Schaden auch bei rechtmässigem Alternativverhalten eingetreten wäre.

### 1.4.3. **Werkeigentümerhaftpflicht OR 58**

#### a) ***Wesen und Bedeutung***

Der Werkeigentümer haftet für den Schaden, den das Werk infolge fehlerhafter Anlage oder mangelhaften Unterhalts verursacht. OR 58 statuiert eine scharfe Kausalhaftung, weil es für den Werkeigentümer **keine Möglichkeit gibt, sich zu exkulpieren**.

Als Zurechnungskriterium wird angeführt, dass derjenige für Schäden, die von seinem Werk ausgehen haften soll, weil er auch den wirtschaftlichen Nutzen vom Werk zieht. Weil die Werkeigentümerhaftung eine Zustandshaftung ist, **haftet der Werkeigentümer unabhängig davon, ob der Fehler auf eine Hilfsperson, auf ein fremdes Verhalten, auf einen Zufall oder auf sein Verschulden zurückzuführen ist**. Ist das fremde Verhalten allerdings so intensiv, dass es den Kausalzusammenhang unterbricht, ist es offensichtlich sehr wohl zu beachten. Neben den speziellen Tatbestandselementen sind die Widerrechtlichkeit, der Schaden und die Kausalität Haftungsvoraussetzung.

#### b) ***Tatbestandselemente***

##### i. **Gebäude und andere Werke**

Ein Werk ist hier nicht dasselbe wie in OR 363 ff. (oder im URG). Ein Werk im Sinne von OR 58 ist ein solches, das **künstlich geschaffen wurde, und mit dem Erdboden fest verbunden ist**. Dabei kann unter Umständen auch ein Baum ein Werk im Sinne von OR 58 darstellen.

Das Merkmal Stabilität bedeutet direkte oder indirekte Verbindung mit dem Erdboden. Diese Verbindung muss nicht dauerhaft sein, deswegen kann die Werkeigenschaft auch auf Fahrnisbauten (ZGB 677) oder Leitungen (ZGB 676) zutreffen. Beispiele, bei denen der Wertcharakter bejaht wurden, sind: Lifte, Zäune, Maschinen, die am Boden befestigt wurden, ein Baugerüst, Strassen und Trottoirs oder das Seilkabel einer Seilbahn.

Die künstliche Herstellung ist dann gegeben, wenn das Werk **von Menschen geschaffen**, oder Objekte von Menschen angeordnet wurden. Skipisten sind dann Werke, wenn für sie gerodet wurde, wenn sie von Pistenmaschinen präpariert werden oder wenn bauliche Veränderungen stattgefunden haben.

Der Werkeigentümer **haftet erst, wenn das Werk vollendet ist, denn erst dann, kann er einen wirtschaftlichen Nutzen daraus ziehen**. Wenn der Mangel aber nicht mit der vorübergehenden Unvollkommenheit des Werkes zusammenhängt, sondern etwa mit einem Konstruktionsfehler, wird der Werkeigentümer dennoch zur Kasse gebeten.

## ii. Werkmangel

Ein Werkmangel liegt vor, wenn eine weder Personen noch Güter gefährdende Existenz und Funktion des Werkes, die dessen Eigentümer zu garantieren hat, nicht gewährleistet wird. Der Werkeigentümer hat insbesondere dafür zu sorgen, dass das Werk bei bestimmungsgemäsem Gebrauch genügende Sicherheit bietet.

Eine Anlage oder ein Werk kann entweder fehlerhaft konstruiert worden sein, oder durch mangelhaften Unterhalt einen Mangel aufweisen (OR 58 I). Letzteres liegt dann vor, wenn sich das Werk infolge Benutzung oder Zeitablauf in einem für Dritte gefährlichen Zustand befindet. Dabei muss es aber für den Werkeigentümer zumutbar gewesen sein, den Mangel festzustellen und zu beseitigen (Kosten / Nutzen, objektiver Massstab).

Man hat von der Zweckbestimmung des Werkes auszugehen, weil bei bestimmungsgemäsem Gebrauch keine Gefährdung vom Werk ausgehen darf. Der Werkeigentümer muss nur für normale Risiken einstehen, und **braucht nicht jede entfernt denkbare Gefahr auszuschalten. Massgebend ist ein objektiver Massstab, wobei an Werke mit Publikumsverkehr höhere Anforderungen gestellt werden**. Die Beachtung des allgemein Üblichen reicht nicht aus, sondern kann höchstens als Indiz für die Mangelfreiheit gewertet werden, wie auch die behördliche Genehmigung eines Werks oder das Befolgen von polizeilichen Vorschriften.

## iii. Passivlegitimation/Werkeigentümer

Grundsätzlich ist der sachenrechtliche Eigentümer (und nicht z.B. der Mieter) des Werks im Zeitpunkt des Schadenseintritts passivlegitimiert. Wer die unmittelbare Sachherrschaft ausübt, ist nicht massgebend. Bei Mit- und Gesamteigentum wird von Solidarhaftung ausgegangen. Aus Praktikabilitätsgründen ist beim Stockwerkeigentum im Aussenverhältnis eine ausschliessliche und direkte Haftung der Stockwerkeigentümergeellschaft anzunehmen.

Ausnahmsweise ist der **Dienstbarkeitsberechtigte** passivlegitimiert, insbesondere, wenn der sachenrechtliche Eigentümer gar nicht die Möglichkeit hat, für einen mangelfreien Unterhalt zu sorgen.

c) *Einzelprobleme*

i. **Bestimmungswidriger Gebrauch**

Grundsätzlich **muss das Werk einem bestimmungswidrigen Gebrauch nicht gewachsen sein**. Wenn dieser Gebrauch allerdings voraussehbar ist, und zumutbare Massnahmen getroffen werden können, um den bestimmungswidrigen Gebrauch zu verhindern, muss der Werkeigentümer trotzdem haften. Die Sicherungspflicht erstreckt sich allerdings nicht auf Personen, die in erkennbarer Weise unberechtigt in den Bereich des Werkes eingedrungen sind.

ii. **Haftpflicht des Strasseneigentümers**

Öffentliche Strassen stehen nicht notwendigerweise im sachenrechtlichen Eigentum des Gemeinwesens. Die Rechtsprechung hat in Situationen, in denen die Strassen Privaten gehören, die Tendenz, **nicht den sachenrechtlichen Eigentümer haften zu lassen, sondern denjenigen, der tatsächlich für Anlage und Unterhalt der Strasse verantwortlich ist** (meist das Gemeinwesen).

Ein Werkmangel kann schon die fehlende Signalisation sein. Zu beachten ist, dass es dem Gemeinwesen oftmals nicht möglich ist (vor allem aus finanziellen Gründen), seine Strassen permanent auf dem neuesten technischen Stand zu halten. Für Glatteis muss niemand haften, da es keine Pflicht des Gemeinwesens ist, überall z.B. Sand zu streuen, wo Glatteis vorhanden ist. Die Verletzung verwaltungsrechtlicher Vorschriften über den Strassenunterhalt stellt in der Regel einen Werkmangel dar.

#### 1.4.4. **Grundeigentümerhaftpflicht ZGB 679**

a) *Wesen und Bedeutung*

Der Grundeigentümer soll seine durch das Eigentum privilegierte Rechtsposition mit einer Kausalhaftung abgelden, falls durch die Eigentumsausübung Nachbarn geschädigt werden. Das Zurechnungskriterium besteht in einer **objektiven Überschreitung der aus dem Grundeigentum fliessenden Nutzungsrechte**. Ein Sorgfaltsbeweis ist ausgeschlossen. Neben dem Überschreiten des Grundeigentumsrechts sind die Widerrechtlichkeit, der Schaden und die Kausalität Haftungsvoraussetzung.

b) *Überschreitung des Grundeigentumsrechts als Voraussetzung*

Eine Überschreitung der Eigentümerbefugnisse liegt bei übermässigen Immissionen (ZGB 684) vor. Dabei wird auf das Empfinden eines Durchschnittsmenschen in der konkreten Situation abgestellt. Beispiele sind Russ, Rauch, Lärm oder Erschütterung. Neben diesen materiellen Immissionen wurden von der Rechtsprechung auch negative Immissionen als Schadenursache anerkannt. Beispiele sind ideelle Eindrücke der Nachbarn wie Aussicht, oder die Verhinderung des Zugangs auf ein anderes Grundstück. Bei diesen negativen



Immissionen muss die Schädigung beträchtlich sein. Der Grundeigentümer haftet nicht für ausschliesslich durch Naturereignisse verursachte Schäden.

*c) Einzelprobleme*

**i. Aktiv- und Passivlegitimation**

**Aktivlegitimiert** ist nur der Nachbar, welcher nicht unbedingt Eigentümer seines Grundstückes zu sein braucht. Der Nachbar muss nicht unmittelbar neben dem störenden Grundeigentum sein, denn es wird jeder Eigentümer oder Besitzer eines Grundstücks unter dem Nachbarbegriff umfasst, der von den übermässigen Immissionen betroffen ist.

**Passivlegitimiert** ist zunächst der Grundeigentümer, der sein Eigentumsrecht überschreitet. Nach h.L. ist auch der Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts passivlegitimiert, wenn die Immissionen auf dessen selbständiges Verhalten zurückzuführen sind. Das Bundesgericht hat die Passivlegitimation auch schon bei einem obligatorisch Berechtigten bejaht, was einem grossen Teil der Lehre widersprach.

Auch das Gemeinwesen kann passivlegitimiert sein. **Wenn die Immissionen aber durch eine hoheitliche Tätigkeit verursacht wurden und auf den bestimmungsgemässen Gebrauch der öffentlichen Sache zurückgehen, und sie sich nicht mit einem verhältnismässigen Aufwand verhindern lassen, besteht keine Haftpflicht des Gemeinwesens.**

**ii. Verhältnis zu OR 58**

OR 58 und ZGB 679 beruhen auf verschiedenen Voraussetzungen (Werkmangel / Ausübung eines Eigentumsrechts am Grundstück). Deswegen sind sie entgegen einer älteren Auffassung konkurrierend anwendbar, wenn beide Voraussetzungen erfüllt sind.

**iii. Schaden durch erlaubte Einwirkung**

Ein Problem ergibt sich, wenn ein Schaden durch eine Immission eintritt, die zwar ausserordentlich und unvermeidlich, aber erlaubt ist. Das ist etwa der Fall, wenn im Zusammenhang mit einer Bautätigkeit auf den Nachbargrundstück Kunden der Zugang zu einem Ladengeschäft erheblich erschwert wird.

Das Bundesgericht bejaht einen Schadenersatz, wenn die Immissionen übermässig und die Schädigung beträchtlich sind, obwohl sie rechtmässig sind.

**1.4.5. Haftpflicht des Familienhauptes ZGB 333**

*a) Wesen und Bedeutung*

Haften soll die Person, die durch ihre Stellung und Autorität in der Hausgemeinschaft die **Möglichkeit hat, die zur Schadensverhütung erforderlichen Massnahmen zu treffen**. Die Grundidee ist, die Haftung als Folge einer Verletzung der Aufsichtspflicht anzusehen.

Gerechtfertigt ist eine solche (milde) Kausalhaftung, weil die Hausgenossen meist kein nennenswertes Vermögen haben, und sie oftmals urteilsunfähig und damit schuldlos sind, um nach OR 41 selbst zu haften. ZGB 333 findet nur auf Schädigungen im ausservertraglichen Bereich Anwendung.

Neben den speziellen Tatbestandselementen sind die Widerrechtlichkeit, der Schaden und die Kausalität Haftungsvoraussetzung.

## **b) Tatbestandselemente**

### **i. Familienhaupt**

Das Gesetz legt nicht fest, wer als Familienoberhaupt anzusehen ist. Vorerst muss eine **Hausgemeinschaft** vorliegen. Eine solche kann auch in Erziehungsanstalten, Heimen oder Internaten vorliegen. Die Hausgemeinschaft muss eine gewisse Dauer haben, da nur dann das Familienoberhaupt seine Sorgfaltspflicht sinnvoll wahrnehmen kann. Weiter muss ein **Subordinationsverhältnis** zwischen Hausgenosse und Familienhaupt bestehen. Dieses kann auf Vertrag, Gesetz oder Herkommen beruhen.

Wenn eine Hilfsperson zur Beaufsichtigung hinzugezogen wird, haftet das Familienhaupt für die Hilfsperson, die Hausgewalt geht nicht auf diese über. Es ist nicht möglich, dass ein Hausgenosse gleichzeitig verschiedenen Hausgewalten untersteht.

### **ii. Hausgenosse**

Hausgenossen sind die durch ein Subordinationsverhältnis verbundenen Personen, die im gleichen Haushalt leben. Die Haftpflicht erstreckt sich nur auf die unmündigen, entmündigten, geistesschwachen oder geisteskranken Hausgenossen (abschliessende Aufzählung). **Sind die Hausgenossen urteilsfähig, kann eine solidarische Haftung bestehen** (durch OR 41).

Das Verhalten des aufsichtsbedürftigen Hausgenossen muss in objektiver Hinsicht ein Verschulden darstellen. Fügt sich der Hausgenosse selbst einen Schaden zu, muss das Familienhaupt nicht haften.

### **iii. Misslingen des Sorgfaltsbeweises**

Wenn das Familienhaupt das übliche und durch die Umstände gebotene Mass an Sorgfalt in der Beaufsichtigung angewendet hat, kann es sich von der Haftung befreien. Das Mass der Sorgfalt bestimmt sich nach den konkreten Umständen. Zu berücksichtigen ist das Alter, der Charakter, die geistige Reife, Neigungen, Gewohnheiten oder Veranlagungen der Hausgenossen, sowie die örtlichen Verhältnisse und das soziale wie gesellschaftliche Umfeld.

Massgebend für die Bestimmung des Sorgfaltmassstabes ist gemäss Bundesgericht, ob die schädigende Handlung des Hausgenossen voraussehbar gewesen ist. Die Sorgfaltspflichtverletzung kann in der ungenügenden Beaufsichtigung, der unzweckmässigen oder fehlenden Anweisungen oder Ermahnungen, der Überlassung gefährlicher Gegenstände, der Misshandlung der Hausgenossen oder der Erteilung der Erlaubnis zu schädigendem Verhalten bestehen.

**Beweist das Familienhaupt, dass der Schaden auch bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt eingetreten wäre, haftet er gemäss h.L. ebenfalls nicht, obwohl die Möglichkeit des Befreiungsbeweises entgegen OR 55 und 56 nicht im Gesetz verankert ist.**

#### 1.4.6. Gefährdungshaftungen

##### a) *Wesen und Überblick*

Die Gefährdungshaftungen knüpfen an bestimmte Vorrichtungen, Zustände oder Tätigkeiten an, von denen erfahrungsgemäss eine besondere Gefährdung ausgeht. Das Zurechnungskriterium ist, dass derjenige, der den wirtschaftlichen Nutzen aus der betreffenden Aktivität zieht, auch das wirtschaftliche Risiko tragen soll.

Gefährdungshaftungen setzen keinerlei objektive Unregelmässigkeiten oder Ordnungswidrigkeiten voraus. Es **reicht ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang, um die Haftung zu begründen**. Deswegen wird von einer scharfen Kausalhaftung gesprochen. Es wird als genügend angesehen, wenn das Schadensereignis mit der Eigenart des Betriebes zusammenhängt. Obwohl die Widerrechtlichkeit meist nicht in den Tatbeständen erwähnt wird, ist sie eine Haftungsvoraussetzung (wobei die Bedeutung eher gering ist, weil viele Gefährdungshaftungen nur für Personen- und Sachschäden entstehen, weshalb da die Widerrechtlichkeit durch die Verletzung vorhanden ist).

**Gefährdungshaftungen nach Spezialgesetzen gehen den Haftungstatbeständen vom OR vor**, und kommen exklusiv zu Anwendung. Beispiele von Gefährdungshaftungen sind SVG 58, EHG, LGG 64 ff., KHG oder die Haftpflicht des Jägers nach JSG 15.

##### b) *Die Haftpflicht des Motorfahrzeughalters SVG 58 I*

###### i. **Wesen und Bedeutung**

SVG 58 I statuiert eine streng ausgestaltete Gefährdungshaftung für den Halter eines Motorfahrzeuges, der unabhängig vom Vorliegen einer objektiven Ordnungswidrigkeit für Schäden haftet, die aus dem Betrieb seines Motorfahrzeuges herrühren.

###### ii. **Tatbestandselemente**

Nach SVG 58 I sind nur Schäden, die aus der Tötung oder Verletzung eines Menschen oder aus der Beschädigung einer Sache resultieren, zu ersetzen. Ausgeschlossen ist die Haftung für Vermögensschäden.

Vorprozessuale Anwaltskosten sind dann ersatzpflichtig, wenn sie berechtigt, notwendig und angemessen sind. Nach OR bestimmt sich das Verhältnis zwischen Halter und Eigentümer des Fahrzeugs, wenn letzteres Schaden davonträgt.

Ein Motorfahrzeug ist jedes Fahrzeug mit eigenem Antrieb, durch den es auf dem Erdboden unabhängig von Schienen fortbewegt wird (SVG 7 I). Auch Landwirtschaftsfahrzeuge

oder Schneefräsen fallen unter den Begriff des Motorfahrzeuges. Aufgrund besonderer gesetzlicher Vorschrift sind bestimmte Motorfahrzeugtypen von der Gefährdungshaftung ausgenommen: Motorhandwagen, Motoreinachser und Motorfahräder. Für Anhänger haftet der Halter des Zugfahrzeuges (SVG 69).

Der Schaden muss aus dem Betrieb des Motorfahrzeuges herrühren. Der Betrieb ist dann anzunehmen, wenn die maschinellen Einrichtungen im Zusammenhang mit der Fortbewegung des Motorfahrzeuges in Gebrauch sind. Abgestellte Fahrzeuge sind nicht in Betrieb, wohl aber solche, bei denen die Schwerkraft zur Bewegung ausgenutzt wird. Kein Betrieb ist das einfache Schieben eines Fahrzeuges durch Personen.

Ein Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und dem Betrieb des Fahrzeuges wurde bei einem laufenden Fahrzeug verneint, als sich ein Passagier den Finger einklemmte, wie auch als bei laufendem Motor die Ladewand eines Lastwagens herunterschnellte und die Hand eines Beladenden verletzte. Bejaht wurde der Zusammenhang, als ein Lastwagen im Tunnel liegen blieb und ein zweiter deswegen auf ihn drauf fuhr.

Durch die Voraussetzung des Vorliegens von Personen- oder Sachschaden wird die Widerrechtlichkeit indiziert.

### iii. **Ergänzende Haftungstatbestände**

Gemäss SVG 58 II haftet der Fahrzeughalter für einen **Nichtbetriebs-Unfall**, wenn der Geschädigte beweist, dass den Halter oder allenfalls Personen, für welche der Halter verantwortlich ist, ein Verschulden trifft, oder dass eine fehlerhafte Beschaffenheit des Fahrzeuges zum Unfall mitgewirkt hat. Es handelt sich hier um eine Kombination von Verschuldenshaftung (wenn der Halter den Schaden verursacht hat) und einfacher Kausalhaftung (wenn seine Hilfsperson den Schaden verursacht hat). Gedacht ist etwa der Fall **des unbedachten Öffnens der Autotür**. Wie bei den Betriebsunfällen muss auch hier ein Verkehrsunfall vorliegen, was nicht der Fall ist, wenn sich jemand seinen Finger einklemmt bei Einsteigen.

Gemäss SVG 58 II haftet der Halter **nach Ermessen des Richters** auch für Schäden, die infolge der Hilfeleistung nach Unfällen seines Motorfahrzeuges entstehen, sofern er für den Unfall Haftbar ist und die Hilfe ihm selbst oder seinen Insassen geleistet wird. Diese Regelung geht OR 422 vor, und hat den Vorteil, dass die Schäden durch die Haftpflichtversicherung zu erstatten sind (SVG 63 II). Als Unfall genügt eine Panne nicht, es muss sich um einen Verkehrsunfall handeln.

### iv. **Aktiv- und Passivlegitimation**

Aktivlegitimiert sind in erster Linie geschädigte Dritte, die mit dem Betrieb des Fahrzeuges nichts zu tun haben, doch auch Insassen, selbst der Lenker, können sich auf die Gefährdungshaftung des Halters berufen. Bei letzteren wird wohl üblicherweise ein Selbstverschulden vorliegen.

Passivlegitimiert ist derjenige, auf dessen Rechnung und Gefahr der Betrieb des Fahrzeuges erfolgt und der zugleich die tatsächliche unmittelbare Verfügungsgewalt über das Fahrzeug hat. Zu fragen ist, **wer vorwiegend vom Betrieb des Fahrzeuges profitiert** und die finanziellen Lasten dafür übernimmt. Es ist also nicht zwingend der zivilrechtliche Eigentümer.

Es kann auch vorkommen, dass mehrere Halter vorhanden sind. Diese haften solidarisch gegenüber Dritten. Unter Ehegatten ist derjenige Halter, der faktisch die Verfügungsgewalt über das Fahrzeug innehat, und der sich um Wartung, Unterhalt und Kontrolle des Fahrzeugs kümmert.

Beim Geschäftsauto ist der Arbeitnehmer nur dann als Halter zu betrachten, wenn er das Auto bei sich zuhause verwahrt und damit auch im Privaten fahren darf. Bei der Miete von Autos muss die Dauer erheblich sein, beim Leasing ist als Halter der Leasingnehmer zu betrachten.

Ist der Halter die verletzte Person, besteht keine Haftpflicht aus SVG. **Der mit dem Halter nicht identische Lenker haftet nicht nach SVG, sondern nach OR 41, seine Haftpflicht ist jedoch nach SVG 63 II durch die Haftpflichtversicherung des Halters mitgedeckt.**

Der Garagist ist gemäss SVG 71 II verpflichtet, für die Gesamtheit der ihm übertragenen Fahrzeuge eine Haftpflichtversicherung abzuschliessen. Deswegen **haftet der Halter nicht für Unfälle, die bei einem Garagisten passieren**. Der Dieb eines Autos haftet wie ein Halter, die Haftpflicht des Halters bleibt jedoch daneben bestehen, ausser gegen den Dieb oder gegenüber solchen Personen, die bei Antritt der Fahrt wussten, dass das Auto entwendet wurde (SVG 75).

#### v. **Ausschluss und Ermässigung der Haftung**

Gemäss SVG 59 kann sich der Halter von seiner Haftpflicht befreien, indem er beweist, dass der Unfall durch höhere Gewalt, durch grobes Selbstverschulden des Geschädigten oder eines Dritten verursacht wurde. Nicht vorhanden darf ein Verschulden des Halters oder der Personen sein, für die er zu haften hat. Ansonsten ist ein Ausschluss der Haftung nicht möglich.

Höhere Gewalt ist z.B. bei einer Lawine oder bei einem Felssturz zu bejahen, nicht aber bei Mängeln am Strassenbelag. Selbstverschulden von Kindern wird milder bewertet als dasjenige von Erwachsenen. Das Nichttragen von Sicherheitsgurten wird als leichtes Verschulden taxiert (nicht so im Sozialversicherungsrecht, dort ist es ein schweres Verschulden).

Ermässigt kann die Haftung durch ein Verschulden des Geschädigten werden. Praktisch bedeutsam ist das Handeln auf eigene Gefahr, wenn zum Beispiel der Geschädigte zu einem betrunkenen Lenker in den Wagen sitzt.

#### vi. **Obligatorische Haftpflichtversicherung**

Jedes Fahrzeug bedarf einer obligatorischen Haftpflichtversicherung (SVG 63 I). Der Grund für die Einführung war, den Versicherungsnehmer vor der finanziellen Belastung zu schützen, sowie dem Geschädigten das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Haftpflichtigen zu nehmen.

Der Geschädigte hat ein **unmittelbares Forderungsrecht gegenüber der Haftpflichtversicherung** (SVG 65 I). Die Versicherung kann dem Geschädigten keine Einreden aus dem Versicherungsvertrag machen. Die Garantiesumme muss mindestens 3 Mio. Franken betragen und kann nicht herabgesetzt werden. Übersteigt die Schadenssumme

diese Garantiesumme, wird die Ersatzforderung herabgesetzt, proportional, wenn mehrere geschädigt sind (SVG 66).

Durch das Einredeverbot muss die Versicherung eventuell mehr bezahlen, als dem Geschädigten zusteht. Deswegen hat sie ein Rückforderungsrecht gegen den Versicherungsnehmer (SVG 65 III).

## **1.5. Solidarität und Regress, Verjährung**

### **1.5.1. Grundsatz der Solidarität - Aussenverhältnis**

#### **a) Allgemeines**

##### **i. Mehrere Ersatzpflichtige (vgl. OR 143-150)**

Mehrere Haftpflichtige haften dem Geschädigten grundsätzlich solidarisch. Die Ersatzpflichtigen sind Solidarschuldner. Die zentrale Funktion der passiven Solidarität besteht darin, dass die Position des Gläubigers, welche dadurch abgeschwächt wird, dass er sich mit einer Mehrheit von Schuldnern konfrontiert sieht, ausbalanciert wird.

Grundsätzlich muss jeder Solidarschuldner die gesamte Leistung erbringen, welche der Geschädigte indessen nur einmal erhalten soll (**Anspruchskonkurrenz**). Nicht mitgezählt wird dabei die Leistung aus einer Summenversicherung, also eine solche, die nicht an den Eintritt eines haftpflichtrechtlich relevanten Schadens geknüpft ist (z.B. die Lebensversicherung).

##### **ii. Unterschied echte/unechte Solidarität**

Im Falle, wenn mehrere wegen Verschulden haften, liegt gemäss Bundesgericht echte Solidarität vor (OR 50). Haften die Schuldner aus Verschulden und Kausalität, liegt hingegen unechte Solidarität vor (OR 51). Praxisrelevant wird diese Unterscheidung im Falle der Verjährung (OR 136), **weil bei echter Solidarität die Unterbrechung der Verjährung gegen einen Solidarschuldner auch für die anderen wirkt**. Bei unechter Solidarität muss gegen jeden eine Unterbrechungshandlung vorgenommen werden.

#### **b) Erscheinungsbilder der solidarischen Haftung**

##### **i. Gemeinsam verschuldeter Schaden OR 50 I**

Eine gemeinsame Verursachung liegt dann vor, wenn die Verhaltensweise mehrerer Personen als adäquate Gesamt- oder Teilursache des eingetretenen Schadens qualifiziert werden kann. Eine mittelbare Verursachung ist möglich, weswegen die Anstifter und Gehilfen ebenfalls in diese Kategorie fallen. Deswegen kann bei einem Raufhandel jeder haften.

Die Voraussetzung hier ist, dass alle einzeln ein Verschulden trifft, es müssen also bei allen die subjektive (Urteilsfähigkeit) und die objektive (Vorsatz, Fahrlässigkeit) Komponente vorhanden sein. Die Ersatzpflichtigen müssen etwas voneinander wissen, eine eindeutige Abrede ist jedoch nicht nötig.

**ii. Haftung aus verschiedenen Rechtsgründen OR 51 I (mehrtypisch)**

OR 51 I verweist wegen dem Regress auf OR 50 I. Da ein Regress unter mehreren Personen grundsätzlich deren solidarische Haftung voraussetzt, impliziert OR 51 I die Solidarhaftung für mehrere Personen, die aus verschiedenen Rechtsgründen haften. Rechtsgründe können einfache Kausalhaftungen, Verschuldenshaftungen, vertragliche Haftungen oder Gefährdungshaftungen sein.

**iii. Haftung aus dem gleichartigem Rechtsgrund (eintypisch)**

Hier müssen mehrere Ersatzpflichtige unabhängig voneinander aus dem gleichartigen Rechtsgrund für einen Schaden aufkommen. Gemäss OR 143 II entsteht Solidarität nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen. Für die beschriebene Situation besteht keine Grundlage im Gesetz. Weil die Interessen des Geschädigten in derartigen Fällen nicht weniger schützenswert sind als jene des Gläubigers bei mehrtypischer Solidarität, ist OR 51 analog anzuwenden.

**c) *Die Geltendmachung persönlicher Herabsetzungsgründe***

**i. Allgemeines**

Bei den persönlichen Herabsetzungsgründen handelt es sich um Elemente der Schadenersatzbemessung, welche besonders eng mit der Person des Schädigers verbunden sind (z.B. geringes Verschulden). Fraglich ist, ob er diese Herabsetzung bereits gegenüber dem Geschädigten, oder erst im Innenverhältnis geltend machen kann.

Von den persönlichen Herabsetzungsgründen sind die Herabsetzungsgründe zu unterscheiden, die allen Ersatzpflichtigen zustehen (z.B. die Verjährung). Diese können selbstverständlich geltend gemacht werden. Persönliche Einreden und Einwendungen, die nichts mit dem konkreten Schadensfall zu tun haben, können ebenfalls gemacht werden (OR 145).

**ii. Meinungen der Lehre und des Bundesgerichts**

Für eine Berufung auf die persönlichen Herabsetzungsgründe wird angeführt, dass die Solidarität nicht dazu führen dürfe, dass der in Anspruch genommene Solidarschuldner schlechter gestellt werde, als wenn er alleine für den gleichen Schaden einzustehen hätte.

Die andere Lehrmeinung beruft sich auf den Wortlaut von OR 50 II, welche auf das richterliche Ermessen im Rahmen des Rückgriffs hinweise und somit eine Geltendmachung der persönlichen Herabsetzungsgründe gegenüber dem Geschädigten verneint. Einige Autoren sind der Meinung, dass nur bei unechter Solidarität die Geltendmachung der Herabsetzungsgründe im Aussenverhältnis zulässig sei.

Gemäss dem Bundesgericht darf der belangte Solidarschuldner dem Gläubiger grundsätzlich **keine persönlichen Herabsetzungsgründe entgegenhalten**, weil ihm im Innenverhältnis genügend Möglichkeiten bleiben.

## 1.5.2. Regress - Innenverhältnis

### a) *Allgemeines*

Weil sich der Geschädigte nur an einen solidarischen Schuldner richten muss, um seine ganze Forderung einzutreiben, ist die Schadenstragung unter mehreren Schädigern meist ungleich verteilt. Deswegen gibt es das Institut des Regresses, welches eine Ausgleichs- oder Korrekturfunktion hat. Die gesetzlichen Bestimmungen sind OR 50 II und OR 51 (plus solche in Spezialgesetzen).

Das Bundesgericht spricht sich dafür aus, dass im Falle unechter Solidarität der Regressierende nur einen Ausgleichsanspruch hat, während er sich im Falle echter Solidarität auf Subrogation (OR 149, ein Sonderfall einer Legalzession) berufen könne.

Macht man keinen Unterschied zwischen echter und unechter Solidarität, kommen jeweils OR 148 und 149 zur Anwendung. Die Meinungen gehen in der Lehre aber bei Spezialproblemen auseinander.

### b) *Erscheinungsbilder des Regresses*

#### i. **Gemeinsam verschuldeter Schaden OR 50 II**

Haben mehrere Personen einen Schaden gemeinsam verschuldet (OR 50 I), bestimmt der Richter den genauen Umfang der Schadenersatzpflicht der Beteiligten (ZGB 4, OR 50 II). Anhaltspunkt ist dabei die Höhe des Verschuldens. Zu berücksichtigen sind sodann die persönlichen Herabsetzungsgründe bzw. die persönlichen Einreden des Einzelnen (OR 43 I, OR 44 II). Die Ersatzpflichtigen untereinander haften einander nur anteilmässig, nicht jedoch solidarisch.

#### ii. **Regress bei mehrtypischer Solidarität**

Gemäss OR 51 I findet die Regelung von OR 50 II entsprechend Anwendung. Der Richter hat bei seiner Entscheidung Folgendes zu berücksichtigen: Derjenige soll den Schaden tragen, der ihn durch **unerlaubte Handlung** schuldhaft verursacht hat. In zweiter Linie trifft die interne Schadenstragung des aus **Vertrag** Ersatzpflichtigen. An letzter Stelle steht der aus einer **Kausalhaftung** Verantwortliche.

Wie sehr der Richter an diese Ordnung gebunden ist, ist kontrovers. Gemäss h.L. kann der Richter in jedem Einzelfall prüfen, ob die Anwendung der gesetzlichen Regressordnung angesichts der konkreten Umstände auch angemessen ist. Andere sind der Meinung, der Richter darf nur in absoluten Ausnahmefällen von der Rangordnung abweichen.



Bei den Gefährdungshaftungen haftet der Verantwortliche wie einer aus einer (anderen) Kausalhaftung. Es wird aber auch die Auffassung vertreten, dass der Gefährdungshaftpflichtige vorweg einen Teil des Schadens zu übernehmen habe (Prinzip der Vorwegtragung eines Regressanteils).

### iii. Regress bei eintypischer Solidarität

Zunächst ist OR 51 I massgebend. Verschieden wird beurteilt, ob diese Norm direkt oder analog Anwendung findet. Das Ergebnis ist jedoch das Gleiche, durch den Verweis bildet wiederum OR 50 II die Grundlage des Regresses, womit der Richter nach eigenem Ermessen zuständig ist (ZGB 4).

Anhaltspunkte sind wiederum das Verschulden der Haftpflichtigen. Bei verschiedenen Kausalhaftungstatbeständen wird vor allem auf die Umstände abgestellt. Grundsätzlich besteht die Auffassung, dass der Gefährdungshaftpflichtige einen grösseren Schaden übernehmen muss. Aber auch eine gleichmässige Verteilung wird vertreten.

### iv. Kurzer Exkurs: VVG 72

Hat der Versicherer in Erfüllung seiner vertraglichen Leistungspflicht dem Anspruchsberechtigten die geschuldete Entschädigung tatsächlich geleistet, bestimmt VVG 72 I, dass der Ersatzanspruch, welcher dem Geschädigten gegenüber Dritten aus unerlaubter Handlung zusteht, auf den Versicherer übergeht (ein Fall der Subrogation). **Bei Vertragsverletzungen findet VVG 72 keine Anwendung.**

## 1.5.3. Grundsätzliches zur Verjährung

### a) *Allgemeines*

Das Institut der Verjährung veranlasst den Gläubiger, seine Forderung rechtzeitig geltend zu machen. Zudem ist sie eine Entkräftung des Forderungsrechts. Die Forderung geht zwar nicht unter, lässt sich aber nicht mehr zwangsweise gegen den Schuldner durchsetzen und trägt damit der Schwierigkeit Rechnung, dass lang zurückliegende Sachverhalte nur schwer zu beweisen sind.

Im ausservertraglichen Bereich ist OR 60 wichtig. Daneben können aber auch Art. 127 ff. OR angewendet werden (Unterbrechung, Stillstand und Hinderung der Verjährung). Die vertraglichen Fristen gelten jedoch nicht im ausservertraglichen Bereich. Verschiedene Spezialgesetze enthalten ebenfalls Bestimmungen über die Verjährung.

Gemäss dem Bundesgericht sind ein Verjährungsverzicht und ein Verzicht auf die Verjährungseinrede in ihren Wirkungen gleich. Zur Zulässigkeit ist zu sagen, dass nur eine **Änderung der ausservertraglichen Fristen als zulässig erscheint**. Ein Verzicht im Voraus ist jedoch unzulässig (OR 141). Ein Teil der Lehre meint jedoch, dass OR 141 auch nur auf die vertraglichen Fristen anwendbar sei, und ein befristeter Verzicht zulässig sei.

**b)           *Sonderbestimmung OR 60 III***

OR 60 III enthält eine abweichende Sonderbestimmung, wonach ein Vertragspartner die Erfüllung einer vertraglichen Leistungspflicht auch dann verweigern darf, wenn er im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss durch eine unerlaubte Handlung der Gegenpartei geschädigt wurde und die dadurch entstandene Schadenersatzforderung bereits verjährt ist.

Beispiele sind absichtliche Täuschung (OR 28), Übervorteilung (OR 21) oder Drohung (OR 29).

**c)           *Verjährung der Forderungen der Regressberechtigten***

Ist die Rechtsgrundlage für den Regress OR 149 (Subrogation), ist die Verjährungsfrist anwendbar, die dem Geschädigten gegenüber dem Regressierenden zusteht. Dasselbe gilt für Forderungen, deren Rechtsgrundlage OR 148 II ist. Für das selbständige Regressrecht beginnt die Verjährungsfrist erst in dem Zeitpunkt, wenn der erste Schädiger dem Geschädigten seine Leistung erbringt.

**1.5.4.       Die Verjährungsfristen von OR 60 I**

**a)           *Die einjährige Verjährungsfrist (relative Frist)***

**i.           Allgemeines**

Während OR 130 I den Beginn der Verjährungsfrist auf den Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung ansetzt, beginnt die relative Verjährungsfrist von OR 60 I erst dann zu laufen, wenn der Geschädigte Kenntnis **vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen** erlangt hat.

Dem Geschädigten soll eine ausreichende Zeitspanne zur Verfügung stehen, damit er die haftpflichtrechtlichen Folgen des schädigenden Ereignisses umfangsmässig abschätzen und die Geltendmachung seiner Ansprüche veranlassen kann.

**ii.          Fristbeginn**

Der Geschädigte bzw. dessen gesetzlicher oder gewillkürter Vertreter oder Organ hat erst dann genügende Kenntnis vom Schaden, wenn er dessen Existenz und Beschaffenheit hinreichend begründen kann, damit die gerichtliche Geltendmachung möglich und zumutbar ist. Dazu muss natürlich das schädigende Ereignis abgeschlossen sein.

Bei einem Sachschaden ist dieser Zeitpunkt spätestens dann gegeben, wenn er die Rechnung der erfolgten Reparatur zugestellt bekommt. Beim Personenschaden ist zu differenzieren:

- Heilungskosten werden wie Reparaturkosten behandelt.

- Bei vorübergehender Arbeitsunfähigkeit muss der Geschädigte in der Lage sein, möglichst schnell nach dem schädigenden Ereignis seinen höchstmöglichen Schaden zu berechnen.
- Bei dauernder Arbeitsunfähigkeit muss wegen umfangreichen medizinischer Abklärungen eine Expertise gemacht werden, die den Schadensposten aufzeigt.
- Beim Rentenschaden fängt die Frist mit der Zustellung des Rentenentscheides der Versicherung an.

Sind mehrere Schadensposten vorhanden, beginnt die Frist wegen ihrer Gläubigerschutzfunktion erst dann zu laufen, wenn der Geschädigte **Kenntnis vom letzten eingetretenen Schadensposten erlangt hat**. Der Geschädigte muss Kenntnis der Identität des Ersatzpflichtigen haben, damit die Verjährungsfrist zu laufen beginnen kann. Ein blosser Verdacht reicht nicht aus.

## *b) Die zehnjährige Verjährungsfrist (absolute Frist)*

### **i. Allgemeines**

Wäre nur die einjährige Frist vorhanden, hätte dies eine kaum vertretbare Verschlechterung der Schuldnerstellung zur Folge. Zum Beispiel hätten Erben des Haftpflichtigen, die mittels Universalsukzession (ZGB 560 II) in dessen Stellung treten, ein unüberblickbares Risiko, später noch belangt zu werden.

Somit wurde zum Zwecke der Rechtssicherheit eine absolute zehnjährige Frist eingeführt. Sie beginnt vom Tage der schädigenden Handlung (OR 60 I). Zu beachten ist, dass auch diese Frist, obwohl sie absolut genannt wird, unterbrochen werden kann.

### **ii. Fristbeginn**

Sie beginnt am Tag der schädigenden Handlung, unabhängig davon, ob der Geschädigte Kenntnis vom Schaden oder der schädigenden Person hat. Somit kann der Ersatzanspruch verjähren, ohne dass der Geschädigte jemals Kenntnis vom Schaden erlangt.

Eine Mindermeinung ist der Ansicht, dass der Beginn der Verjährungsfrist erst dann sein soll, wenn der schädigende Charakter der Pflichtverletzung in erkennbarer Weise in Erscheinung tritt.

Bei der Verschuldenshaftung wird auf das schadensverursachende menschliche Verhalten abgestellt (Tun oder Unterlassen), und nicht auf die objektiv wahrnehmbare Rechtsgutverletzung. Wiederum kann dann der Schaden schon verjährt sein, wenn man erst objektiv Kenntnis davon erlangen kann. Das wird von einem Teil der Lehre kritisiert.

Bei Kausalhaftungen wird auf den Tag des haftungsbegründenden Ereignisses abgestellt. Der Zeitpunkt des Schadenseintritts ist wiederum irrelevant. Zu beachten ist, dass es viele spezialgesetzliche Verjährungsbestimmungen gibt.

c) *Das Verhältnis zwischen den Fristen*

Die relative Frist geht der absoluten Frist vor, ausser wenn der Zeitpunkt der Kenntnis des Schadens und des Ersatzpflichtigen weniger als ein Jahr vor dem Ablauf der Zehnjahresfrist stattfindet. Dann kommt letztere zur Anwendung.

### 1.5.5. Strafrechtliche Verjährungsfristen OR 60 II

a) *Allgemeines*

Wurde der haftpflichtrechtlich relevante Schaden durch eine strafbare Verhaltensweise verursacht, bestimmt OR 60 II, dass die strafrechtliche Verjährungsfrist anwendbar ist, sofern sie länger ist.

Es wäre mit dem Gerechtigkeitsempfinden kaum zu vereinbaren, wenn der Schädiger zwar weiterhin von den härteren Folgen der strafrechtlichen Sanktion betroffen würde, die geschädigte Zivilpartei jedoch ihren Anspruch auf Schadenersatz nicht mehr durchsetzen könnte.

Die längere Verjährungsfrist ist auch auf selbständige Ansprüche von Angehörigen (insbesondere hinsichtlich des Versorgerschadens) anwendbar, sowie auf Genugtuungsansprüche.

b) *Voraussetzungen*

i. **Strafbare Verhaltensweise**

Vorerst muss ein Straftatbestand in objektiver wie in subjektiver Weise erfüllt sein. Zudem muss zwischen dem strafrechtlich relevanten Verhalten und dem zivilrechtlichen Schaden ein adäquater und äquivalenter Kausalzusammenhang bestehen. Bedeutung ist auch, **ob die Strafnorm den Schutz eines solchen Schadens bezweckt**.

Wenn kein strafrechtliches Urteil vorliegt, muss der Zivilrichter die strafrechtlichen Fragen vorfrageweise abklären. **Ansonsten ist er an den strafrechtlichen Entscheid gebunden**. Wurde ein Strafverfahren eingestellt, ist der Zivilrichter nur daran gebunden, wenn dies die kantonale Strafprozessordnung vorsieht.

ii. **Längere Dauer der strafrechtlichen Verjährungsfrist**

Massgebend sind StGB 97 ff. Für die Unterbrechung der Frist sind ausschliesslich die zivilrechtlichen Bestimmungen massgebend. Das Bundesgericht vertritt die Auffassung, dass die längere strafrechtliche Verjährungsfrist sowohl bezüglich der relativen, als auch hinsichtlich der absoluten Verjährungsfrist Anwendung findet.

### iii. **Anwendung strafrechtlicher Verjährungsfristen gegenüber Dritten**

Falls das Organ einer juristischen Person durch eine strafbare Handlung einen Schaden im haftpflichtrechtlichen Sinne verursacht hat, ist abzuklären, ob sich der Geschädigte gegenüber der juristischen Person auf die strafrechtliche Verjährungsfrist berufen kann. Die neuere Lehre und neu auch das Bundesgericht beantwortet diese Frage positiv, weil das Organ Teil einer juristischen Person ist und der Anwendung der längeren Frist nichts entgegensteht.

Massgebliche Norm gegenüber dem Haftpflichtversicherer ist neben OR 60 II SVG 83 I. In der Lehre überwiegt die Auffassung, wonach der Geschädigte die längere strafrechtliche Verjährungsfrist nach OR 60 II bzw. SVG 83 I auch dem ersatzpflichtigen Versicherer unmittelbar entgegenhalten dürfe. Hauptsächlicher Grund ist, dass die Versicherung und das direkte Forderungsrecht (SVG 65 I) eine Gläubigerschutzfunktion hat und der Schädiger meist kein Geld hat. Das Bundesgericht hat diese Frage bisher offen gelassen.

Gegenüber den Erben ist grundsätzlich vom Prinzip der erbrechtlichen Universal sukzession auszugehen, weshalb auch hier eine Berufung auf OR 60 II als gültig angesehen wird. OR 60 II knüpft nicht an die Person des strafbaren Schädigers, sondern vielmehr an die Strafbarkeit der für den Schadenseintritt kausalen Verhaltensweise. Das Bundesgericht hat auch diese Frage bisher offen gelassen.

Nicht anwendbar ist die längere Frist bei Fehlverhalten von Dritten, also wenn sich z.B. die Hilfsperson oder eine aufsichtsbedürftige Person strafbar machen, ist OR 60 II nicht anwendbar.

### c) ***Verhältnis zwischen zivilrechtlichen und strafrechtlichen Fristen***

Fraglich ist, ob die zivilrechtlichen Fristen durch die strafrechtlichen Fristen ergänzt oder aber ersetzt werden. Wiederum im Sinne der Gläubigerschutzfunktion ist von einer Ergänzung auszugehen. So kann sich der Geschädigte auch dann auf seinen Anspruch berufen, wenn die längere strafrechtliche Frist abgelaufen ist, die absolute Frist von OR 60 I aber noch nicht.

## **1.6. *Entstehung der Obligation durch Vertrag***

### **1.6.1. *Entstehung durch Vertrag - Prüfungsschema***

- Zum Konsens führende gegenseitige Willensäußerung: Massgeblich ist das Willensprinzip, stimmen die inneren Willen nicht überein, wird das Vertrauensprinzip angewendet.
  - Natürlicher oder normativer Konsens.
  - Offener oder latenter Dissens.

- Verpflichtungswille.
- Geschäftsfähigkeit.
- Einhaltung der Formvorschriften.
- Keine Verletzung inhaltlicher Schranken OR 19, 20.
  - Anfängliche objektive Unmöglichkeit.
  - Widerrechtlichkeit.
  - Sittenwidrigkeit OR 20, ZGB 27.

Der Vertrag ist zustande gekommen!

Anfechtbar?

- Täuschung OR 28.
- Drohung OR 29f.
- Unrichtige Übermittlung OR 27.
- Irrtum
  - Erklärungsirrtum OR 24 I 1-3.
  - Grundlagenirrtum OR 24 I 4.
  - Übervorteilung OR 21.

Rechtsfolgen bei fahrlässigem Irrtum: OR 26, danach Vertragsaufhebung ex tunc OR 31, Leistungsrückerstattung nach ZGB 641 II und OR 62.

## 1.6.2. Grundsatz der Vertragsfreiheit

Vertragsfreiheit bedeutet, dass jeder in seiner Entscheidung frei ist, ob, mit wem und mit welchem Inhalt er einen Vertrag schliesst. Sie ist ein Teil der Privatautonomie, und wird von der **Wirtschaftsfreiheit** (BV 27) geschützt.

Die Abschlussfreiheit wirkt auch negativ, indem man nicht zum Abschluss gezwungen werden kann. Die Pflicht zum Abschluss eines Vertrages kann sich aus einem Vorvertrag ergeben. Bereits im Vorvertrag müssen die Leistungen bestimmt oder jedenfalls hinreichend bestimmbar sein. Ein gesetzlicher Kontrahierungszwang kann aufgrund öffentlich-rechtlicher Bestimmungen (Elektrizität, Gas, Krankenhäuser), aufgrund des Kartellgesetzes (KG 7 I) oder aus dem Persönlichkeitsrecht im Einzelfall abgeleitet werden (ZGB 28 ff., allerdings nur beim unabdingbaren Normalbedarf der betroffenen Person).

Zur Vertragsfreiheit gehören ferner die **Partnerwahlfreiheit**, die **Inhaltsfreiheit** (vgl. OR 19 f.), die **Formfreiheit** (OR 11), die **Aufhebungs- und Änderungsfreiheit** (vgl. OR 107, 377, 404, 335 ff. und 272 ff.) sowie die **Typenfreiheit**.

### 1.6.3. Der Vertragsschluss im Allgemeinen

#### a) *Willenserklärung und Vertrauensprinzip*

Die Willenserklärung ist der Kern jedes Rechtsgeschäfts (vgl. OR 1 I). Sie ist eine private Willenskundgabe, die auf die Erzielung einer Rechtsfolge gerichtet ist. Sie besteht aus dem inneren, wirklichen Willen, und dem erkennbaren äusseren Willen.

**Realakte sind Handlungen, an die die Rechtsordnung unabhängig von einem entsprechenden Willen des Handelnden Rechtsfolgen knüpft** (ZGB 726 I). Unter rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen werden Willens- oder Wissensmitteilungen verstanden, an die das Gesetz ebenfalls Rechtsfolgen knüpft, ohne dass diese vom Mitteilenden gewollt sein müssen (OR 34 III, 102 I, 167 etc.).

Nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen sind dann abgegeben, wenn sie geäußert wurden. Bei Empfangsbedürftigen ist zusätzlich das „in Bewegung setzen“ nötig. Bzgl. dem Zugang von Willenserklärungen herrscht das Zugangsprinzip. Die Erklärung ist demnach dann eingegangen, wenn sie nach dem üblichen Lauf der Dinge in den Machtbereich der Erklärungsempfängerin gelangt. Ausserdem ist die Möglichkeit der Kenntnissnahme erforderlich. Die siebentägige Abholfrist für eingeschriebene Briefe darf abgewartet werden. Für einen Widerruf ist der Zugang von höchster Bedeutung (vgl. OR 9).

Willenserklärungen werden nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt, ausser wenn die inneren Willen übereinstimmen, und gemeinsam von den erkennbaren Willen abweichen (Haakjöringsköd) und wenn die Erklärung einseitig ist (Testament). Das Vertrauensprinzip besagt, dass der Erklärungsempfänger von dem Inhalt der Erklärung ausgehen darf, den ein objektiver Dritter in seiner Situation verstanden hätte. Davon ausgeschlossen sind indessen die Fälle, in denen der Erklärungsempfänger durch besondere Umstände die andere Bedeutung der Erklärung kennt, die nicht objektiv sichtbar ist.

#### b) *Angebot und Annahme*

Die Regelungen über das Angebot und die Annahme sind OR 3 ff. Die Offerte (Angebot) ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Die wesentlichen Vertragspunkte müssen bestimmt oder bestimmbar, und es muss ein Bindungswille vorhanden sein. **Ohne Bindungswillen liegt eine Einladung zur Offertstellung vor** (z.B. Prospekte). Die Auslage von Waren stellt grundsätzlich einen Antrag dar (OR 7 III). Die Zusendung unbestellter Sachen ist kein Antrag, so kann das Behalten, Verwenden etc. nicht als Annahme gewertet werden (OR 6a). Ist die Ware aber offensichtlich irrtümlich geschickt worden, muss der Versender benachrichtigt werden (OR 6a III). Dies ist eine **Pflicht, deren Nichtbeachtung Widerrechtlichkeit begründet**. Bezüglich der Dauer der Bindung vgl. die detaillierte Regelung im Gesetz. Eine nach Ablauf der Offertfrist getätigte Annahme gilt als neue Offerte.

Die Annahme ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, mit der das Einverständnis für den Vertragsschluss kundgetan wird. Sie wird mit Zugang beim Offerenten wirksam, ausser wenn sie vorher widerrufen wurde (OR 9). Schweigen ist grundsätzlich keine Annahme, doch kann es im Einzelfall als eine solche gedeutet werden (OR 6, vgl. OR 395, VVG 2 I). Die Wirkungen der Annahme werden auf den Zeitpunkt der Entsendung zurückbezogen (OR 10). Bedeutung hat dies im Falle der Unmöglichkeit.

*c) Das kaufmännische Bestätigungsschreiben*

Im kaufmännischen Verkehr ist es üblich, dass im Anschluss an mündliche Vertragsverhandlungen eine Partei das Vereinbarte schriftlich bestätigt. Wenn der Inhalt mit der Besprechung übereinstimmt, wirkt es bloss deklaratorisch und birgt keine besonderen Schwierigkeiten in sich.

Das abweichende Bestätigungsschreiben hat konstitutive Wirkung, sofern es nicht grob vom Verhandlungsergebnis abweicht (objektiv). Die andere Vertragspartei muss darauf reagieren, bei Nichtreaktion hat das kaufmännische Bestätigungsschreiben die Umkehr der Beweislast zur Folge.

*d) Option, Auslobung, Preisausschreiben und Submission*

Die **Option** ermöglicht, einseitig einen Vertrag zu begründen oder zu verlängern. Sie bedarf keiner Annahmeerklärung, der abzuschliessende Vertrag ist suspensiv bedingt durch die Ausübung des Optionsrechts. Die **Auslobung** ist das öffentliche Versprechen einer Belohnung für die Vornahme einer Leistung (OR 8 I). Es ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, welches keiner Annahme bedarf und deswegen von einem Urteilsunfähigen „angenommen“ werden kann. Das **Preisausschreiben** ist das Versprechen einer Belohnung im Rahmen eines Wettbewerbes. Im Unterschied zur Auslobung erwartet der Ausschreiber mehrere Leistungen. Die **Submission** ist im Gesetz nicht geregelt. Sie stellt eine Einladung zur Offertstellung dar. Die Vergaberegeln sind oft in der Ausschreibung selbst niedergeschrieben, bei deren Verletzung entsteht dem Submittenten gegenüber dem Submissionar ein Anspruch aus culpa in contrahendo.

*e) Widerrufsrecht beim Haustürgeschäft und bei der Partnerschaftsvermittlung*

Das Haustürgeschäft ist detailliert in OR 40a-40g geregelt. Die Regeln gelten auch für den Vereinsbeitritt. Es gilt nur bei Konsumentenverträgen über bewegliche Sachen und Dienstleistungen. Erforderlich ist, dass die Waren gewerbsmässig vertrieben werden, und für den persönlichen Gebrauch vorgesehen sind, sowie über CHF 100.- kosten (OR 40a I). Hat der Kunde selbst die Vertragsverhandlungen angeregt, besteht das Widerrufsrecht nicht, genauso wenig wie beim Versicherungsvertrag. Ersteres ist bspw. bei einem Marktstand der Fall.

Das Widerrufsrecht muss innerhalb von sieben Tagen ausgeübt werden; und zwar ab dem Zeitpunkt der Kenntnis des Rechtes sowie der Willenserklärung. Der Widerruf muss schriftlich erfolgen, zur Einhaltung der Frist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs. Der Widerruf löst den Vertrag ex tunc auf, die Rechtsfolgen sind ZGB 641 II und OR 62 ff. (OR 40f).



Das Recht der Ehe- und Partnerschaftsvermittlung kennt in OR 406e ebenfalls ein Widerrufsrecht. Auch hier ist der Vertrag aufschiebend bedingt, die Frist beträgt sieben Tage. Begrifflich wird von einem Rücktritt gesprochen (OR 406e I), doch ist ein solcher von einem nicht wirksam gewordenen Vertrag juristischer Unsinn.

#### *f)           Konsens und Dissens*

Natürlicher Konsens liegt vor, wenn die Willenserklärungen bzw. die inneren Willen der Parteien übereinstimmen. Ein normativer Konsens ist dann vorliegend, wenn zwar die inneren Willen nicht übereinstimmen, aber wenn die eine Partei nach dem Vertrauensprinzip aus der Äusserung der anderen Partei auf eine Übereinstimmung mit ihrem inneren Willen vertrauen durfte (objektiv). Der Konsens muss über die wesentlichen Vertragspunkte zustande kommen (*essentialia negotii*).

Bei einem offenen Dissens sind sich die Parteien einig, dass sie nicht einig sind. Latent ist der Dissens, wenn auch mit dem Vertrauensprinzip nicht auf einen (normativen) Konsens geschlossen werden kann.

#### *g)           Bewusstes Abweichen von Wille und Erklärung*

Beim geheimen Vorbehalt behält sich der Erklärende insgeheim vor, das Erklärte nicht zu wollen, ohne dass dies die Erklärungsempfängerin weiss. Bei einer Scherzerklärung hingegen denkt der Erklärende, dass der Mangel der Ernstlichkeit offensichtlich ist. Bei den Rechtsfolgen ist auf die Gegenseite abzustellen, je nachdem könnte ein normativer Konsens zustande kommen.

Bei einem Scheingeschäft simulieren die Parteien einen Vertragsinhalt, obwohl sie sich einig sind, dass der Vertrag zu anderen Bedingungen geschlossen wurde. Oftmals wird dies aus steuerlichen Gründen gemacht. Nach OR 18 I ist das simulierte Geschäft unwirksam, da es am Konsens fehlt (vgl. aber OR 18 II bei einem simulierten schriftlichen Schuldbekenntnis, auf welches ein Dritter vertrauen darf). Sind Formvorschriften vorhanden, ist das wirkliche (dissimulierte) Geschäft wegen Formmangels nichtig (OR 11). Die Berufung darauf kann allerdings gegen Treu und Glauben verstossen.

### **1.6.4.     Die Gültigkeitsvoraussetzungen**

#### *a)           Die Formvorschriften*

##### **i.           Allgemeines**

Entsprechend dem Prinzip der Vertragsfreiheit herrscht grundsätzlich das Prinzip der Formfreiheit. OR 11 I bestimmt, dass nur dann eine besondere Form erforderlich ist, wenn sie ausdrücklich vorgesehen ist, oder allenfalls von den Parteien vereinbart wird (OR 16). Die Formvorschriften haben die Zwecke der Warnung, der Rechtssicherheit und der Schaffung klarer Verhältnisse.

## **ii. Arten**

Die einfache Schriftlichkeit setzt eine Erklärung in Schriftform und deren Unterzeichnung voraus (OR 13-15). Beispiele sind OR 165 I, 216 III, 241 I, 340 und 266I. Die Erklärung muss dauerhaft festgehalten sein. Aus der Unterschrift muss erkennbar sein, wer der Unterzeichnende war, weshalb auch u.U. mit Spitznamen, Abkürzungen etc. unterschrieben werden kann. Die Unterschrift muss eigenhändig ergehen, bei Blinden muss sie amtliche beglaubigt werden (OR 14 III). Eine digitale Signatur erfüllt die Voraussetzungen (noch) nicht.

Bei zusätzlichen Voraussetzungen zur Schriftlichkeit ist diese qualifiziert. Bspw. muss das Testament von Anfang bis Ende eigenhändig geschrieben werden (ZGB 505 I). Die Bürgschaftserklärung natürlicher Personen unter CHF 2'000.- muss den eigenhändigen Bürgschaftsbetrag enthalten (OR 493 II).

Die öffentliche Beurkundung ist die Festhaltung einer Erklärung durch eine vom Staat damit betraute Person, in einem vom Staat dafür festgehaltenen Verfahren. Bei risikoreichen Geschäften und bei solchen, wo eine Eintragung in ein öffentliches Register erfolgt, ist die öffentliche Beurkundung erforderlich (vgl. OR 493 II, 216 I, II, 243 II). Die Kantone bestimmen, in welcher Weise auf ihrem Gebiet die öffentliche Beurkundung hergestellt wird (SchIT OR 55 I). Die Kantone regeln auch die Folgen der Nichteinhaltung des jeweiligen Verfahrens, also ob die Vorschriften blosse Ordnungsvorschriften darstellen oder die Wirksamkeit des Vertrages beeinträchtigen.

## **iii. Umfang und Rechtsfolgen bei Formmangel**

Dem Formzwang unterliegen sowohl die objektiv, wie auch die subjektiv wesentlichen Punkte. Die *accidentalia negotii* fallen dann unter den Formzwang, wenn sie Leistung und Gegenleistung präzisieren.

Problematisch ist das Verhältnis zwischen OR 12, der formbedürftigen Abänderung und OR 115, wonach eine Forderung auch dann formfrei erlassen werden kann, wenn zu ihrer Begründung die Einhaltung einer Form erforderlich war. Wenn die Aufhebung bei einem synallagmatischen Vertrag beide Leistungen betrifft, muss OR 12 vorgehen.

Ein Formmangel bewirkt grundsätzlich Nichtigkeit (OR 11 II) oder Teilnichtigkeit (OR 20 II). Bei Dauerverhältnissen wirkt die Nichtigkeit *ex nunc*. Die Berufung auf Formmangel kann gegen Treu und Glauben verstossen (ZGB 2 II), insbesondere bei beidseitiger, freiwilliger und irrtumsfreier Erfüllung des Vertrages. Die Berufung setzt aber kein schutzwürdiges Interesse voraus. Die h.L. meint, dass die Nichtigkeit nicht von Amtes wegen berücksichtigt werden soll, sondern nur von den Parteien geltend gemacht werden kann. Zu beachten ist auch immer die Möglichkeit der Konversion, also dass ein formungültiges Rechtsgeschäft im Einzelfall in ein formfrei gültiges umgedeutet werden kann.

Die Rückabwicklung erfolgt nach ZGB 641 II, 975 und OR 62 ff. Bei Formungültigkeit kommt grundsätzlich eine Haftung aus culpa in contrahendo in Betracht, vor allem wenn eine Partei arglistig handelt.

## **b) *Inhaltliche Schranken***

### **i. Die Widerrechtlichkeit**

Widerrechtlichkeit im Sinne von OR 19 II und 20 I liegt vor, wenn ein Vertrag gegen zwingende privat- und öffentlichrechtliche Normen des schweizerischen Rechts verstösst. Die Widerrechtlichkeit kann sich aus dem Gegenstand (Straftat), dem Abschluss (Betäubungsmittel) oder dem mittelbaren Vertragszweck ergeben (z.B. Kauf einer Pistole zur Verübung einer Straftat).

Für die Beurteilung der Widerrechtlichkeit kommt es auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses an. Bedeutend ist, dass die Widerrechtlichkeit für beide Parteien gegeben sein muss. Z.B. ein Berufsausübungsverbot für den Architekten begründet die Widerrechtlichkeit nicht, wenn er einen Architekturvertrag schliesst. Widerrechtlich ist auch ein Umgehungsgeschäft.

### **ii. Die Sittenwidrigkeit**

Die massgebenden Normen sind OR 19 II, 20 I und ZGB 27 II. Die Sittenwidrigkeit ändert sich aufgrund der ständig wandelnden Wertvorstellungen der Gesellschaft. Sie wird allgemein als Verstoss gegen die herrschende Moral verstanden. Dazu gehören bspw. Verträge, die auf sexuelle Leistungen gerichtet sind, solche die gegen sozialetische Wertungen verstossen (Schmiergeld, Erfolgshonorar, Steigerungskauf) und die erhebliche Disparität von Leistung und Gegenleistung. Letztere steht in Konkurrenz mit OR 21. Sittenwidrig sind aber jedenfalls solche Verträge, die eine besonders krasse Inäquivalenz beinhalten, womit keine subjektiven Momente vorhanden sein müssen, und auch keine Frist wie bei OR 21 besteht.

ZGB 27 statuiert die Sittenwidrigkeit aus der Verletzung des Persönlichkeitsrechts, wenn der höchstpersönliche Bereich betroffen ist (Gegenstand der Bindung, z.B. der Stuntman), oder wenn die Bindung übermässig ist.

### **iii. Unmöglichkeit**

Bei der anfänglichen objektiven Unmöglichkeit ist der Vertrag ebenfalls nichtig. Vgl. auch die Ausführungen bei den Leistungsstörungen.

### **iv. Rechtsfolgen**

Verträge, die anfänglich objektiv unmöglich, sittenwidrig oder widerrechtlich sind, sind nichtig (OR 20 I). Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten und wirkt ex tunc (bei Dauerschuldverhältnissen ex nunc). OR 20 II statuiert die Teilnichtigkeit, wenn nur Teile eines Vertrages gegen OR 19 II verstossen. Die Parteien können auch vereinbaren, dass der Vertrag bei Nichtigkeit einzelner Klauseln gesamthaft nichtig ist, oder dass die Nichtigkeit nur gerade diese Klauseln betrifft (salvatorische Klauseln). Bei Sittenwidrigkeit kann die Rechtsfolge auch die Herabsetzung des Vertragsinhalts auf ein marktübliches Mass sein.

## v. **Übervorteilung**

OR 21 regelt die Fälle des Wuchers. Voraussetzungen sind ein offenkundiges Missverhältnis, eine Ausnahmesituation beim Übervorteilten und die Ausbeutung. Die Übervorteilung ist nicht von Amtes wegen zu beachten, sondern muss innert Jahresfrist mit einer Anfechtung (Erklärung) ausgeübt werden. Dem Übervorteilten steht das Wahlrecht zu, zwischen der Vertragsauflösung oder der Reduzierung auf ein marktübliches Mass zu wählen.

### 1.6.5. **Auslegung und Anpassung von Verträgen**

#### *a) Vertragsauslegung*

Ziel der Auslegung ist es, das von den Parteien übereinstimmend wirklich Gewollte zu ermitteln. Erst wenn ein solcher nicht gefunden werden kann, ist auf das Vertrauensprinzip zurückzugreifen. Auslegungsgrundsätze sind der Wortlaut, Treu und Glauben, Verkehrssitten und Handelsbräuche. Für Einzelfälle hält das Gesetz selbst Auslegungsregeln, vgl. OR 16 I, 76 f. und 481 II.

#### *b) Vertragsergänzung*

Sie wird erforderlich, wenn die Parteien eine Frage nicht geregelt haben, über die im Nachhinein Streit entsteht. Ergeht ein Streit über die essentialia negotii, kommt eine Vertragsergänzung nicht in Frage, denn dann ist der Vertrag entweder nichtig, oder aber sein Inhalt durch Auslegung zu ermitteln. Ebenfalls keine Vertragsergänzung liegt vor, wenn eine zwingende Gesetzesbestimmung diese Frage regelt.

Massstäbe für die richterliche Vertragsergänzung sind das **dispositive Gesetzesrecht** und der **hypothetische Parteiwille**. Welcher Massstab im Einzelfall Vorrang haben soll, ist konkret zu entscheiden. Klar ist, dass der hypothetische Parteiwille aufgrund der Vertragsfreiheit Vorrang haben sollte.

#### *c) Vertragsanpassung an veränderte Umstände*

Es gilt allgemein, dass Verträge zu halten sind (pacta sunt servanda). Es ist Sache der Parteien, Vorsorge für die allfällige Veränderung des Vertragsinhaltes aufgrund des Zeitlaufes zu treffen. Vielfach enthält auch das Gesetz Anpassungsregeln (OR 119 I, 266g, 297 I, 337).

Die sogenannte clausula rebus sic stantibus kommt dann zur Anwendung, wenn die Veränderung der Umstände im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht voraussehbar waren, und wenn sie zu einem groben Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung führen. Auf welche Weise der Vertrag angepasst werden soll, liegt im Ermessen des Gerichts. Als ultima ratio kommt sogar die Auflösung des Vertrages in Betracht.

## 1.6.6. Die Willensmängel

### a) *Irrtum*

#### i. **Allgemeines**

Der Irrtum ist die falsche Vorstellung über einen Sachverhalt. Kein Irrtum im eigentlichen Sinne liegt vor, wenn sich der Erklärende gar keine Vorstellungen macht. Der Irrtum muss in jedem Falle wesentlich sein.

#### ii. **Erklärungsirrtum**

Ein Erklärungsirrtum liegt vor, wenn jemand an einer Erklärung behaftet wird, die nicht seinem wirklichen Geschäftswillen entspricht. Der Irrtum betrifft also nicht die Willensbildung, sondern der Äusserung des fehlerfrei gebildeten Willens. Eine Anfechtung ist nur dort erforderlich, wo aufgrund des Vertrauensprinzips das Erklärte und nicht das wirklich Gewollte gilt. Die Wesentlichkeit wird in den Fällen von OR 24 I 1-3 vermutet:

- Zustimmung zu einem anderen Vertrag als dem gewollten.
- Irrtum über die Identität der Sache oder Person.
- Irrtum über Umfang der Leistung und Gegenleistung.

#### iii. **Grundlagenirrtum**

Der Motivirrtum ist ein Irrtum bei der Willensbildung. Er ist grundsätzlich unwesentlich (OR 24 II), es sei denn es liegt ein Grundlagenirrtum nach OR 24 I 4. vor. Zur Bejahung der Wesentlichkeit ist folgendes vorausgesetzt:

- **Objektive Wesentlichkeit:** Mit dem Hintergrund des loyalen Geschäftsverkehrs ist der Irrtum objektiv verständlich, d.h. wesentlich.
- **Subjektive Wesentlichkeit:** Der Irrtum muss für den Irrenden *conditio sine qua non* für die Willensbildung gewesen sein.
- **Erkennbarkeit:** Die Bedeutung des irrtümlich vorgestellten Sachverhaltes muss für den Vertragspartner des Irrenden erkennbar sein. Anders gesagt muss der Irrtum das Geschäftsrisiko des sich nicht Irrenden belasten.
- **Sachzusammenhang.**

Beispiele für den Grundlagenirrtum sind die zentralen Eigenschaften des Vertragsgegenstandes wie die Echtheit oder die Grösse bzw. die Fläche. **Bei risikoreichen und spekulativen Geschäften ist ein Grundlagenirrtum regelmässig zu verneinen.**

#### iv. **Rechnungsfehler und Kalkulationsirrtum**

OR 24 III bestimmt, dass ein blosser Rechnungsfehler die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindert, sondern vielmehr zu berichtigen ist. **Wurde die Berechnungsgrundlage selbst nicht zum Gegenstand der Vereinbarung gemacht, scheidet eine Anwendung von OR 24 III aus.** Es liegt dann ein versteckter Kalkulationsirrtum vor, der als Motivirrtum unbeachtlich ist.

#### b) *Täuschung und Drohung*

##### i. **Täuschung**

Wird ein – auch ein unwesentlicher – Motivirrtum durch eine Täuschung hervorgerufen, kann der Vertrag vom Getäuschten gemäss OR 28 angefochten werden (vgl. auch VVG 6-8). Die Tatbestandsmerkmale der Täuschung sind die **absichtliche Täuschungshandlung**, die **Widerrechtlichkeit**, die **Kausalität** und der **Irrtum**.

Das täuschende Verhalten besteht in der Vorspiegelung falscher oder im Verschweigen vorhandener Tatsachen, wenn eine Aufklärungspflicht besteht. Die Tatsachen müssen objektiv feststellbare Zustände sein. Voraussetzung ist mindestens Eventualvorsatz des Täuschenden. Die Widerrechtlichkeit wird durch die Täuschungshandlung impliziert.

Bei einer Täuschung durch Dritte ist der Vertrag dann unverbindlich, wenn die Vertragspartnerin erkennen konnte, dass der Dritte eine Täuschungshandlung (zu ihren Gunsten) verübt hat. Insofern ist dann nur Fahrlässigkeit erforderlich (OR 28 II).

##### ii. **Drohung**

Bei der Drohung ist nur der psychische Zwang möglich, denn beim physischen Zwang fehlt es an der tatsächlichen Willenserklärung. Die Tatbestandselemente sind die **Drohung**, die **begründete Furcht**, die **Widerrechtlichkeit** und die **Kausalität**. Die Drohung bzw. das in Aussicht gestellte Übel muss ernsthaft sein. Nicht entscheidend ist aber, ob der Drohende die Absicht hat, das Übel zu verwirklichen. Es erfolgt daher eine subjektive Beurteilung. Eine Drohung ist nur dann relevant, wenn sie beim Bedrohten eine begründete Furcht hervorruft. Die Drohung darf ferner nur gegen den Bedrohten oder diesem nahe stehende Personen ausgesprochen worden sein (vgl. OR 30 I).

Die Widerrechtlichkeit ist bei einer Drohung mit einer Strafanzeige nur dann gegeben, wenn sie keinen inneren Zusammenhang zum angestrebten Zweck verfolgt. **Die Drohung der Geltendmachung eines Rechts ist nie widerrechtlich.**

#### c) *Geltendmachung der Willensmängel und Rechtsfolgen*

Liegt ein Willensmangel vor, ist der Vertrag für die betroffene Partei unverbindlich (OR 23, 28 I, 29 I). Dasselbe gilt auch bei der Übervorteilung. Nach der **Ungültigkeitstheorie** ist der Vertrag von Anfang an ungültig, und entfaltet überhaupt keine Wirkungen, ausser er wird nachträglich genehmigt. Nach der **Anfechtungstheorie** ist der Vertrag

zunächst gültig bis zur Anfechtung. Die dritte Theorie geht von einer **geteilten Ungültigkeit** aus; für den Anfechtenden gilt die Ungültigkeitstheorie, für die Gegenpartei die Anfechtungstheorie. Das Bundesgericht hat sich für die Ungültigkeitstheorie entschieden.

Anfechtungsberechtigt ist nur derjenige, der dem Willenmangel unterlegen ist. Die Anfechtungserklärung ist eine Gestaltungserklärung. Die Frist beträgt ein Jahr seit der Entdeckung des Irrtums oder der Täuschung, bzw. seit der Beseitigung der Furcht bei der Drohung und dem Abschluss des Vertrages bei der Übervorteilung (OR 31 I, 21 I). Eine absolute Anfechtungsfrist besteht nur in bestimmten Bereichen (OR 127, 256c, 260c, ZGB 521). Eine Anfechtung nach Jahrzehnten könnte aber gegen Treu und Glauben verstossen (OR 25 I) und wäre deswegen ausgeschlossen. Die Anfechtung wegen Drohung und Täuschung verstösst im Übrigen nie gegen Treu und Glauben. Der Irrende muss den Vertrag immer so gelten lassen, wie er ihn verstanden hat, wenn sich die Vertragspartei dazu bereit erklärt (OR 25 II).

Als Rechtsfolge wird der Vertrag rückwirkend *ex tunc* unwirksam, bzw. **ex nunc bei Dauerschuldverhältnissen**. Anwendbar sind ZGB 641 II, 975 und OR 62 ff. Ein Teil der Lehre ist der Meinung, dass ein vertragliches Rückgewährschulverhältnis nach OR 109 angemessen wäre. Eine weitere Rechtsfolge ist ein allfälliger Schadenersatz nach OR 26 *aus culpa in contrahendo*. Natürlich ist OR 44 I anwendbar. Auch der Täuschende und der Drohende müssen Schadenersatz *aus culpa in contrahendo* leisten, und selbst dann, wenn der Vertrag genehmigt wurde (vgl. OR 31 III).

## 1.6.7. Die Stellvertretung

### a) *Abgrenzungen*

Stellvertretung im Sinne von OR 32 ff. setzt voraus, dass der Vertreter im Namen des Vertretenen handelt. Das ist eine sogenannte direkte Stellvertretung. Wenn der Vertreter zwar im Interesse und für Rechnung des Hintermannes auftritt, aber in eigenem Namen auftritt, spricht man von mittelbarer Stellvertretung.

Bei der **Botenschaft** übermittelt der Bote lediglich eine fremde Willenserklärung. Der Bote ersetzt bspw. einen Brief. Ob der Mittelsmann im Einzelfall Stellvertreter oder Bote ist, ist aus der Sicht des Erklärungsempfängers zu beurteilen. **Wichtig ist die Unterscheidung bei den Formvorschriften, denn entweder muss die Erklärung des Geschäftsherrn (Botenschaft) oder des Vertreters (Stellvertretung) den Formvorschriften genügen.** Von der Stellvertretung ist die Abschlussvermittlung durch einen Makler zu unterscheiden (OR 412 ff.). Der Abschlussvermittler gibt im Gegensatz zum Stellvertreter keine Willenserklärung ab, sondern vermittelt lediglich den Abschluss.

Auf Tathandlungen finden OR 32 ff. keine Anwendung, wie auch nicht beim Handeln unter fremdem Namen, ausser die Person des Vertragspartners ist von Wichtigkeit (z.B. bei einer Kreditierung der Gegenleistung). Ferner gibt es noch die Unterscheidung zwischen aktiver und passiver Stellvertretung, also ob eine Erklärung abgegeben oder empfangen wird.

## *b) Voraussetzungen*

Das Geschäft darf vorerst nicht vertretungsfeindlich sein. Der Vertreter muss **urteilsfähig** aber nicht handlungsfähig sein. Der Vertreter muss im Namen des Vertretenen handeln (OR 32 I), ausser wenn aus den Umständen ergeht, dass es der Gegenpartei gleichgültig ist (OR 32 II). Als letzte Voraussetzung muss eine gültige Ermächtigung des Vertretenen vorliegen (Vollmacht). Diese kann sich auch aus dem Gesetz ergeben (vgl. ZGB 304 I, 405 I, 418 f., 166).

Die Vollmacht ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Zu unterscheiden ist die interne und die externe Vollmacht. Letztere wird an den Dritten kundgetan. Bei einer blossen internen Vollmacht verlässt sich der Dritte auf die Aussagen des Vertreters, allenfalls findet OR 37 Anwendung. Bei der externen Vollmacht ist der Dritte mehr zu schützen. OR 33 III und 34 III tragen diesem Rechnung (der Widerruf ist dem Dritten kundzugeben).

## *c) Wirkungen*

Das Rechtsgeschäft wirkt direkt unmittelbar für den Vertretenen. Damit die Rechtswirkungen eintreten können, ist **lediglich Rechtsfähigkeit** des Vertretenen erforderlich (vgl. z.B. bei vielen gesetzlichen Stellvertretungen).

**Da der Vertreter eine eigene Willenserklärung abgibt, muss für die Beurteilung von Willensmängeln auf die Person des Vertreters abgestellt werden.** Da aber die Wirkungen den Vertretenen treffen, ist nur dieser zur Anfechtung berechtigt. Überschreitet der Vertreter seine Vertretungsmacht, verpflichtet dies im Übrigen den Vertretenen nicht.

## *d) Vertretung ohne Vertretungsmacht*

Das rechtsgeschäftliche Handeln des vollmachtlosen Vertreters entfaltet keine Rechtswirkungen gegenüber dem Vertretenen. Der Vertretene hat aber das Recht, durch Genehmigung den Vertrag an sich zu ziehen (OR 38 I). Die Genehmigung ist eine Gestaltungserklärung und kann auch konkludent erteilt werden. Damit dieser Schwebezustand nicht zulange dauert, kann der Dritte dem Vertretenen gemäss OR 38 II eine Frist zur Genehmigung setzen. Eine Haftung des Vertretenen bei Nichtgenehmigung ist nur denkbar, wenn er eine Vollmachtsurkunde ausgestellt hat, die er beim Widerruf der Vollmacht nicht zurückgenommen hat (OR 36 II).

Praktisch von hoher Bedeutung sind die sogenannte Duldungs- und Anscheinsvollmacht. Bei der **Duldungsvollmacht** hat der „Vertretene“ zwar Kenntnis, dass ihn ein Dritter ohne Vollmacht vertritt, doch er schreitet nicht ein. Bei der **Anscheinsvollmacht** hätte der „Vertretene“ bei pflichtgemässer Sorgfalt Kenntnis von der unberechtigten Vertretung haben müssen. In beiden Fällen wird das Handeln des Dritten dem Vertretenen zugerechnet und daher der Vertragspartner geschützt.

Der Vertreter haftet dem Dritten nach OR 39 I und II auf Schadenersatz.



### 1.6.8. Allgemeine Geschäftsbedingungen

Allgemeine Geschäftsbedingungen werden nicht im Einzelnen ausgehandelt, sondern wurden von einer Partei vorformuliert. Die Schweiz besitzt keine spezifischen AGB-Regeln; das nachstehende Prüfungsprogramm wurde von der Lehre und der Rechtsprechung entwickelt. Wichtig ist, dass die AGB keine Rechtsnormen sind, sondern ganz normale vertragliche Regelungen.

- 1. Geltungskontrolle: Globalübernahme, Vertragsbestandteil.
- Auslegungskontrolle.
  - Vom Konsens gedeckt?
  - Unklarheitenregel (gegen den Verfasser auszulegen).
- 2. Geltungskontrolle: Ungewöhnlichkeitsregel bei Globaleinbezug.
  - schwache oder unerfahrene Gegenpartei.
  - subjektive Ungewöhnlichkeit (Überraschungseffekt).
  - objektive Ungewöhnlichkeit (geschäftsfremder Inhalt).
- Inhaltskontrolle: Zwingendes Recht, UWG 8. UWG 8 spricht von „irreführender Weise“. Diese Norm wird deshalb ausgehebelt, weil ein klarer Wortlaut, der eindeutig einen Nachteil einer Vertragspartei statuiert, UWG 8 standhält.

### 1.6.9. Culpa in contrahendo

Bei Vertragsverhandlungen entstehen Pflichten, die sich von jenen, die gegenüber jedermann ausservertraglich geschuldet sind, unterscheiden. Werden diese Pflichten verletzt, kann dies zu einer Haftung aus Verschulden beim Vertragsschluss führen.

Voraussetzung ist zunächst ein **geschäftlicher Kontakt**, in dem ein **erhöhtes Vertrauen** hervorgerufen wurde. Fallgruppen sind das Nichtzustandekommen eines Vertrages, wenn z.B. kein ernsthafter Abschlusswille besteht, oder wenn ein nachteiliger Vertragsabschluss aufgrund obliegender Aufklärungs- und Informationspflichten zustande kommt.

Die Rechtsfolgen sind Schadenersatz (negatives Interesse) oder bei nachteiligem Vertragsschluss zusätzlich die gänzliche oder teilweise Aufhebung des Vertrages. **Für die Verjährung wird OR 60 I angewendet, für das Verschulden sollte OR 97 massgebend sein** (Beweislastumkehr).

Das Bundesgericht hat die Haftung aus culpa in contrahendo der Vertrauenshaftung zugeschlagen, wie auch die Haftung für erwecktes Konzernvertrauen.

## 1.7. *Entstehung der Obligation durch ungerechtfertigte Bereicherung*

### 1.7.1. **Allgemeines**

Das Bereicherungsrecht verfolgt die Ziele der **Rückabwicklung fehlgeschlagener vertraglicher Beziehungen**, und ergänzt den sachen- und deliktsrechtlichen Rechtsgüterschutz. Die h.L. unterscheidet zwischen den Leistungs- und Nichtleistungskonditionen.

Die allgemeinen Voraussetzungen sind eine Bereicherung und eine Entreicherung, die in ungerechtfertigter Weise geschehen ist. Es wird demnach eine ungerechtfertigte Vermögensverschiebung verlangt. Bei Mehrpersonenverhältnissen ist das Merkmal der Entreicherung aber nicht mehr geeignet, wie auch nicht bei der Eingriffskondition, welche zu den Nichtleistungskonditionen gehört.

### 1.7.2. **Leistungskonditionen**

#### a) *Allgemeines*

Die Leistung ist eine bewusste, zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens. Innerhalb der Leistungskonditionen wird wie folgt unterschieden:

- **Leistung ohne jeden gültigen Grund** (OR 62 II). Dazu gehört auch die Leistung einer Nichtschuld, wenn das Schuldverhältnis überhaupt nie oder jedenfalls nicht wirksam begründet wurde (z.B. bei Dissens; weiss man aber, dass Dissens vorliegt, kann die Leistung nicht zurückgefordert werden [OR 63 I]). Ferner fallen die Leistungen darunter, die trotz Einrede geleistet worden sind, ausgenommen aber verjährte Leistungen (OR 63 II). Ausgeschlossen ist auch die Rückforderung einer Leistung, die aufgrund einer sittlichen Pflicht erbracht wurde. Erforderlich ist jeweils, dass sich der Leistende in einem Irrtum bzgl. seiner Leistungspflicht befunden hat (OR 63 I, ausgenommen sind die durch Täuschung oder Drohung erbrachten Leistungen).
- **Leistung aus einem nicht verwirklichten Grund** (OR 62 II). Die Leistung erfolgt im Hinblick auf einen erwarteten Grund. Das sind z.B. bauliche Aufwendungen eines Mieters in Erwartung eines längerfristigen Mietverhältnisses, das dann aber vorzeitig aufgelöst wird, Leistungen aufgrund eines formungültiges Geschäftes, auf das sich eine Partei entgegen der Erwartung der anderen beruft oder Zuwendungen der Schwiegereltern im Hinblick auf die Eheschliessung (**aufschiebend bedingter Vertrag**). OR 63 I ist nicht anwendbar.
- **Leistung aus einem nachträglich weggefallenen Grund** (OR 62 II). Beispiele sind der Widerruf bei einer Schenkung oder der Eintritt einer **auflösenden Bedingung** nach der Leistung.

- **Leistung zur Herbeiführung eines rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolges.** Kennt der Leistende den Gesetzesverstoss nicht, kann er die Leistung „ohne jeden gültigen Grund“ zurückverlangen. Wird die Leistung aber gerade in der Absicht erbracht, einen solchen Erfolg beizuführen, wird die Rückforderung ohne jeden gültigen Grund nach OR 66 ausgeschlossen (unabhängig von der Kenntnis des Empfängers). Die h.L. wendet diese Bestimmung nur im Falle des Gaunerlohnes an.

#### *b) Drei- und Mehrpersonenverhältnisse*

Drei- und Mehrpersonenverhältnisse bringen die Schwierigkeit mit sich, dass das Kriterium der Vermögensverschiebung nicht geeignet ist, um den Bereicherungsanspruch zu bestimmen. Grundsätzlich gilt, dass völlig unbeteiligte Personen nicht in den Bereicherungsausgleich hineingezogen werden sollen.

Bei der direkten Stellvertretung kommen nur zwischen dem Vertretenen und dem Dritten Rechtswirkungen zustande. Bei der mittelbaren Stellvertretung liegen die Leistungsbeziehungen nur jeweils zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen, sowie zwischen dem Vertreter und dem Dritten vor.

Beim Vertrag zugunsten Dritter wird zwischen dem Deckungsverhältnis und dem Valutaverhältnis unterschieden, nur jeweils dort findet ein Bereicherungsausgleich statt. Eine Ausnahme gilt für den Lebensversicherungsvertrag. Die Versicherung macht hier erkennbar ihre Zuwendung an den begünstigten Dritten von der Wirksamkeit des Deckungsverhältnisses abhängig. Stellt sich im Nachhinein heraus, dass der Versicherungsvertrag, d.h. das Deckungsverhältnis, unwirksam war, so kann sich die Versicherung unmittelbar an den Begünstigten halten und braucht sich nicht auf einen Anspruch gegen die Erben des Versicherungsnehmers verweisen zu lassen.

### 1.7.3. Nichtleistungskonditionen

#### *a) Eingriffskondition*

Die Eingriffskondition soll einen Ausgleich in Fällen des Ge- oder Verbrauchs oder der Nutzung fremden Guts schaffen. Das Kernproblem ist die Frage, wann der erlangte Vermögensvorteil ungerechtfertigt ist. Ein Eingriff in den Zuweisungsgehalt absoluter Rechte ist problemlos ungerechtfertigt. Im Gegensatz zu OR 41 bedarf es bei der Eingriffskondition **kein Verschulden**.

#### *b) Sonstige Nichtleistungskonditionen*

Denkbar wären die Rückgriffs-, die Verwendungs- und die Zufallskondition, denen aber in der Praxis keine Bedeutung zugemessen wird.

#### 1.7.4. Die Rechtsfolgen der ungerechtfertigten Bereicherung

Nach OR 62 I ist die Bereicherung zurückzuerstatten. Dazu wird die Differenztheorie aus dem Schadensrecht angewendet. Der Bereicherte hat auch die Nutzungen und die Surrogate zurückzugeben (vgl. aber ZGB 938, guter Glaube). Kein Surrogat stellt der Veräusserungsgewinn dar; bei Veräusserung ist lediglich Wertersatz zu leisten. Wertersatz ist auch zu leisten, wenn die Herausgabe bzw. die erlangten Vorteile subjektiv nicht herausgegeben werden können (z.B. bei einer Arbeitsleistung). Beim Wertersatz ist immer der objektive Wert geschuldet, selbst bei einer Eingriffskondiktion.

Nach OR 64 kann der gutgläubige Bereicherte die Rückerstattung verweigern, wenn er nicht mehr bereichert ist. Nicht möglich ist die Anwendung von OR 64 bei der sogenannten Ersparnisbereicherung, also wenn der Bereicherte bspw. angibt, mit der Bereicherung die Miete bezahlt zu haben. Die Bereicherung muss für etwas ausgegeben werden, das man ohne die Bereicherung nicht erworben hätte. Der gutgläubig Bereicherte kann aber in jedem Fall die Vertragskosten und die Kosten der Rückabwicklung geltend machen und verrechnen. Bei synallagmatischen Verträgen ist die Bereicherung nur zurückzugeben, wenn auch die Gegenseite diese zurückgibt. Insofern würde die Anwendung von OR 64 evtl. zu stossenden Ergebnissen führen.

Die Bereicherung ist obligatorischer Natur, was zur Folge hat, dass u.U. anstatt der Bereicherung nur eine Konkursquote daraus resultiert. Der Bereicherungsanspruch hat subsidiären Charakter. **Zu ZGB 672 besteht hingegen Anspruchskonkurrenz, wobei OR 62 ff. meist einen grösseren wirtschaftlichen Wert haben sollte. Ebenfalls Anspruchskonkurrenz besteht nach h.L. zu OR 41 und zu OR 423.** Da OR 62 ff. keine Gewinnherausgabe bewirken kann, wird in der Praxis aber die Anwendung von OR 423 vorgezogen. Eine neuere Lehre will den dortigen Gewinnherausgabeanspruch allerdings auf bösgläubige Geschäftsführer ohne Auftrag beschränken, womit OR 62 ff. wieder grössere Bedeutung erlangen könnte.

### 1.8. *Die Leistungsstörungen*

#### 1.8.1. Allgemeines

##### a) *Regelungsgegenstand*

Wenn der Schuldner nicht so leistet, wie der Gläubiger erwarten darf, spricht man von einer Leistungsstörung. Sie lässt sich in die Nichtleistung (Unmöglichkeit), Spätleistung (Schuldnerverzug) und Schlechtleistung (positive Vertragsverletzung) unterteilen. Ausserdem wird in diesem Kapitel der Gläubigerverzug behandelt.

Leistet der Schuldner nicht, kann die Leistung durch die Zwangsvollstreckung erzwungen werden. Der Anspruch des Gläubigers darauf kann implizit OR 97 II, 98 I und 107 II entnommen werden. Die Zwangsvollstreckung ist zwar nicht Regelungsgegenstand des OR,

doch bestehen dennoch in OR 98 I und III Vollstreckungsregeln, wie auch vereinzelt im BT (OR 259b, 288 I, 366 II, 392 III).

## **b) *Leistungsverweigerungsrechte***

Sollte der Schuldner nicht leisten, geben OR 82 f. dem Gläubiger das Recht, seine Leistung zu verweigern. Sie dienen als Sicherungs- und Druckmittel.

OR 82 statuiert die **Einrede des nicht erfüllten Vertrages**. Die Norm gilt nicht, wenn eine Partei vorleistungspflichtig ist, ausser beim Arbeitsvertrag, wo der Arbeitnehmer Leistung für die Zukunft verweigern kann, wenn die vergangenen Lohnzahlungen nicht erbracht wurden. Das Leistungsverweigerungsrecht ist als Einrede geltend zu machen, und ist daher nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen.

OR 83 beinhaltet ein **Zurückbehaltungsrecht** bei einer Verschlechterung der Vermögenslage der anderen Partei. Voraussetzung ist Zahlungsunfähigkeit, welche nach Vertragsschluss eingetreten sein muss. Die Hauptbedeutung hat OR 83 bei Verträgen, wo eine Partei vorleistungspflichtig ist. OR 83 beinhaltet ein Zurückbehaltungsrecht, welches mit einer Sicherheitsleistung durchbrochen werden kann. Ausserdem statuiert OR 83 II das recht, vom Vertrag zurückzutreten, wenn innert angemessener Frist keine Sicherheit geleistet wurde (angewendet wird OR 107).

## **1.8.2. Die Nichtleistung**

### **a) *Allgemeines***

Sie liegt vor, wenn die Leistung nicht mehr erbracht werden kann. Das ist auch bei einem absoluten Fixgeschäft der Fall (Hochzeitstorte). Anfängliche objektive Unmöglichkeit fällt unter OR 20 I, und gilt nicht als Leistungsstörung. Zum Schuldnerverzug wird die Unmöglichkeit dadurch abgegrenzt, dass bei ersterem die Leistung immer noch möglich ist, die beiden Tatbestände schliessen sich also gegenseitig aus. Da der Gläubiger bei Nichtleistung oft nicht weiss, warum der Schuldner nicht geleistet hat, ist in jedem Falle ein Vorgehen nach OR 107 anzuraten.

### **b) *Rechtsfolgen***

#### **i. *Anfängliche Unmöglichkeit***

Bei anfänglicher objektiver Unmöglichkeit ist der Vertrag nichtig (OR 20 I). Bei der anfänglichen subjektiven Unmöglichkeit ist er wirksam, und es kommt OR 97 zur Anwendung. Der Schuldner haftet auf Schadenersatz, sofern er sich nicht exkulpieren kann.

#### **ii. *Nachträgliche Unmöglichkeit***

Die nachträgliche Unmöglichkeit hat ebenfalls OR 97 als Rechtsfolge. Relevant ist, **von welcher Partei die nachträgliche Unmöglichkeit zu verschulden ist**. Ist sie von keiner Partei zu vertreten beurteilen sich die Rechtsfolgen nach OR 119. Grundsätzlich

erlischt die Leistungspflicht, der Gläubiger trägt die Leistungsgefahr. Daher erlischt auch eine allfällige sekundäre Leistungspflicht. Denkbar ist allerdings die Leistung eines stellvertretenden commodum, wenn also für die unmöglich gewordene Sache ein Ersatzanspruch besteht (z.B. Versicherung). Die Gegenleistungspflicht erlischt ebenfalls (OR 119 II), die Rückerstattung erfolgt nach h.L. in einem **vertraglichen Rückabwicklungsverhältnis**. OR 119 II gilt nicht, wenn der Gläubiger die Gefahr des zufälligen Untergangs zu tragen hat (vgl. OR 119 III und 185).

Ist die Unmöglichkeit vom Schuldner zu vertreten, besteht statt des Erfüllungsanspruches ein Anspruch auf Schadenersatz. Im Rahmen von OR 97 I ist das positive Interesse geschuldet. **Der massgebliche Zeitpunkt ist derjenige der mutmasslichen Erfüllung, doch kann der Gläubiger auch denjenigen der Auseinandersetzung wählen, wenn sich der Schaden vergrössert hat.** Ebenfalls bei der Gegenleistung hat der Gläubiger die Wahl, entweder auszutauschen oder die Differenz zu verlangen. Nach h.L. soll dem Gläubiger ferner die Wahl gelassen werden, nach OR 107 vom Vertrag zurückzutreten.

Eine vom Gläubiger zu vertretende Unmöglichkeit ist nicht im Gesetz geregelt. Der Schuldner ist so zu stellen, wie wenn er ordnungsgemäss erfüllt hätte; er hat also immer noch Anspruch auf die Gegenleistung, muss sich aber durch die Nichtleistung seine Vorteile anrechnen lassen.

Ist die Unmöglichkeit von beiden Parteien zu vertreten, behält der Schuldner seinen Anspruch auf die Gegenleistung, doch wird beim Schadenersatzes des Gläubigers sein Selbstverschulden angerechnet (OR 44 I).

### 1.8.3. Die Spätleistung

#### *a) Voraussetzungen*

Der Schuldnerverzug liegt dann vor, wenn die Leistung trotz deren Möglichkeit nicht erfolgt. Bei Überschneidung mit der Unmöglichkeit gelten bis zu deren Eintreten die Vorschriften des Verzuges.

**Die Leistung muss fällig und durchsetzbar sein** (OR 102 I). Beruft sich der Schuldner auf ein Leistungsverweigerungsrecht, schliesst dies den Schuldnerverzug aus. Mit der Mahnung wird der Schuldner in Verzug gesetzt. Sie ist formlos möglich, und stellt eine empfangsbedürftige Erklärung dar. Bei einem Verfalltagsgeschäft wird die Mahnung entbehrlich (OR 102 II). Entbehrlich ist sie auch, wenn sie zwecklos oder der Gläubigerin nicht zumutbar ist.

#### *b) Rechtsfolgen*

Sie ergeben sich aus OR 103-109. Der Schuldner haftet für den Ersatz des Verspätungsschadens, sofern er nicht nachweisen kann, dass er den Verzug nicht zu vertreten hat (OR 103). **Geldmangel hat er immer zu vertreten.** Hat er den Verzug zu vertreten, tritt zudem aus OR 99 II eine Haftungsverschärfung ein; er hat für leichte Fahrlässigkeit einzustehen, wenn eine gegenteilige Abrede besteht, und er haftet ferner für Zufall (OR 103). Bei letzterem kann er sich bloss auf rechtmässiges Alternativverhalten berufen.

Nach OR 104 hat der Schuldner Verzugszinsen zu leisten, mindestens aber 5%. Höhere Zinsen können sich aus einer entsprechenden Parteivereinbarung ergeben. Eine Sonderregelung besteht für Zins- und Rentenschulden sowie Geldschulden aus Schenkungsverprechen (OR 105).

Bei **synallagmatischen Verträgen** kommen OR 107-109 zur Anwendung. Nach OR 107 hat der Gläubiger eine Nachfrist anzusetzen (ausgenommen davon sind die Fälle aus OR 108, wenn der Schuldner endgültig die Leistung verweigert, bei einem relativen Fixgeschäft (spätestens) oder wenn der Gläubiger nicht mehr an der Leistung selber interessiert ist). Der Gläubiger hat die Wahl zwischen Erfüllung und Ersatz des Verspätungsschadens, Verzicht auf Erfüllung und Schadenersatz wegen Nichterfüllung und Verzicht auf Erfüllung und Rücktritt. Die Rechtsfolgen des Rücktritts bestimmen sich nach OR 109, und sind vertraglicher Natur. Bei **Dauerschuldverhältnissen** verwandelt sich das Rücktrittsrecht grundsätzlich in ein Kündigungsrecht, wobei die Aufhebung nur im Hinblick auf künftige Leistungen erfolgt.

#### 1.8.4. Die Schlechtleistung

##### a) *Voraussetzungen*

Die Schlechtleistung wird auch positive Vertragsverletzung genannt. Sie beinhaltet die Schlechterbringung einer Hauptleistungspflicht einerseits und die Verletzung vertraglicher Nebenpflichten andererseits.

Für Sach- und Werkleistungen enthält das Gesetz detaillierte Regeln für die Schlechterfüllung. **Zum Kaufrecht besteht Anspruchskonkurrenz, allerdings nur wenn die kaufrechtlichen Voraussetzungen von OR 201 und 210 erfüllt werden.** Die werkvertragliche Mängelhaftung soll dagegen OR 97 I ausschliessen, wie OR 258 ff. und PauRG 12 ff. Bei Dienstleistungs- und Arbeitsverträgen entspricht die Schlechterfüllung der Sorgfaltspflichtverletzung, weshalb sich keine Probleme ergeben. Zum Deliktsrecht besteht Anspruchskonkurrenz.

##### b) *Rechtsfolgen*

Beim Spezialeskauf, nicht aber beim Gattungskauf, kann mit einer mangelhaften Sache erfüllt werden. Der Erfüllungsanspruch besteht daher bei einer mangelhaften Sache nicht unbedingt weiter. Die Erfüllung von Nebenpflichten kann klageweise erzwungen werden. Als Schadenersatz ist das **positive Interesse** geschuldet. Es steht dem Schuldner aber auch hier der Exkulpationsbeweis offen.

An verschiedenen Stellen gewährt das OR dem Gläubiger ferner ein Rücktrittsrecht (vgl. OR 205 I, 259b a, 368 I). Das Recht ist nicht an ein Verschulden gebunden. Da aber die Vertragsaufhebung den einschneidendsten Rechtsbehelf darstellt, wird sie nur bei wesentlichen Vertragsverletzungen gewährt. Ein Teil der Lehre vertritt die Ansicht, dass ein Rücktrittsrecht bei wesentlichen Vertragsverletzungen allgemein aus OR 107 gefolgert werden könnte.

## 1.8.5. Der Gläubigerverzug

### a) *Voraussetzungen*

Die Annahme durch den Gläubiger stellt keine Rechtspflicht dar, sondern eine Obliegenheit. Die Rechtsfolgen sind daher die Erschwerung der Rechtsstellung des Gläubigers. In Einzelfällen wird die Annahme als Pflicht dargestellt, so namentlich die Abnahmepflicht des Käufers aus OR 211, oder bei synallagmatischen Verträgen wenn der Gläubiger gleichzeitig seine Leistung nicht erbringt.

Voraussetzung ist ein gehöriges Angebot des Schuldners (OR 91), und zwar örtlich, zeitlich und sachlich. Wenn der Gläubiger seine Mitwirkung verweigert, kommt er in Verzug. Die Verweigerung muss aber ungerechtfertigterweise erfolgen. Ein Verschulden des Gläubigers ist nicht erforderlich.

### b) *Rechtsfolgen*

Die Rechtsfolgen sind:

- Ausschluss des Schuldnerverzuges.
- Der Gläubiger trägt die Gefahr des zufälligen Unterganges.
- Der Schuldner behält den Anspruch auf Gegenleistung.
- Haftungserleichterung des Schuldners nach OR 99 II; der Schuldner haftet nur noch für grobe Fahrlässigkeit und für Vorsatz.
- Ausschluss der Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

Beim Gläubigerverzug hat der Schuldner zudem die Wahl, die Sache zu hinterlegen (OR 92, 94, zuständig ist der Gerichtspräsident [EG OR 1]) oder einen Selbsthilfeverkauf vorzunehmen. Die Hinterlegung befreit den Schuldner von seiner Leistungspflicht; sie muss dem Gläubiger aber angezeigt werden. Der Selbsthilfeverkauf kann nur vorgenommen werden, wenn die Sache nicht hinterlegungsfähig ist. Der Erlös ist mit der (Gegen-) Forderung zu verrechnen. Der Selbsthilfeverkauf muss überdies vorher vom Gericht bewilligt werden (vgl. OR 93 zuständig ist der Gerichtspräsident [EG OR 1]).

In denjenigen Fällen, wo eine Hinterlegung oder ein Selbsthilfeverkauf nicht denkbar ist, gewährt OR 95 ein Rücktrittsrecht (z.B. beim Werk- oder Arbeitsvertrag). Der Rücktritt hat nach den Bestimmungen von OR 107-109 zu erfolgen.

Steht bei einer Wahlschuld dem Gläubiger das Wahlrecht zu, geht dieses mit dem Gläubigerverzug auf den Schuldner über. Bei synallagmatischen Verträgen muss allerdings vorher eine Nachfrist gesetzt werden, analog zu OR 107.



## 1.8.6. Konventionalstrafe, Haft- und Reuegeld

### a) *Konventionalstrafe*

Die Konventionalstrafe ist ein aufschiebend bedingtes Versprechen, für den Fall der Nicht-, Spät- oder Schlechtleistung (vgl. OR 160 I). Der Grund, weshalb die Konventionalstrafe geschuldet sein soll, muss beeinflussbar sein; ansonsten liegt eine Bedingung vor. Der Zweck der Konventionalstrafe ist die Verbesserung der Gläubigerstellung. Sie sichert eine Hauptschuld und ist deshalb in Entstehung, Fortbestand und Durchsetzbarkeit von dieser abhängig (akzessorisch, vgl. OR 163 II). Besteht ein Formerfordernis für die Hauptschuld, muss dieses auch für die Konventionalstrafe eingehalten werden.

Das Verhältnis zu anderen Rechtsbehelfen regeln OR 160 und 161 II. Ist die Konventionalstrafe für den Fall der Nicht- oder Schlechtleistung versprochen, gilt der Grundsatz der **Alternativität** (OR 160 I). Entweder kann Erfüllung oder die Konventionalstrafe verlangt werden. Macht der Gläubiger die Konventionalstrafe geltend, ist das als Verzicht auf die Erfüllung zu sehen. Umgekehrt kann er aber in einem späteren Zeitpunkt, wenn die Erfüllung noch nicht geschehen ist, dennoch auf die Konventionalstrafe zurückgreifen.

Bei Spätleistung oder Leistung am falschen Ort kann die Konventionalstrafe kumulativ zur Erfüllung geltend gemacht werden (OR 160 II). Ein allfälliger Schadenersatz kann daneben geltend gemacht werden, wenn der Schaden den Betrag der Konventionalstrafe übersteigt.

Die Höhe der Konventionalstrafe kann frei gewählt werden. OR 163 III ermöglicht allerdings auf Antrag des Schuldners eine Herabsetzung bei übermässiger Höhe. Übermässigkeit liegt bei einem krassen Missverhältnis vor.

Die Konventionalstrafe ist von der Schadenspauschalisierung zu unterscheiden. Dort wird dem Gläubiger ermöglicht, durch Verzicht auf den Nachweis des tatsächlichen Schadens seinen Anspruch durchzusetzen. **Bei unverhältnismässig hoher Schadenspauschale ist OR 163 III aber analog anzuwenden.**

### b) *Haft- und Reuegeld*

Vereinzelte kommt es vor, dass eine Partei der anderen zur Bekräftigung des Vertragschlusses Geld gibt. OR 158 I regelt, dass es sich dabei vermutlich um Haft- und nicht Reuegeld handelt. D.h. dass der Schuldner nicht berechtigt sein soll, gegen Belassung der gegebenen Summe vom Vertrag zurückzutreten. Der Empfänger braucht sich die Summe nicht an die Hauptforderung anrechnen zu lassen (OR 158 II). Ergibt sich aus der Abrede, dass es sich um Reuegeld handelt, steht beiden Parteien ein Rücktrittsrecht zu, wobei allerdings die Gegenpartei in der Höhe des Reuegeldes zu entschädigen ist (OR 158 III). Von OR 160 III (Wandelpön) unterscheidet sich das Reuegeld dadurch, dass die Summe bereits bei Vertragsschluss und nicht erst beim Rücktritt zu leisten ist.

## **1.9. Die Beendigung von Schuldverhältnissen**

### **1.9.1. Erfüllung**

#### **a) Allgemeines**

Die Erfüllung tritt ein, wenn die Leistung nach Gegenstand, Person, Ort und Zeit geleistet wird, so wie sie geschuldet ist. Bei Speziaukauf kann auch mit einer mangelhaften Sache erfüllt werden, nicht so beim Gattungskauf. **Die Erfüllung ist kein Rechtsgeschäft, sodass Gläubiger und Schuldner nicht handlungsfähig sein müssen.** Davon ausgenommen sind die rechtsgeschäftlichen Erklärungen (z.B. die Abtretung einer Forderung oder die Übereignung einer Sache).

Mit der Erfüllung erlischt die jeweilige Forderung, inklusive ihrer Nebenrechte (OR 114 I). Die Erfüllung einer einzelnen Forderung ist von der Erfüllung des Schuldverhältnisses zu unterscheiden.

Der Beweis der Erfüllung hat der Schuldner zu tragen (ZGB 8). OR 88-90 enthalten allerdings beweistechnische Vermutungen. Nach OR 88 I kann der Schuldner bei Leistung eine Quittung verlangen. Weigert sich der Gläubiger, eine solche vorzunehmen, kann der Schuldner die Leistung zurückbehalten, der Gläubiger gerät in Annahmeverzug. Die Ausstellung der Quittung ist daher eine Obliegenheit. Nicht verlangt werden kann eine Saldoquittung. Mit ihr erklärt der Gläubiger, dass er vom Schuldner nichts mehr zu fordern hat. Sie ist eine Willenserklärung. Bei Bargeschäften des täglichen Lebens liegt es am Gläubiger zu beweisen, ob die Schuld geleistet wurde. Besteht ein Schuldschein, kann dieser zurückgefordert werden (OR 88 I, vgl. 89 III und 90).

#### **b) Leistung an Erfüllungs Statt**

Erbringt der Schuldner eine andere Leistung als die vereinbarte, tritt grundsätzlich keine Erfüllung ein. Dem Gläubiger ist es aber unbenommen, die vom Schuldner angebotene Leistung anzunehmen. Dabei handelt es sich um eine vertragliche Modifikation (Erfüllungsvereinbarung). Mit der Annahme der Leistung an Erfüllungs Statt erlischt die Hauptforderung. **Im Zweifel ist eher eine Leistung erfüllungshalber anzunehmen. Bei Unwirksamkeit der Erfüllungsvereinbarung lebt die ursprüngliche Forderung nicht wieder auf, sondern es kommt OR 62 ff. zur Anwendung,** nämlich die Herausgabe des Erlangten, nämlich der Befreiung der ursprünglichen Verbindlichkeit. Die Hauptforderung entsteht folglich wieder. Bei einer mangelhaften Leistung an Erfüllungs Statt ist OR 197 ff. anwendbar.

#### **c) Leistung erfüllungshalber**

Auch hier leistet der Schuldner eine andere Leistung als ausgemacht, doch der Gläubiger **behält seine ursprüngliche Forderung, bis er durch die Leistung erfüllungshalber**

**befriedigt wird.** Insoweit wird die Forderung des Gläubigers gestundet. Hauptbeispiele sind der Check oder der Wechsel. Erlangt der Gläubiger daraus Zahlung oder eine unwiderrufliche Gutschrift auf seinem Konto, erlischt erst die ursprüngliche Forderung. Dieselben Prinzipien gelten bei der Kreditkarte.

#### *d) Erfüllung von Geldforderungen*

Sie sind in Landesmünze zu bezahlen (OR 84 I). Bei Fremdwährungsschulden kann der Schuldner ohne anderweitige Abrede auch in Schweizer Franken bezahlen (OR 84 II). Massgebend ist der Wechselkurs im Zeitpunkt der Fälligkeit der Schuld. Beim bargeldlosen Zahlungsverkehr handelt es sich um Erfüllungssurrogate. Sie stellen daher eine Leistung an Erfüllungsort dar.

**Geldschulden sind Bringschulden.** Dies gilt auch beim bargeldlosen Zahlungsverkehr; Buchungs- oder Überweisungsverzögerungen gehen zulasten des Schuldners, ausser der Gläubiger bestimmt den Erfüllungsgehilfen.

Bei mehreren Schulden ist der Schuldner berechtigt zu erklären, welche Schuld getilgt werden soll (OR 86 I). Fehlt eine solche Erklärung, kann der Gläubiger die Bestimmung vornehmen (OR 86 II). Subsidiär sieht das Gesetz vor, in welcher Reihenfolge die verschiedenen Forderungen als getilgt anzusehen sind (OR 87).

### 1.9.2. Verrechnung

Die Verrechnung ist in OR 120-126 geregelt. An der Verrechnung sind der Verrechnende und der Verrechnungsgegner beteiligt. Die Forderung des Verrechnungsgegners ist die Hauptforderung, diejenige des Verrechnenden die Verrechnungsforderung.

Die Verrechnung ist eine einseitige Gestaltungserklärung (OR 124 I). Die Voraussetzungen sind:

- **Gegenseitigkeit** (OR 120 I, Ausnahmen bei der Abtretung, vgl. OR 169, sowie beim Pfand).
- **Gleichartigkeit** (OR 120 I).
- **Durchsetzbarkeit der Verrechnungsforderung**, d.h. Klagbarkeit, Einredefreiheit und Fälligkeit. So ist die Verrechnung einer Forderung aus Spiel oder Wette nicht möglich. Eine Ausnahme macht OR 120 III, welcher statuiert, dass auch mit einer verjährten Forderung verrechnet werden kann.
- **Erbringbarkeit der Hauptforderung.** Entgegen OR 120 I muss die Hauptforderung bloss erbringbar und nicht fällig sein.
- **Kein Verrechnungsverbot.** Ein solches kann sich aus dem Gesetz (OR 125) oder aufgrund Vereinbarung (OR 126). Zur Vereinbarung abweichende Sonderbestimmungen finden sich in OR 265 und 294.

Im Konkurs muss die Verrechnungsforderung nicht fällig sein (OR 123 I), bzw. wird sie automatisch fällig (SchKG 208 I, vgl. jedoch SchKG 213 f.).

Wie jede Gestaltungserklärung ist auch die Verrechnung bedingungsfeindlich. Dies schliesst aber die sogenannte Eventualverrechnung im Prozess nicht aus. Die Verrechnung bewirkt das Erlöschen der Haupt- und Verrechnungsforderung im entsprechenden Umfang. Mit den Forderungen erlöschen auch die Nebenrechte (OR 114).

### 1.9.3. Weitere Arten des Erlöschens

#### a) *Erläss*

Der Erlass ist in OR 115 geregelt. Das ist die vertragliche Vereinbarung, mit der die Forderung ganz oder teilweise gelöscht wird. Da mit dem Erlass die Forderung erlischt, stellt er ein Verfügungsgeschäft dar. Er bedarf daher Verfügungsmacht.

Vom Erlöschen der Forderung ist die Auflösung des ganzen Schuldverhältnisses abzugrenzen (Aufhebungsvertrag).

#### b) *Neuerung*

Sie ist in OR 116 statuiert. Es handelt sich dabei um die Vereinbarung, dass die Forderung dadurch getilgt wird, dass eine neue begründet (Novation). Die Novation wird nicht vermutet (OR 116 I). OR 116 II weist darauf hin, dass bei Erfüllung mit Check oder Wechsel eine Leistung erfüllungshalber und keine Novation vermutet wird. Auch die Novation ist ein Verfügungsgeschäft. Bzgl. des Kontokorrentvertrages siehe OR 117.

#### c) *Vereinigung*

Die Vereinigung (Konfusion) bezeichnet das nachträgliche Zusammenwirken von Schuldner- und Gläubigerstellung in einer Person. Die Forderung gilt grundsätzlich als erloschen (OR 118 I). Sie gilt allerdings wieder in ihrer ursprünglichen Form, wenn die Vereinigung rückgängig gemacht wird (OR 118 II). Ausnahmen sind in ZGB 859 III, 863 und in OR 1001 III und 1108 III vorgesehen (OR 118 III).

### 1.9.4. Verjährung

#### a) *Begriff und Funktionen der Verjährung*

Die Verjährung ist die **Entkräftung einer Forderung durch Zeitablauf**. Grundsätzlich verjähren alle obligatorischen Forderungen. Von der Verjährung ist die Verwirkung zu unterscheiden. Die Verjährung betrifft lediglich die Durchsetzbarkeit einer Forderung, die Verwirkung bewirkt indessen ihren Untergang. Als Grundsatz gilt, Forderungen verjähren, Gestaltungsrechte verwirken. Die Verjährung hat den **Zweck der Rechtssicherheit und den des Rechtsfriedens**. Entsprechend diesem Zweck kann man auf die Verjährung nicht im Voraus verzichten (OR 141, vgl. OR 127 f.).

## **b)           *Verjährungsfrist***

Die Dauer beträgt regelmässig 10 Jahre (OR 127). Ausnahmen sind in SchKG 149a, OR 128 1.-3. und OR 60. Daneben gibt es weitere, zahlreiche punktuelle Abweichungen von der zehnjährigen Frist. OR 129 bestimmt, dass die Fristen von OR 127 f. nicht im Voraus abgeändert werden können. Alle anderen Fristen können abgeändert werden.

Die Verjährung beginnt mit der Fälligkeit der Forderung zu laufen (OR 130 I). Ist die Fälligkeit durch Stundung aufgeschoben, beginnt sie indessen nicht zu laufen. Andere Einrede hindern hingegen die Verjährung nicht (z.B. OR 82). Bei Ansprüchen, die auf ein Unterlassen gerichtet sind, beginnt die Verjährung mit der Zuwiderhandlung. **Zur Berechnung siehe OR 132 i.V.m. 77 ff.**

## **c)           *Stillstand und Unterbrechung der Verjährung***

Der **Stillstand** der Verjährung bewirkt, dass ein bestimmter Zeitraum nicht in die Verjährungsfrist miteingerechnet wird. Nach dem Stillstand läuft die Frist weiter und verlängert sich entsprechend (OR 134 II). Nach OR 134 beginnt die Verjährung nicht bzw. steht still, wenn die Rechtsverfolgung nicht möglich oder zumutbar ist. Ferner finden sich Sonderbestimmungen zum Stillstand in ZGB 568 II und in SchKG 207 III.

Nach einer **Unterbrechung** wird die Verjährungsfrist nicht fortgesetzt, sondern neu angesetzt (OR 137 I, vgl. aber 138 III). Die Verjährung kann nach OR 135 durch Anerkennungshandlungen des Schuldners unterbrochen werden (Schuldschein, Bitte um Stundung oder Erlass, Erklärung der Verrechnung). Entscheidend ist, dass der Gläubiger aufgrund von Äusserungen des Schuldners verjährungsunterbrechende Handlungen unterlässt. Diese können vom Gläubiger nur durch Veranlassung von amtlichen Handlungen erreicht werden (Klageanhebung, Einrede im Prozess etc.). Wird eine Klage aus formellen Gründen abgewiesen, gewährt OR 139 eine einmalige Nachfrist von 60 Tagen für den Gläubiger.

## **d)           *Rechtswirkungen der Verjährung***

Als **Rechtswirkung** geht die Forderung nicht unter, sondern sie wird nicht mehr durchsetzbar. Das bedeutet, dass sie weiterhin erfüllt werden kann. Leistet der Schuldner trotz Verjährung, kann er das geleistete nicht mehr zurückverlangen (OR 63 II). Die Zinsen und die Nebenansprüche (z.B. eine Konventionalstrafe) haben dasselbe Schicksal wie die Hauptforderung.

## **1.10.      *Der Kreis der Beteiligten***

### **1.10.1.    Verträge zugunsten Dritter**

#### **a)           *Echter Vertrag zugunsten Dritter***

Wenn die Leistung nicht an den Gläubiger sondern an einen Dritten erfolgen soll, spricht man von einem Vertrag zugunsten Dritter (OR 112). Der Schuldner ist der Versprechende, der Gläubiger der Versprechensempfänger, und der Dritte der Begünstigte. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger ist das **Deckungsverhältnis**, dasjenige zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dritten das **Valutaverhältnis**.

Der echte Vertrag zugunsten Dritter begründet ein eigenes Forderungsrecht des Dritten, der unechte hingegen nicht. Das alleinige Forderungsrecht bleibt beim Gläubiger. Ob ein echter oder ein unechter Vertrag zugunsten Dritter vorliegen soll, ist durch Auslegung zu ermitteln (OR 112 II). Abgrenzungsprobleme können sich zur Stellvertretung (z.B. Arztvertrag mit den Eltern) oder der Anweisung ergeben. Bei der Anweisung handelt es sich um eine Doppelermächtigung, mit der der Anweisende einerseits den Angewiesenen zur Leistung an den Anweisungsempfänger und andererseits den Anweisungsempfänger zur Erhebung der Leistung ermächtigt. Im Unterschied zum Vertrag zugunsten Dritter ist der Angewiesene nur ermächtigt, und nicht etwa verpflichtet, an den Anweisungsempfänger zu leisten (vgl. aber OR 468). Bei der Zession entsteht das Forderungsrecht zunächst beim Zedenten und nicht beim Dritten (Zessionar).

Ob ein Vertrag zugunsten Dritter Formbedürftig ist, bestimmt sich nach dem Deckungsverhältnis. Der Vertrag zugunsten Dritter kann durch Vertragsauflösung widerrufen werden, egal ob ein echter oder unechter Vertrag zugunsten Dritter vorliegt, solange der Dritte dem Versprechenden noch nicht erklärt hat, dass er von seinem Recht Gebrauch machen wolle (OR 112 III). Einreden und Einwendungen können immer geltend gemacht werden, solange der Einsprecher beteiligt ist. So kann der Versprechende keine Einwendungen oder Einreden aus dem Valutaverhältnis gegenüber dem Dritten geltend machen.

#### **b)           *Vertrag zulasten Dritter***

OR 111 bestimmt, dass derjenige, der die Leistung eines Dritten verspricht, zu Schadenersatz verpflichtet ist, wenn diese Leistung nicht erfolgt. Dabei handelt es sich nicht um einen Vertrag zulasten Dritter, sondern um einen Garantievertrag. Ersterer ist nicht möglich. Im Gegensatz zur Bürgschaft ist der Garantievertrag nicht akzessorisch zur Hauptschuld.

c) *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*

Dem Dritten soll hier im Falle einer Leistungsstörung ein eigener vertraglicher Schadenersatzanspruch als Sekundäranspruch zustehen. Folgende drei Kriterien müssen erfüllt sein: Leistungsnähe, der Gläubiger ist für das Wohl des Dritten verantwortlich, und dem Schuldner sind diese beiden Tatsachen bekannt. Das Institut des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte ist umstritten.

## 1.10.2. Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern

a) *Mehrheit von Schuldnern*

Nach OR 143 entsteht die Solidarität unter mehreren Schuldnern entweder durch entsprechende Vereinbarung, oder aufgrund Gesetzes. Aufgrund Gesetzes vor allem aus dem ausservertraglichen Haftpflichtrecht, dem Gesellschaftsrecht und ZGB 166 sowie 603 I.

Die Wirkungen im Aussenverhältnis sind in OR 144-147 festgelegt. Jeder Schuldner schuldet dem Gläubiger nach dessen Belieben die ganze Schuld oder einen Teil davon (OR 144). Einwendungen und Einreden können jeweils persönlich geltend gemacht werden (vgl. OR 145). **Ein Solidarschuldner kann aber nicht die persönlichen Einreden eines anderen Solidarschuldners geltend machen.** OR 146 statuiert, dass die Unterbrechung der Verjährung gegen einen Schuldner auch gegen die übrigen wirkt. Der Verzicht eines Schuldners auf die Verjährungseinrede kann den anderen Schuldnern aber nicht entgegengehalten werden. Erfüllt ein Schuldner, werden die anderen ebenfalls befreit (OR 147).

Der Rückgriff, bzw. das Innenverhältnis beurteilt sich nach OR 148 f. Im Zweifelsfalle haften alle nach Kopfteilen, sofern sich aus dem Rechtsverhältnis nichts anderes ergibt. Z.B. haften im Erb- und Sachenrecht die Schuldner nach ihren Anteilen (ZGB 640 II, III und 649 I). Der leistende Solidarschuldner kann aufgrund OR 148 II Rückgriff auf die anderen nehmen. **Fällt ein Solidarschuldner wegen Zahlungsunfähigkeit aus, ist sein Anteil auf die anderen zu verteilen** (OR 148 III). Hat der Gläubiger einem Schuldner die Schuld erlassen, ändert dies am Innenverhältnis nichts. Der Rückgriff ist im Übrigen ausgeschlossen, wenn der Schuldner schuldhaft Einreden oder Einwendungen nicht geltend gemacht hat. Der Ausgleichsanspruch entsteht mit der Leistung des Regressberechtigten. Neben diesem Anspruch aus OR 148 II geht gemäss OR 149 I im Wege einer Legalzession (Subrogation) der Anspruch des Gläubigers auf den Leistenden über, sofern dieser nach OR 148 zum Rückgriff berechtigt ist. Mit der Subrogation gehen auch die Nebenrechte und die Vorzugsrechte über (OR 170), aber der Leistende muss sich auch alle Einreden entgegenhalten lassen.

Echte Solidarität basiert auf demselben Rechtsgrund, unechte Solidarität beruht auf verschiedenen Rechtsgründen (vgl. OR 50 f.). Die Verjährungsunterbrechung nach OR 136 sowie die Legalzession sollen bei der unechten Solidarität ausgeschlossen sein. Die Lehre kritisiert diese Rechtsprechung des Bundesgerichts.

## *b) Mehrheit von Gläubigern*

OR 70 regelt den Sonderfall, wenn mehrere Gläubiger Anspruch auf eine unteilbare Leistung gegen den Schuldner besitzen, ohne dass ein Fall von gemeinsamer Gläubigerschaft oder Solidargläubigerschaft besteht. Gemeinsame Gläubigerschaft liegt bei Gesamthandsgemeinschaften vor. Bei OR 70 I muss der Schuldner an alle Gläubiger gemeinsam leisten, und jeder Gläubiger kann selbständig die Leistung an alle gemeinsam verlangen.

Bei der Solidargläubigerschaft kann jeder Gläubiger die Leistung an sich verlangen. Der Schuldner wird bei der Leistung befreit. Nach OR 150 I entsteht die Solidargläubigerschaft aufgrund Abrede oder Gesetz. Wichtigstes Beispiel ist das Gemeinschaftskonto (compte joint). Der Schuldner hat grundsätzlich die Wahl, an wen er leisten will, ausser wenn er gerichtlich von einem Gläubiger belangt wird. Der Verzug wirkt auch gegen die anderen.

### 1.10.3. Wechsel der Beteiligten

#### *a) Abtretung von Forderungen*

##### **i. Allgemeines**

Die Abtretung (Zession) ist die rechtsgeschäftliche Übertragung einer Forderung gegen einen Schuldner (Drittschuldner, debitor cessus) vom alten Gläubiger (Zedent) auf den neuen Gläubiger (Zessionar). Die Abtretung ist ein Verfügungsgeschäft; **wird die Forderung mehrmals abgetreten, ist nur die erste Abtretung wirksam**. Als Verpflichtungsgeschäft kommt ein Kaufvertrag, eine Schenkung, ein Auftrag oder auch eine Sicherungsabrede in Betracht.

Streitig ist, ob die Abtretung kausal oder abstrakt wirkt. Herrschend ist vor allem im Hinblick auf eine Kettenzession die Ansicht der abstrakten Natur. Den Parteien bleibt es ja ferner unbenommen, die Gültigkeit der Zession von der Gültigkeit des Verpflichtungsgeschäfts abhängig zu machen.

##### **ii. Voraussetzungen**

Die Abtretung erfolgt durch einen Vertrag, welcher der **einfachen Schriftform** bedarf (OR 165 I). Entsprechend OR 13 I ist aber nur die Erklärung des Zedenten formbedürftig, und zwar nur für die wesentlichen Teile des Rechtsgeschäfts. Die abzutretende Forderung muss genügend bezeichnet sein, wie auch die Parteien. Davon ist die Blankozession ausgenommen, vor allem wenn der Zessionar selber die Abtretung ergänzt. Die Abtretung ist in diesem Fall bereits mit Zugang der Blankourkunde wirksam. Kein Gültigkeitserfordernis ist die Übergabe der Schuldurkunde (vgl. aber OR 967 I).

Grundsätzlich sind alle Forderungen abtretbar (OR 164 I). Verneint wird die Abtretbarkeit von Gestaltungsrechten, wobei auch dies umstritten ist. Ausnahmen der Abtretbarkeit ergeben sich aus Gesetz, Vereinbarung oder aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses:



- Gesetz: OR 325, 333 IV, 306 II, 542 II, ZGB 776 II.
- Vereinbarung: pactum de non cedendo.
- Natur des Rechtsverhältnisses: persönliche Unterhaltsansprüche, Ansprüche aus Vorverträgen, Ansprüche auf Befreiung von einer Verbindlichkeit etc.

Diese Abtretungen sind unwirksam. Zu beachten ist indessen OR 164 II. Bei einem vertraglichen Abtretungsverbot ist der gute Glaube des Dritten aufgrund eines schriftlichen Schuldbekenntnisses zu schützen.

Auch künftige Forderungen und eine Abtretung im Sinne einer Globalzession sind möglich, **sofern die Forderungen bestimmbar sind** („Forderungen aus dem Geschäft für die nächsten 5 Jahre“). Eine zeitlich und gegenständlich unbeschränkte Zession verstösst jedenfalls gegen ZGB 27, da der Zedent seine wirtschaftliche Bewegungsfreiheit verliert.

### iii. Wirkungen

Mit der Abtretung geht die Forderung vom Zedenten auf den Zessionar über. **Sie entsteht zuerst in der Person des Zedenten, und geht dann auf den Zessionar über.** Die Forderung entsteht also nicht direkt beim Zessionar, und würde in die Konkursmasse des Zedenten fallen. Mit der Forderung gehen auch ihre Nebenrechte über (OR 170 I, vgl. SchKG 146, 219). Gestaltungsrechte gehen ebenfalls über, sofern es ihr Zweck erfordert.

### iv. Schuldnerschutz

OR 167-169 widmet sich dem Schuldnerschutz. Der Schuldner wird befreit, wenn er in gutem Glauben an den ursprünglichen Gläubiger leistet (OR 167 I). Dasselbe gilt, wenn er nach der Anzeige dem Zessionar leistet. OR 167 gilt für alle Rechtsgeschäfte, so auch für die Verrechnung.

Wenn die Zession vom Zessionar angezeigt wird, entsteht ein **Prätentenstreit**. Der Schuldner kann nicht mehr gutgläubig an den Zedenten (Gläubiger) leisten. Werden sich der Zedent und der Zessionar nicht einig, kann der Schuldner beiden die Leistung verweigern und sie hinterlegen (OR 168 I). Eine Leistung an den falschen Gläubiger befreit den Schuldner nicht (OR 168 II).

OR 169 I bestimmt, dass der Schuldner alle Einreden, die der Forderung des Zedenten in dem Zeitpunkt entgegenstanden, als der Schuldner von der Zession Kenntnis erlangte, auch gegenüber dem Zessionar geltend machen kann. Ausnahmen ergeben sich beim schriftlichen Schuldbekenntnis (OR 18 II).

### v. Gewährleistung des Zedenten

Eine mögliche Haftung kann sich nie aus dem Verfügungsgeschäft der Zession geben, sondern aus dem ihm zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäft. Bei der entgeltlichen Abtretung haftet der Zedent für die **Verität**, also dass die Forderung existiert, klagbar und frei von Einreden ist (OR 171 I). Für die Bonität haftet er hingegen nicht, ausser er hat diese Haftung übernommen (OR 171 II). Gar keine Haftung diesbezüglich besteht bei der unentgeltlichen Abtretung (OR 171 III).

Bei einer Abtretung zahlungshalber muss sich der Zessionar nur dasjenige anrechnen lassen, was er tatsächlich bekommt oder bei gehöriger Sorgfalt hätte bekommen sollen (OR 172). Bei einer Abtretung an Zahlungs Statt hingegen haftet der Zedent nach OR 171 I und 173 I. OR 173 II ist nicht auf die Legalzession anwendbar.

*b) Schuldübernahme*

Die Schuldübernahme stellt den Wechsel in der Schuldnerposition dar. Da die Schuld vom Wert des Schuldners abhängt, muss der Gläubiger zustimmen. Es wird unterschieden zwischen:

- **Interne Schuldübernahme** (Befreiungsversprechen, vgl. OR 175): Das ist ein Vertrag zwischen Schuldner und Übernehmer. Er ist formfrei gültig. Ausgenommen ist die Übernahme einer Busse. Der Gläubiger ist nicht beteiligt und kann auch keine Rechte daraus ziehen.
- Externe, **privative Schuldübernahme**: Das ist der Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Übernehmer (OR 176 ff.). Der bisherige Schuldner wird befreit. Diese Schuldübernahme stellt sowohl ein Verpflichtungs- als auch ein Verfügungsgeschäft dar. Die Nebenrechte bleiben vom Schuldnerwechsel unberührt (OR 178 I). Dem Neuschuldner stehen grundsätzlich alle Einreden und Einwendungen zu, die der bisherige Schuldner hat geltend machen können (OR 179 I), nicht aber neue Einreden oder Einwendungen des Altschuldners nach dem Schuldnerwechsel (OR 179 III). Die alte Verpflichtung lebt wieder auf, wenn die Schuldübernahme mangelhaft war bzw. wenn sie unwirksam ist (OR 180 I).
- **Kumulative Schuldübernahme**: Hier tritt ein Dritter für den Schuldner als solcher hinzu. Abzugrenzen ist die kumulative Schuldübernahme von der Bürgschaft; bei der Auslegung können sich daher Schwierigkeiten ergeben. Für den Schuldbeitritt bedarf es ein erkennbares eigenes wirtschaftliches oder rechtliches Interesse des Beitretenden.

Nach OR 183 bleiben die besonderen Bestimmungen für die Schuldübernahme bei Erteilung und Veräußerung verpfändeter Grundstücke vorbehalten (vgl. ZGB 639, 832 II).

## 2. Besonderer Teil

### 2.1. *Kauf*

#### 2.1.1. Fahrniskauf

##### a) *Allgemeines*

###### i. Begriff

Das Gesetz enthält keine Definition und legt in OR 184 I lediglich die Rechte und Pflichten der Parteien fest. Der Kauf ist die entgeltliche Übertragung einer Sache oder eines Rechts (**Austausch von Ware gegen Geld Zug um Zug**, vgl. OR 184 II). Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm Eigentum daran zu verschaffen. Der Käufer ist zur Bezahlung des Preises verpflichtet.

###### ii. Abgrenzung

Im Gegensatz zum Werkvertrag handelt es sich beim Kauf um **serienmässige Gegenstände**. Der Unterschied spielt in der unterschiedlichen Gefahrtragung und in der verschiedenartigen Regelung der Sachmängelgewährleistung (z.B. Nachbesserung, OR 368) eine Rolle.

Beim Kaufsrecht handelt es sich um eine Kaufoption. Der Käufer hat ein Gestaltungsrecht; es besteht Identität mit einer bindenden Offerte.

Beim Patentkauf führt die Patentnichtigkeit nicht zur Ungültigkeit des Kaufvertrages, sondern hat der Verkäufer nach OR 192 Gewähr zu leisten. Dies weil ein Dritter Eigentum am Patent geltend macht. Der Verkäufer haftet in **analoger** Anwendung von OR 171.

###### iii. Kaufgegenstand

Das Gesetz spricht von Sachen und Rechten. Verkauft werden können aber auch sonstige Rechtsgüter wie Know-How, Geschäftsgeheimnisse, Sach- oder Rechtsgesamtheiten etc. Es können auch nicht bestehende Sachen verkauft werden.

Eine wichtige Unterscheidung besteht zwischen dem Stück- und Gattungskauf. Beim Stückkauf haben sich die Parteien auf einen konkreten Kaufgegenstand geeinigt, beim Gattungskauf auf einen Gegenstand mit bestimmten Merkmalen. Die Unterscheidung spielt bei der Gefahrtragung (OR 185 II) und der Abgrenzung zwischen Sachmängelhaftung und Nichterfüllung (OR 206) eine Rolle.

Der Kaufgegenstand muss wie der Kaufpreis bestimmbar sein (vgl. OR 212). Der Preis muss in Geld bestehen. Er muss in den Schranken des KG, von OR 21 und OR 24 gerecht sein. Forderungen aus dem Kleinvertrieb von geistigen Getränken (OR 186) können vom kantonalen Recht als unklagbar bezeichnet werden.

#### iv. **Gattungskauf**

Der Verkäufer hat hier die Pflicht der **Leistung mittlerer Qualität** (OR 71 II). Erfüllungsort ist der Wohnsitz des Schuldners. Den Verkäufer trifft eine Beschaffungspflicht; wenn die noch nicht ausgesonderten Gattungssachen untergehen, wird er nicht befreit. Z.B. kriegsbedingte Lieferschwierigkeiten entbinden ihn aber von dieser Pflicht. Unmöglichkeit liegt ferner bei einer begrenzten Gattungsschuld (Vorratsschuld) vor.

Gemäss OR 206 I hat der Käufer neben dem Wandlungs- und Minderungsanspruch als dritte Wahlmöglichkeit einen Anspruch auf Nachlieferung mangelfreier Ware. Beim Platzkauf hat dieses Recht auch der Verkäufer (OR 206 II).

Liefert der Verkäufer eine andere Sache als die Vereinbarte, handelt es sich nicht um eine Schlechtlieferung (peius), sondern um eine Falschlieferung (aliud). Der Erfüllungsanspruch besteht weiter fort, der Käufer kann nach OR 107 und 190 vorgehen. **Ein Rücktritt kann nicht über 206 I, sondern über 107 erfolgen; eine Nachfristansetzung ist also zwingend nötig.** Den Käufer trifft bei einem aliud ferner keine Prüfungsobliegenheit nach OR 201 I, und es besteht nicht die Verjährungsfrist nach OR 210. Abschliessend ist beim Schadenersatz nach OR 97 ff. vorzugehen, und nicht nach OR 208.

#### v. **Eigentumsvorbehalt**

Mit einem Eigentumsvorbehalt sichert sich der vorleistende Verkäufer den Kaufpreisanpruch. Nach ZGB 715 f. ist für den Vorbehalt der Eintrag ins Register notwendig, ansonsten geht das Eigentum nach ZGB 714 unbelastet über. Die sachenrechtliche Wirkung des Vorbehaltes besteht in der aufschiebend bedingten Übereignung. Schuldrechtlich ist die Anwendung von OR 214 II wegbedungen, d.h. es erfolgt kein Rücktritt. Die Wirkung des Eintrages ist konstitutiv. Die erfolgte Eintragung wirkt gegenüber Dritten, der Verkäufer kann die Sache daher im Konkurs aussondern. Die Eintragung schliesst indessen einen gutgläubigen Erwerb nach ZGB 933 nicht aus, d.h. der Dritte ist nicht verpflichtet, nach einem allfälligen Eigentumsvorbehalt im Register zu suchen.

### b) ***Pflichten der Parteien***

#### i. **Pflichten des Verkäufers**

Er hat die Pflicht zur Übergabe des Besitzes. Dies geschieht nach ZGB 922 oder mittels eines Übergabesurrogats. Der Ort der Übergabe richtet sich nach dem Erfüllungsort (OR 74). Ferner hat der Verkäufer die Pflicht, dem Käufer das Eigentum zu verschaffen (per Tradition, ZGB 714 i.V.m. 922). Die **Übergabe ist das kausale Verfügungsgeschäft.**

Als Nebenpflicht muss der Verkäufer die Kosten des Messen und Wägens übernehmen (OR 188) und ihn trifft beim Versendungskauf eine Verpackungspflicht. Bis zur Übergabe muss hat der Verkäufer eine Pflicht zur sorgfältigen Aufbewahrung. Ist der Verkäufer ein

Fachmann, wird ausserdem eine **Aufklärungspflicht** bejaht. Diese kann sich auch aus den Umständen ergeben.

## ii. Pflichten des Käufers

Er hat die Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises (OR 184 I) und muss als Obliegenheit die Kaufsache annehmen (OR 211). Schuldnerverzug tritt erst ein, wenn er den Kaufpreis nicht bezahlt. Der Käufer hat dann die Rechte nach OR 214 und 107 ff.

Als Nebenpflicht trägt der Käufer die Transportkosten (OR 189), sowie die Kosten der Beurkundung und der Abnahme (OR 188). Die Untersuchung der Kaufsache ist eine blosse Obliegenheit (OR 201 I).

## c) *Gefahrtragung und Verzug*

### i. Gefahrtragung

Gemäss OR 185 I **geht die Gefahr in Abweichung von anderen Instituten bereits bei Abschluss des Kaufvertrages auf den Käufer über**, also wenn der Verkäufer immer noch Eigentum an der Sache hat. Das ist eine Abweichung vom Grundsatz von OR 119 I und II, dass der Schuldner bei nachträglich unverschuldeter Unmöglichkeit frei wird und die Gegenleistung verliert (OR 119 III). Falls ein stellvertretendes commodum vorhanden ist, hat der Käufer aber Anspruch auf dieses (vgl. VVG 54).

Da die Vorschrift rechtspolitisch verfehlt ist, bestehen **mehrere Ausnahmen**. Vorerst ist die Anwendung von OR 185 I nur beim Stückkauf (und bei der ausgesonderten Gattungsschuld) und nur bei der Holschuld anwendbar. Ausserdem geht beim Schuldnerverzug die Haftung (nicht die Gefahr) auf den Schuldner über (OR 103 I), der Schuldner haftet auch für den Zufall. Beim Mehrfachverkauf geht die Gefahr beim zweiten Vertragsschluss wieder auf den Verkäufer über (**besondere Verhältnisse**, OR 185 I). Bei der Wahlschuld kann der Verkäufer ferner nicht die untergegangene Sache wählen (OR 72). Besondere Verhältnisse liegen auch vor, wenn der Verkäufer z.B. die Inzahlungnahme eines Gebrauchtwagens entgegennimmt. OR 185 ist dispositiv.

Beim Versendungskauf (Schickschuld) geht die Gefahr erst bei Übergabe der Sache an den Frachtführer (OR 440 ff.) über. Hier ist ausserdem das Institut der Drittschadensliquidation anwendbar.

### ii. Verzug

Für den kaufmännischen Verkehr stellt das Gesetz in OR 190 f. Sonderregeln auf. Für den nichtkaufmännischen Verkehr gilt nur OR 107. Die Abgrenzung ist schwierig; **sobald die Sache für den Privatgebrauch gekauft wird, ist jedenfalls kaufmännischer Verkehr ausgeschlossen**.

OR 190 I stellt beim Fixgeschäft die Vermutung auf, dass der Käufer auf die Leistung verzichtet und Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt. Es handelt sich nicht um einen Rücktritt, denn der Vertrag besteht weiter. Ein Bestehen auf die Leistung muss sofort angezeigt werden (OR 190 II). Der Schadenersatz ist in OR 191 geregelt. Der Käufer kann den objektiven Verkehrswert der Sache geltend machen, wenn dieser höher als der

Preis ist. Stattdessen kann er auch auf den subjektiven Wert bestehen. Möglich ist auch eine konkrete Schadensberechnung (vgl. OR 191 II).

Zahlt der Käufer den Kaufpreis nicht, hat der Verkäufer die Möglichkeit, nach OR 214 zurückzutreten oder Schadenersatz zu fordern. Für den kaufmännischen Verkehr gilt OR 215 I, für den nichtkaufmännischen Verkehr OR 107 II. Der wichtigste Unterschied zwischen OR 214 und 107 besteht darin, dass der Verkäufer keine Nachfrist setzen muss. Dem Käufer ist bei Rücktritt Anzeige gemacht werden (OR 214 II). Für den Kreditkauf vgl. OR 214 III.

Im kaufmännischen Verkehr kann der Verkäufer den Schadenersatz in Höhe der Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und einem tatsächlich durchgeführten Deckungskauf berechnen (OR 215 I). Die abstrakte Schadensberechnung bei Börsen- oder Marktpreisen nach OR 215 II ist nicht auf den kaufmännischen Verkehr beschränkt.

#### *d) Rechtsmängelhaftung*

Die Rechtsmängelhaftung ist in OR 192-196 geregelt. Es handelt sich um eine verschuldensunabhängige Haftung. Entgegen dem Wortlaut von OR 184 I ist der Verkäufer **nicht zur Eigentumsverschaffung verpflichtet, sondern er haftet nur für Eviktion** (Entwehrung, OR 192 I).

Die Voraussetzungen sind, dass der Rechtsmangel schon bei Vertragsschluss bestanden hat und die Sache dem Käufer übergeben worden ist (OR 192 I). Kommt es durch die Entwehrung zum Prozess, **muss der Käufer dem Verkäufer den Streit verkünden** (OR 193). Unterlässt er dies, wird der Verkäufer frei, sofern er nachweisen kann, dass das Ergebnis des Prozesses bei Streitverkündung günstiger ausgefallen wäre. Die Eviktionshaftung ist ausgeschlossen, wenn der Käufer die Gefahr kannte (OR 192 II), und sie kann auch vertraglich wegbedungen werden, sofern keine Arglist vorliegt (OR 192 III). Die Entwehrung ist auch ohne Prozess möglich, vgl. OR 194.

Der Käufer kann bei Entwehrung die Rückerstattung des Kaufpreises nebst Zinsen unter Anrechnung der Früchte und Nutzungen verlangen, sowie Verwendungsersatz und die weiteren unmittelbar verursachten Kosten wie die Prozesskosten (OR 195 I). Der entgangene Gewinn kann der Käufer nur bei Verschulden des Verkäufers verlangen (OR 195 II). Bei teilweiser Eviktion siehe OR 196.

Die praktische Bedeutung der Rechtsmängelhaftung wird durch die Möglichkeit des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs nach ZGB 933 stark reduziert. **Es verbleiben darum die Fälle, in denen der gutgläubige Erwerb wegen fahrlässiger Unkenntnis ausscheidet** (ZGB 3 II). Die Rechtsmängelgewährleistung ist erst bei positiver Kenntnis ausgeschlossen (OR 192 II). Ein weiterer Anwendungsbereich sind die Fälle der abhanden gekommenen Sachen innerhalb der Fünfjahresfrist (ZGB 934 I). Nutzt der Dritte sein Lösungsrecht aus ZGB 934 II, hat der Käufer bloss die Möglichkeit, den zusätzlichen Schaden beim Verkäufer geltend zu machen.

Abgrenzungsschwierigkeiten zur Sachmängelhaftung können sich dann ergeben, wenn eine rechtliche Eigenschaft der Sache fehlt, so z.B. wenn sie nicht den gesetzlichen Sicherheitsvorschriften entspricht. Es liegt trotzdem ein Sachmangel vor. OR 97 ff. steht in alternativer Konkurrenz zur Rechtsmängelhaftung, wie auch ein Vorgehen nach OR 23 ff.

## e) *Sachmängelhaftung*

### i. **Sachmangel**

Ein Sachmangel ist ein Fehler (körperlicher oder rechtlicher Mangel) und ein Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft. Er ist also die **ungünstige Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit**. Probleme können sich bei der Abgrenzung von aliud und peius ergeben. So ist bspw. eine Ente gegenüber einer Gans nur bei einer Gattungsschuld ein aliud; wird eine bestimmte Gans verkauft, und handelt es sich in Wahrheit um eine Ente, liegt ein Sachmangel vor.

Bei Grundstücken ist die Unbebaubarkeit wegen öffentlichrechtlicher Bauverbote ein Mangel, bei Unternehmen das Fehlen von Inventar, Maschinen etc., sowie ein zugesicherter Ertrag oder Umsatz.

Massgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung ist der Gefahrenübergang, d.h. beim Stückkauf der Vertragsschluss, beim Gattungskauf die Aussonderung und beim Grundstück die Überschreibung. Der Mangel muss erheblich sein, für unerhebliche Mängel haftet der Verkäufer nicht.

Praktisch von Bedeutung sind zugesicherte Eigenschaften. Fehlen diese, stellen sie auch dann einen Sachmangel dar, wenn sie objektiv nicht erheblich sind. Die Zusicherung muss nicht in der vertraglichen oder gesetzlichen Form ergehen.

### ii. **Voraussetzungen der Geltendmachung**

Den Käufer trifft eine Prüfungs- und Rügeobliegenheit (OR 201 I). Unterlässt er diese, gelten die Mängel als genehmigt (OR 201 II). Versteckte Mängel muss er direkt melden (OR 201 III). Da die Unterlassung der Prüfung und Rüge Rechtsnachteile für den Käufer in sich birgt, stellt sie eine Obliegenheit dar. Die Anwendung von OR 97 ff. und OR 41 setzt ebenfalls ein Vorgehen nach OR 201 voraus, nicht jedoch eine Irrtumsanfechtung.

Der Umfang ergibt sich aus der Übung. Kennt der Käufer den Mangel bei Vertragsschluss, ist die Gewährleistung dafür ausgeschlossen (OR 200). Die Gewährleistung kann auch vertraglich ausgeschlossen werden (OR 199). Meist wird stattdessen ein Nachbesserungsrecht vorgesehen („Garantie“). Freizeichnungsklauseln sind restriktiv auszulegen; „Volle Fabrikgarantie, weitergehende Ansprüche ausgeschlossen“ bergen daher keine Beschränkungen in sich. **Bei Ausschluss der Sachmängelhaftung ist auch ein Vorgehen nach OR 97 ff. und OR 41 nicht mehr möglich, ein solches nach OR 24 aber schon** (umstritten).

Die Gewährleistungsansprüche verjähren innert einem Jahr (OR 210 I), bei Grundstücken und Gebäuden innert fünf Jahren (OR 219 III). Die Verjährung gilt für alle Ansprüche aus Sachmängeln, also für Wandlung, Minderung und Schadenersatz, ebenso für den Nachlieferungsanspruch beim Gattungskauf (OR 206 I) sowie für den vertraglich vereinbarten Nachbesserungsanspruch und zugesicherten Eigenschaften. Die Normen sind dispositiv; eine Verlängerung über zehn Jahre ist aber gemäss h.L. nicht zulässig. Eine kürzere Garantiefrist bezieht sich nur auf die Rügefrist. Ein Mangel kann aber nach Eintritt der Verjährung durch Einrede geltend gemacht werden (OR 210 II).

Ob bei Wahl der Minderung danach noch gewandelt werden kann (und umgekehrt), ist strittig. Bei Streitigkeiten aus dem Kaufvertrag findet im Übrigen zwingend bis zu einem Streitwert von CHF 8'000.- ein Vermittlungsverfahren statt (EG OR 6bis). Für den Viehkauf siehe OR 202 sowie EG OR 2.

### **iii. Nachbesserung**

Obwohl Lehrmeinungen den Nachbesserungsanspruch aus ZGB 2 ziehen, ist er im Kaufrecht nicht anerkannt. Er muss vereinbart werden; dies ist natürlich auch konkludent möglich. Auf den Nachbesserungsanspruch sind OR 102 und 107 ff. anwendbar. Das Nachbesserungsrecht kleinerer Mängel des Verkäufers ergibt sich gemäss einhelliger Lehre aus ZGB 2.

### **iv. Wandlung**

Die Wandlung (OR 205 I) ist die Rückgängigmachung des Kaufes; sie erfolgt Zug um Zug. Beide Parteien sollen so gestellt werden, wie wenn sie den Vertrag nicht geschlossen hätten. Der Käufer muss die bezogenen Nutzungen zurückgeben (OR 208 I), der Verkäufer muss den verzinnten Kaufpreis zurückerstatten, wie auch allfällige Prozesskosten. Der Käufer erhält auch Ersatz des unmittelbaren Schadens (OR 208 II, nicht aber bei Minderung!).

Bei verderblicher Ware ist der Käufer gegebenenfalls verpflichtet, diese zu verkaufen (OR 204 III), nichtverderbliche Ware hat er aufzubewahren (OR 204 I, die zuständige Amtsstelle ist der Betreibungsbeamte [EG OR 3]). Die Wandlung ist eine ex nunc wirkende vertragliche Rückgewährung (vgl. ZGB 938 ff.).

Die Wandlung ist ausgeschlossen bei Weiterveräußerung, Weiterverarbeitung oder Untergang infolge Verschuldens des Käufers. Der Käufer kann nur Minderung verlangen (OR 207 III). Hat der Abnehmer seinerseits gewandelt, ist OR 207 III aber nicht anwendbar. Der Untergang einer Sache infolge des Mangels oder Zufalls schliesst Wandlung nicht aus. Für die Wandlung mehrerer Sachen siehe OR 209.

### **v. Minderung**

Der Käufer hat grundsätzlich die Wahl zwischen Wandlung und Minderung. Wenn die Wandlung aber für den Verkäufer zu hart ist, kann der Richter zwingend Minderung zusprechen (OR 205 II).

Die Berechnung der Minderung erfolgt entweder nach der relativen Methode oder der absoluten Methode. Letztere berücksichtigt nicht einen günstigen Kaufpreis, erstere schon. Ist die Sache völlig wertlos, ist nur Wandlung möglich (OR 205 III).

### **vi. Schadenersatz**

Der Schadenersatz ist in OR 208 geregelt. Bei unmittelbaren Schäden besteht eine Kausalhaftung (OR 208 II), bei mittelbaren Schäden eine Verschuldenshaftung. Die Abgrenzung ist schwierig. Sie bezieht sich jedenfalls auf die Länge der Kausalkette und ist im Einzelfall zu treffen. Der entgangene Gewinn ist nach OR 208 III zu ersetzen. ZGB 208 III ist OR 97 nachgebildet, der Verkäufer muss sich selber exkulpieren (Beweislastumkehr).



## *f) Konkurrenzen*

**OR 97 ff. kommt konkurrierend zur Anwendung**, doch OR 201 und 210 sowie 199 müssen befolgt werden. Zu beachten ist, dass die Verletzung von Nebenpflichten ausschliesslich unter OR 97 ff. fällt. **Konkurrierend ist auch OR 41 anwendbar** ebenfalls unter Beachtung von OR 201, 210 und 199.

Schadenersatzansprüche aus dem Produkthaftungspflichtgesetz sind ebenfalls konkurrierend anwendbar, doch wird hier nur für Folgeschäden haftet, während Schäden am Produkt selbst ausschliesslich unter die Sachgewährleistung nach OR 197 ff. fallen (PrHG 1 II). Ferner fallen nur die privat genutzten Sachen unter das PrHG. Eine Haftung nach PrHG ist nicht wegbedingbar (PrHG 8), die Verjährung beträgt drei Jahre (PrHG 9). Die Irrtumsanfechtung wegen Grundlagenirrtums ist ebenfalls konkurrierend möglich.

## **2.1.2. Grundstückkauf**

### *a) Allgemeines*

Der Grundstückkauf ist in OR 216-221 geregelt. Die wichtigste Besonderheit ist das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung. Ausserdem kann der Grundstückserwerb durch öffentlichrechtliche Vorschriften beschränkt sein. Zu nennen sind vor allem BGG 61-69 und der Grundstückserwerb von Ausländern (BewG; vgl. dazu auch das EG BewG).

Grundstücke sind neben Liegenschaften auch Bergwerke, Miteigentumsanteile an Grundstücken und im Grundbuch aufgenommene selbständige und dauernde Rechte (ZGB 655).

### *b) Öffentliche Beurkundung*

Das ist die Aufzeichnung rechtserheblicher Tatsachen oder rechtsgeschäftlicher Erklärungen durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betraute Person, in der vom Staat geforderten Form und in dem dafür vorgesehenen Verfahren. Die Zuständigkeit, die Art und Weise fällt in die Kompetenz des kantonalen Gesetzgebers (SchIT 55 II, vgl. EG ZGB 3 ff.).

Der Zweck ist der Übereilungsschutz, die Inhaltsklarheit (ZGB 965 I und III, GBV 18) und die Beweisfunktion (ZGB 9).

Beurkundungspflichtige Geschäfte sind Vorverträge, Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte (OR 216 II) und das eigentliche Verpflichtungsgeschäft. Nach dem Verpflichtungsgeschäft kann dieses wie das Kaufrecht (vgl. ZGB 959, OR 216a) im Grundbuch durch den Richter vorgemerkt werden (ZGB 960 I 1.). Will man nicht den Richter anrufen, muss neben dem Kaufvertrag noch ein Kaufrechtsvertrag geschlossen werden. **Nicht beurkundungspflichtig ist das unlimitierte Vorkaufsrecht**, bei dem der Kaufpreis nicht zum Voraus bestimmt ist (OR 216 III). Schriftform genügt auch für die Errichtung einer Grunddienstbarkeit (ZGB 732), gerichtliche Vergleiche und Scheidungsvereinbarungen, sowie bei öffentlichen Versteigerungen (OR 229 II, 235).

Umfangmässig müssen der **Preis, das Grundstück, die Parteien, der Verpflichtungsgrund und die subjektiv wesentlichen Punkte beurkundet werden**. Zum Preis gehören auch die Zahlungsbedingungen (z.B. die Übernahme von Grundpfandrechten). Beurkundungspflichtig ist auch eine Bauverpflichtung. Bei der Vereinbarung eines Pauschalpreises für Grundstück und Werkleistung muss der ganze Betrag beurkundet werden. Anzugeben ist ferner ein allfälliges Vertretungsverhältnis. Eigenschaftszusicherungen bedürfen nicht der öffentlichen Beurkundung.

**c) *Rechtsfolge eines Formmangels***

Wenn Grundstückkaufverträge nicht oder nicht richtig beurkundet sind, sind sie nichtig (OR 216, ZGB 657 i.V.m. OR 11 II). Die Berufung auf den Formmangel ist rechtsmissbräuchlich, wenn von beiden Parteien freiwillig und irrtumsfrei erfüllt worden ist, wenn der Formmangel arglistig herbeigeführt wurde, oder wenn die Berufung zweckwidrig ist. Letzteres ist bei der Simulation von Bedeutung; das simulierte Geschäft ist nach OR 18 nichtig, da es nicht gewollt war (OR 18). Das formmässig mangelhafte Geschäft ist gültig, da die Berufung auf den Formmangel rechtsmissbräuchlich wäre.

**d) *Eigentums- und Gefahrübergang***

Das Eigentum geht mit der Eintragung ins Grundbuch über (ZGB 656, vgl. 963, 972, der Tagebucheintrag ist schlussendlich massgebend). Da das Verfügungsgeschäft kausal ist, führt ein Mangel beim Verpflichtungsgeschäft dazu, dass mittels Klage nach ZGB 975 das Grundbuch berichtigt werden kann.

Abweichend von OR 185 stellt OR 220 die Vermutung auf, dass Nutzen und Gefahr erst mit dem vereinbarten Zeitpunkt der Übernahme des Grundstücks übergehen. Da der Übergabezeitpunkt zumeist im Vertrag geregelt ist, kommt OR 185 I kaum je zur Anwendung.

**e) *Gewährleistung***

OR 219 ist eine Sondervorschrift, welche die Haftung für die Grundstücksgrösse betrifft (Abs. 1 gilt nur dort, wo kein Grundbuch existiert). OR 219 ist für den Fall, dass das Grundbuch eine zu kleine Fläche angibt nicht zugunsten des Verkäufers anzuwenden. Die Frist nach OR 219 III (fünf Jahre) fängt beim Grundbuchantrag an.

Für Mängel oder Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft kommen nach OR 221 die Vorschriften über den Fahrniskauf zur entsprechenden Anwendung. Freizeichnungsklauseln sind restriktiv zu interpretieren.

Fälle der Rechtsgewährleistung sind durch den gutgläubigen Erwerb nach ZGB 973 selten. Geschützt wird der gute Glaube in Bezug auf einen Eintrag im Grundbuch, und hinsichtlich der Vollständigkeit und Richtigkeit des Grundbuches.

**Bauverbote stellen einen Sachmangel dar**, sowie auch die Lage in einem Hochwassergebiet oder Lawinengebiet.

### 2.1.3. Besondere Arten des Kaufes

#### a) *Kauf nach Muster und auf Probe*

OR 222 regelt den Kauf nach Muster. Das ist ein Kauf, bei dem die Eigenschaften des Musters zugesichert sind. OR 223 ff. beinhalten den Kauf auf Probe. Er ist ein bedingter Kauf, die Bedingung ist die Genehmigung der Kaufsache. Fallweise kann auch ein Kauf mit Umtauschvorbehalt vorliegen

#### b) *Teilzahlungsgeschäfte/Konsumkreditgesetz*

OR 226 ff. wurden durch das Konsumkreditgesetz ersetzt. Für Einzelheiten vergleiche das ausführliche Gesetz.

#### c) *Versteigerung*

##### i. Begriff

Das ist ein Kauf, bei dem der Auktionator unter den Kaufinteressenten einen Wettbewerb veranstaltet, indem er demjenigen, der nach gegenseitigem Überbieten das höchste Gebot leistet, den Zuschlag erteilt. Davon ist die Submission zu unterscheiden, welche kantonal geregelt ist.

OR 229 ff. beziehen sich auf öffentlich angekündigte, private freiwillige Versteigerungen (OR 229 II). Diese Art der Versteigerung darf nur von jemandem durchgeführt werden, der zur öffentlichen Beurkundung eines Grundstückkaufes befugt ist (EG OR 5 I, vgl. EG ZGB 3 ff.). Der Leiter („Auktionator“) darf indes frei gewählt werden (EG OR 5 III). Die Zwangsversteigerung richtet sich nach SchKG (OR 229 I); bei ihr ist die Gewährleistung auf Fälle der Zusicherung und der absichtlichen Täuschung beschränkt (OR 234 I).

Beteiligte sind der Veräusserer, der Auktionator und die Bieter. Der Auktionator handelt im eigenen Namen für fremde Rechnung (vgl. OR 229 III).

##### ii. Besonderheiten

Der Vertragsschluss kommt durch Zuschlag zustande (OR 229 II). Das Steigerungsprotokoll ersetzt die öffentliche Beurkundung, sofern es einer solchen bedarf (OR 235 II). Sofern nichts anderes vereinbart ist, hat der Meistbietende sofort mit Bargeld zu bezahlen, sonst kann der Anbieter zurücktreten (OR 233). In den Auktionsbedingungen kann jede Gewährleistung ausgeschlossen werden, mit Ausnahme der Haftung für absichtliche Täuschung (OR 234 III), also gleich wie bei OR 199.

Die Auktion kann innert zehn Tagen von jedermann, der ein Interesse hat, angefochten werden, wenn der Auktionator oder die Bieter in rechts- oder sittenwidriger Weise gehandelt haben (OR 230, z.B. ein Scheinbieter, vgl. dazu auch EG OR 6. Die Streitigkeit wird im beschleunigten Verfahren vor dem Gerichtspräsidenten behandelt [EG OR 6 II i.V.m. ZPO 11]). Die Anfechtung

nach OR 23 ff. und OR 28 ist aber dadurch nicht ausgeschlossen. Bei der Frist von OR 230 ist der Tag der Versteigerung nicht mitzuzählen (OR 77 I 1). Der Kanton kann weitere Bestimmungen über die öffentliche Versteigerung aufstellen (OR 236).

#### 2.1.4. Tausch

Die Besonderheit liegt darin, dass jede Partei sowohl Käufer als auch Verkäufer ist. Deshalb kommen nach OR 237 die Vorschriften des Kaufes zur Anwendung. Für die Gewährleistung bestimmt OR 238, dass bei vollständiger Entwehrung oder Wandelung wegen eines Sachmangels die geschädigte Partei die Wahl hat, Schadenersatz oder die getauschte Sache zurückzufordern.

Bei Nichterfüllung und Verzug kann der Geschädigte entweder auf den Leistungsaustausch beharren und vollständigen Ersatz in Geld fordern, oder die eigene Leistung behalten und Differenz verlangen.

#### 2.1.5. Schenkung

##### a) *Begriff*

Die Schenkung ist der Vertrag über eine **unentgeltliche Zuwendung aus dem Vermögen des Schenkers in das Vermögen des Beschenkten** (OR 239 I i.V.m. 244). Gleichgültig ist, ob eine Vermehrung der Aktiven oder eine Verminderung der Passiven herbeigeführt wird, unerlässlich ist aber ein Kausalzusammenhang zwischen Bereicherung und Vermögensverminderung, da sonst der Erbgang ebenfalls eine Schenkung darstellen würde. Der Rechtsgrund ist eine Schenkung, und kein anderer (Schenkungsabsicht, *causa donandi*). Der Übergang zur gemischten Schenkung und zum z.B. Kauf ist freilich fliessend. Ein sogenannter Freundschaftspreis stellt jedenfalls üblicherweise keine gemischte Schenkung dar.

Das Motiv des Schenkers ist unwesentlich. Es muss eine Vereinbarung vorliegen, bzw. eine Offerte und ein Akzept, denn die Schenkung bedarf der Annahme (OR 244). Der Schenker muss handlungsfähig sein, der Beschenkte bloss urteilsfähig, sofern er nur Vorteile erwirbt.

##### b) *Arten der Schenkung*

###### i. **Schenkungsversprechen**

Der Schenkungsvertrag heisst Schenkungsversprechen. Schriftlichkeit (OR 243 I) ist erforderlich; wobei die Schenkungsabsicht aus der Urkunde selbst hervorgehen muss. **Wird eine Liegenschaft verschenkt, muss das Schenkungsversprechen öffentlich beurkundet werden** (OR 243 II, vgl. OR 242 II und III).

Die Erfüllung des Schenkungsversprechens heilt einen allfälligen Formmangel (OR 243 III). Die Erfüllung geschieht durch Besitzübergang.

Die Ausstellung eines Verlustscheines gegen den Schenker und die Eröffnung des Konkurses über dessen Vermögen heben von Gesetzes wegen jedes Schenkungsversprechen auf (OR 250 II). Das Schenkungsversprechen kann auch widerrufen werden (OR 250 I Ziff. 1-3).

#### ii. **Schenkung von Hand zu Hand**

Das ist diejenige Schenkung, bei der der Vertragsschluss und die Vollziehung der Schenkung zeitlich zusammenfallen. Dadurch bedarf diese Art der Schenkung keiner Form (vgl. OR 243 III).

#### iii. **Schenkung als Auflage**

Bei der Schenkung als Auflage hat der Schenker eine Nebenbestimmung an die Schenkung geknüpft (OR 245 I). **Der Schenker hat einen Erfüllungsanspruch für die Auflage, doch kann er nicht die Schenkung daran binden.** Wenn die Vollziehung der Auflage im öffentlichen Interesse liegt (OR 246 I und II), können auch die Erben des Schenkers sie verlangen, oder allenfalls der Regierungsrat (EG OR 7). Bei Nichterfüllung ist Schadenersatz geschuldet (OR 249 3.). Übersteigt die Auflage die Schenkung, kann der Beschenkte die Vollziehung der Auflage verweigern (OR 246 III).

#### iv. **Schenkung auf den Todesfall**

Sie bindet den Schenker zu Lebzeiten, doch wirkt sie bei seinem Tod als erbrechtliche Zuwendung. Daher sind die erbrechtlichen Regeln über Form, Inhalt, Verfügungsfähigkeit und Verfügungsfreiheit erforderlich (OR 245 II). Da es sich um einen Vertrag handelt, müssen also die Formvorschriften des Erbvertrages erfüllt sein.

Die Schenkung mit Rückfallsrecht bei Vorabsterben des Beschenkten ist in OR 247 I vorgesehen. Sie kann im Grundbuch (bei Liegenschaften oder beschränkten dinglichen Rechten) vorgemerkt werden (OR 247 II).

#### c) ***Wirkungen***

Der Beschenkte kann OR 97 ff. aufrufen. **Bei den Verzugszinsen gilt allerdings die Sonderregel von OR 105** (Zinsen sind erst ab dem Tage der Anhebung der Betreibung oder der Klage geschuldet). Ausserdem ist das Mass der Haftung herabgesetzt (OR 99 II, 248 I). Für Sachmängel oder Rechtsgewährleistung muss sich der Schenker zudem ausdrücklich verpflichten (OR 248 II).

Der Schenker hat besondere Widerrufs- und Rückfallsrechte (OR 249 1. und 2., Straftat gegen den Schenker oder gegen eine diesem nahe verbundene Person, Verletzung familienrechtlichen Pflichten gegenüber dem Schenker oder dessen Angehörigen, Scheidung). Zu beachten ist ausserdem das Rückforderungsrecht bei Auflösung des Verlöbnisses (ZGB 91 I). Änderungen der Vermögensverhältnisse des Schenkers können innerhalb einer Verwirkungsfrist von einem Jahr ebenfalls ein Widerrufsrecht begründen (OR 250). Ist die Schenkung bereits vollzogen, ist umfangmässig nur noch die Bereicherung geschuldet (OR 249, vgl. OR 67 evtl. ist auch OR 109 anwendbar).

## **2.2.      *Miete***

### **2.2.1.    Allgemeines**

#### **a)         *Begriff***

Gemäss OR 253 verpflichtet sich der Vermieter, dem Mieter eine Sache zum Gebrauch zu überlassen, und der Mieter, dem Vermieter dafür einen Mietzins zu leisten. Tatbestandselemente sind daher die Überlassung einer Sache (nicht Recht) zum Gebrauch, die Dauer und der Mietzins.

Parteien sind der Mieter und der Vermieter; die Liegenschaftsverwaltung ist in der Praxis oft nicht Vertragspartei sondern Vertreterin des Vermieters. Der Mieter wird zum Besitzer, weshalb ihm die Rechte aus ZGB 679, 684 ff. und 926 ff. zustehen.

OR 255 unterscheidet bezüglich der Dauer zwischen bestimmten und unbestimmten Mietverträgen. Entgegen ZGB 27 ist die Vereinbarung z.B. einer Miete auf Lebenszeit einer Partei gültig.

#### **b)         *Abgrenzungen***

Die nichtlandwirtschaftliche Pacht erstreckt sich auf eine Sache oder ein Recht, aus dem der Pächter einen Ertrag erzielen kann und soll. Beim Mietvertrag ist die Sache aber unproduktiv. Ein eingerichtetes Café ist ein Pachtobjekt; ist es nicht eingerichtet, liegt eine Miete vor.

Die Nutzniessung und das Wohnrecht sind entgegen der Miete dinglicher Natur. Ein „Mietvertrag“ welcher dem Mieter nach einer gewissen Anzahl Ratenzahlungen das Eigentum an der Mietsache verschafft, ist ein Kaufvertrag. Im Gegensatz zum Hinterlegungsvertrag hat der Mieter ein Gebrauchsrecht.

#### **c)         *Übersicht über die anwendbaren Bestimmungen***

Massgeblich ist in erster Linie der Vertrag, unter Vorbehalt der zwingenden Gesetzesbestimmungen. Es gibt zahlreiche absolut zwingende (z.B. OR 263), relativ zwingende (z.B. OR 258-259i) und der Dispositionsfreiheit entzogene Bestimmungen (z.B. OR 274-274g). Die dispositiven Bestimmungen sind subsidiär. Dem Ortsgebrauch kommt im Mietrecht eine besondere Bedeutung zu, so beim Zeitpunkt der Mietzinszahlung (OR 257c), kleinen Reinigungs- und Unterhaltsarbeiten des Mieters (OR 259) und bei den Kündigungsterminen (OR 266c f.).

Kantonalrechtlich von Bedeutung ist die Vollziehungsverordnung zur Miete und zur Pacht. Sie regelt die Schlichtungsbehörden (eine pro Bezirk [§ 1]), sowie das Verfahren vor dieser. Die Schlichtungsbehörde ist paritätisch ausgestaltet (§ 5), Aufsichtsbehörde ist das Departement Volkswirtschaft und Inneres (§ 7). Für den Ausstand gelten ZPO 2 ff. sinngemäss (§ 8). Die URP ist ausgeschlossen (§ 11).

Die Vollziehungsverordnung zur Miete und zur Pacht regelt im weiteren, dass für bestimmte Streitigkeiten nach dem Schlichtungsverfahren der Gerichtspräsident im summarischen Verfahren (ZPO 289 ff.) zuständig ist (§ 20). Es sind dies: die Hinterlegung und weitere Ansprüche des Mieters oder Pächters bei Mängeln der Miet- oder Pachtsache und Erneuerungs- oder Änderungsarbeiten am Miet- oder Pachtobjekt; die Missbräuchlichkeit von Miet- oder Pachtzinsen oder anderen Forderungen des Vermieters oder Verpächters; die Rechtmässigkeit der Kündigung, die Erstreckung des Vertragsverhältnisses und die Zulässigkeit der **Ausweisung**. Auf die übrigen Streitigkeiten aus der Miete und nichtlandwirtschaftlichen Pacht unbeweglicher Sachen findet das beschleunigte Verfahren gemäss den sachlichen Zuständigkeitsregeln der Zivilprozessordnung (ZPO 11 f., 88) Anwendung.

#### *d) Geltungsbereich*

**Das Mietrecht gilt für alle Mietverhältnisse über Liegenschaften in der Schweiz, ungeachtet des Wohnortes oder der Nationalität** (vgl. aber IPRG 119). Der Mietvertrag nimmt keinen Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen vor. Nur einzelne Bestimmungen beziehen sich speziell für bestimmte Sachen (vgl. z.B. OR 253a). Andere Bestimmungen sind ihrer Natur nach nur für bestimmte Sachen geeignet.

**Wohnräume** sind geschlossene Räumlichkeiten, die Wohnzwecken dienen und dafür gemietet worden sind. Luxuriöse Wohnungen und Häuser mit sechs oder mehr Wohnräumen sowie Wohnungen, die mit öffentlicher Hilfe erstellt worden sind, unterstehen gemäss OR 253b nicht den Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen (OR 269 ff.). Auch Ferienwohnungen bis drei Monate Mietdauer unterstehen nicht den Bestimmungen für Wohn- und Geschäftsräume (OR 253a II). **Geschäftsräume** sind Räume, in denen ein Beruf oder Gewerbe ausgeübt wird, die von einem Unternehmen genutzt werden, oder in denen eine Aktivität mit ideeller Zielsetzung verfolgt wird. Wohn- und Geschäftsräumen sind Sachen gleichgestellt, die der Vermieter zusammen mit diesen Räumen dem Mieter zum Gebrauch überlassen hat (OR 253a I).

#### *e) Behörden und Verfahren*

Die Kantone sind frei, in Mietsachen die zuständigen Behörden zu bezeichnen (OR 274). Der Bund hat indessen Verfahrensvorschriften erlassen (OR 274a-274g, 259i und 273). Verfahrensgrundsätze sind der Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache, das einfache und rasche Verfahren, die Untersuchungs- und die Officialmaxime.

Gemäss OR 274a I müssen die Kantone Schlichtungsbehörden einführen. Diese sind paritätisch zu besetzen (OR 274a II). Sie sind für Mietverhältnisse über unbewegliche Sachen (OR 274a I) und die nichtlandwirtschaftliche Pacht zuständig (OR 301). Sie beraten, versuchen eine Einigung zu erzielen (OR 274e I) und fällen Entscheide (OR 259i I, 273 IV). Wenn ein Ausweisungsverfahren hängig ist, müssen sie die Anträge des Mieters an die zuständige Behörde überweisen. Abschliessend können die Schlichtungsbehörden auch auf Antrag als Schiedsgericht amten. **Bei Abweisung des Begehren des Mieters auf Ungültigkeit einer Kündigung (OR 271 f.), hat die Schlichtungsbehörde eine Erstreckung des Mietverhältnisses von Amtes wegen zu prüfen** (OR 274e III). Das Verfahren vor der Schlichtungsbehörde ist kostenlos (OR 274d II).

Nach dem Verfahren vor der Schlichtungsbehörde kann innert 30 Tagen der Richter angerufen werden (OR 269d durch Vermieter, 270 f. durch Mieter). Es gilt auch hier die Officialmaxime (OR 274d III) und vorfrageweise müssen zivilrechtliche Fragen beantwortet werden (OR 274f II). Der Streitwert berechnet sich nach den kantonalen Prozessordnungen.

Bei Mietzinsanpassungen ist die Erhöhung pro Jahr mit 20 zu multiplizieren (vgl. aOG 36 V). Bei Anfechtung einer Kündigung ist der Streitwert die Miete bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin. Analoges gilt für die Erstreckung des Mietverhältnisses.

## 2.2.2. Der Mietvertrag

### a) *Abschluss des Mietvertrages*

Der Mietvertrag wird wie jeder andere Vertrag geschlossen (Offerte, Akzept). Das Gesetz sieht keine besondere Form vor. Meist besteht allerdings der (ausdrückliche oder konkludente) Vorbehalt der Schriftlichkeit (OR 16). Dazu bestehen verschiedene private Formulare. Bei diesen sind die AGB-Regeln zu beachten. Beim Vertragsschluss von Familienwohnungen kann der Mietvertrag von beiden Ehegatten einzeln unterzeichnet werden. Eine gemeinsame Unterzeichnung ist aber zu empfehlen.

Gemäss OR 261b I kann der (Unter-) Mietvertrag im Grundbuch vorgemerkt werden. Die Vormerkung bewirkt, dass das Mietverhältnis gegen jeden neuen Eigentümer wirkt, selbst bei dringendem Eigenbedarf (OR 261b II). Der alte Eigentümer bleibt dem Mieter bis zum Ablauf des vorgemerkten Vertrages solidarisch haftbar.

### b) *Übergabe der Mietsache*

Der Mietantritt (OR 256 I) ist der Zeitpunkt der Übergabe oder Bereitstellung der Mietsache. Nicht wesentlich ist die Übernahme der Mietsache durch den Mieter („Einzug“). Das Mietverhältnis beginnt bereits bei Vertragsabschluss. Bei Verspätung des Vermieters kann der Mieter nach OR 107-109 vorgehen. Zu beachten ist dabei das üblicherweise vorhandene **Fixgeschäft. Der Vermieter haftet aber nicht, wenn der Vormieter nicht auszieht, da ihn kein Verschulden trifft. Er muss aber alles unternehmen, um den Vormieter zum Auszug zu bewegen.**

Bei Unmöglichkeit der Übergabe der Mietsache sind OR 20 und OR 97 ff. anwendbar. Ist die Unmöglichkeit vom Mieter zu vertreten (z.B. Krankheit), kann er sich nach den Regeln von OR 264 und 266g von seinen Pflichten befreien. Der Vermieter hat sich allfällige Vorteile anzurechnen (OR 264 III).

### c) *Bestandesaufnahme bei Mietantritt*

Das Verfassen eines Antrittsprotokoll ist nicht obligatorisch, doch sollte es verlangt werden, damit festgestellt werden kann, dass die Mietsache vertragsgemäss übergeben worden ist (vgl. OR 256 I).

Gemäss OR 256a I hat der Vermieter das vorangegangene Rückgabeprotokoll dem Mieter auf dessen Verlangen zur Einsichtnahme vorzulegen. Damit kann der Mieter besser eine Mängelliste erstellen. Der Mieter hat auch ein Auskunftsrecht über den Mietzins des Vormieters (OR 256a II, vgl. die Möglichkeit nach OR 270). Spätere versteckte Mängel sind dem Vermieter unverzüglich mit Vorteil schriftlich per Einschreiben mitzuteilen



## d) *Mängel an der Mietsache*

### i. **Allgemeines**

Der Vermieter ist verpflichtet, die Sache zum vereinbarten Zeitpunkt in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und in demselben zu erhalten (OR 256 I). Er hat daher sowohl für Rechts- als auch Sachmängel einzustehen. **Die Mietsache ist mangelhaft, wenn der Mieter am vertraglich vorgesehenen Gebrauch gehindert oder der Gebrauch der Sache gestört wird** (OR 259a I). Ein Mangel liegt auch vor, wenn zugesicherte Eigenschaften fehlen (z.B. absolute Ruhe). Die ordentliche Abnutzung stellt keinen Mangel dar. Bei anfänglichen Mängeln kommt OR 258 zur Anwendung, bei nachträglichen Mängeln OR 259-259i. Es wird unterschieden:

- Ein **schwerer Mangel** liegt vor, wenn die Tauglichkeit der Mietsache erhebliche geschmälert oder ausgeschlossen ist (OR 258 I, 259b I). Das ist bspw. bei Gefährdung der Gesundheit der Mieter der Fall, oder bei einem kaputten Lift für die oberen Stockwerke.
- Ein **mittlerer Mangel** liegt vor, wenn die Tauglichkeit der Mietsache zum vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigt oder vermindert, aber nicht ausgeschlossen oder erheblich geschmälert ist (OR 258 III a, 259b b, 258d). Beispiele sind das Auftreten von Ungeziefer, ein Defekt an der Waschmaschine oder eine verblasste Tapete.
- Ein **leichter Mangel** kann durch kleine, für den gewöhnlichen Unterhalt erforderliche Reinigungen oder Ausbesserungen behoben werden (OR 259).

### ii. **Pflichten des Mieters**

Der Mieter muss Mängel, die er nicht selber zu beseitigen hat, dem Vermieter melden (OR 257g). Dies folgt auch schon aus der Sorgfaltspflicht des Mieters (OR 257f I). Die Meldepflicht entfällt, wenn der Mieter selber den Mangel beheben muss (Selbstverschulden, leichter Mangel). Die **Meldepflicht** erstreckt sich auch auf diejenigen Mängel, die erst zu erwarten sind. Aus Beweisgründen ist anzuraten, schriftlich zu melden. Die Mitteilung muss nicht sofort geschehen, sondern wenn sich eine Verschlechterung androht.

Einen mittleren Mangel kann der Mieter von sich aus beheben lassen, wenn der Vermieter trotz Meldung nicht tätig wird (OR 259b b). Ab dem Zeitpunkt, an dem die Mitteilung beim Vermieter eintrifft, kann eine Mietzinsherabsetzung verlangt werden (OR 259d). Bei keiner Mitteilung, kann sich der Vermieter u.U. von der Schadenersatzpflicht befreien (OR 259e, **Kausalhaftung!**) oder der Mieter wird selber schadenersatzpflichtig (OR 257g II).

Der Vermieter muss zur Wahrung seiner Eigentumsrechte und im Hinblick auf die Erfüllung seiner Unterhaltspflicht das Vorhandensein eines Mangels an Ort und Stelle überprüfen können. Dazu muss der Mieter ihn dulden (OR 257g II, zwingend). Weigert sich der Mieter dazu, droht ihm sogar die vorzeitige Kündigung (OR 257f III). Die Pflicht zur Duldung von Arbeiten ergibt sich aus OR 257h I und OR 260. Der Vermieter muss die Arbeiten rechtzeitig ankündigen. Bei den Arbeiten ist auf die Interessen des Mieters Rücksicht zu nehmen (OR 257h III).

Leichte Mängel sind vom Mieter auf eigene Kosten zu beheben (OR 259). Welcher Betrag klein ist, kann nicht vom Mietzins abhängig sein. Ein genereller Selbstbehalt ist ebenfalls unzulässig. OR 259 ist relativ-zwingender Natur. Bei Antritt der Mietsache gehen die kleineren Mängel nicht zulasten des einziehenden Mieters (vgl. OR 258 III b).

**e) Rechte des Mieters**

**i. Allgemeines**

Gemäss OR 259a kann der Mieter die Beseitigung des Mangels (OR 259b), die Herabsetzung des Mietzinses (OR 259d) oder Schadenersatz verlangen. Ferner kann er in Ausnahmefällen die Mietzinszahlung einstellen, kündigen oder den Mietzins hinterlegen. Der Mieter kann den Vermieter auch auffordern, den von einem Dritten eingeleiteten Rechtsstreit zu übernehmen (OR 259f). Ein solcher Rechtsstreit liegt nur dann vor, wenn sich der Dritte gegen die Sache wendet (Nachbarrecht, dingliches Recht; nicht aber persönliches Recht gegen den Vermieter!). Die Beweislast liegt beim Mieter.

Obwohl das Gesetz zwischen entstehenden und schon bestandenen Mängeln unterscheidet, sind die Rechtsfolgen dieselben. Bei schweren Mängel ist der Unterschied entweder Rücktritt vom Vertrag bei bestehenden Mängel (OR 107 ff.) oder die fristlose Kündigung bei entstehenden Mängel (OR 259b). Ferner wurde der Unterschied bei schon bestehenden leichten Mängeln bereits genannt (vgl. vorne).

|                         |  |
|-------------------------|--|
| <b>Schwerer Mangel</b>  | Fristlose Kündigung, Hinterlegung, Rechtsweg                   |
| <b>Mittlerer Mangel</b> | Beseitigung auf Kosten des Vermieters, Hinterlegung, Rechtsweg |
| <b>Leichter Mangel</b>  | Selber Beheben, i.d.R. bis CHF 150.- („kleiner Aufwand“)       |

**ii. Beseitigung des Mangels**

Der Mieter hat den Mangel nicht nur dem Vermieter mitzuteilen, sondern ihn zur Behebung aufzufordern. **Mittlere Mängel kann der Mieter auf Kosten des Vermieters beseitigen lassen** (OR 259b b). **Bei schweren Mängeln kann er nur den Mietvertrag kündigen oder den Rechtsweg beschliessen.** Der Mieter hat jeweils kein Recht auf Beseitigung des Mangels, wenn der Vermieter gleichwertigen Ersatz liefert (OR 259c).

**iii. Herabsetzung des Mietzinses und Schadenersatz**

Die Nichtbezahlung des Mietzinses bei Nichtbehebung eines schweren Mangels ist gesetzlich zwar nicht vorgesehen, doch allgemein anerkannt. In Anwendung von OR 259d wird der Mietzins im gleichen Verhältnis herabgesetzt, wie der Mangel den Gebrauchswert des Mietobjektes vermindert. Die Herabsetzung kann aber erst von dem Zeitpunkt her verlangt werden, wenn der Vermieter vom Mangel erfährt. Es ist kein Verschulden des Vermieters nötig.

Schadenersatz ist aus OR 259e geschuldet. Er ist unabhängig von der Erheblichkeit des Mangels geschuldet. Das Verschulden des Vermieters wird vermutet, er kann sich aber exkulpieren. Der Mieter darf den Mietzins nicht eigenhändig zurückbehalten, weil eine Sache mangelhaft ist. Er kann indessen die Einrede der Verrechnung erheben, wenn ihm aus der mangelhaften Sache ein Schaden erwächst.

#### iv. **Hinterlegung des Mietzinses**

Die Hinterlegung des Mietzinses ist in OR 259g geregelt. **Die Voraussetzung ist ein Mangel an der Sache, der dem Vermieter angekündigt wurde, und den der Vermieter nicht innert einer angemessenen Frist behebt.** Die Hinterlegung muss dem Vermieter ausserdem schriftlich offenbart werden (OR 259g I). Der Kanton muss die Hinterlegungsstelle bezeichnen (OR 259g I).

Nur künftige Mietzinse können hinterlegt werden. Innert 30 Tagen nach Fälligkeit des ersten hinterlegten Mietzinses muss der Mieter seine Ansprüche bei der Schlichtungsbehörde geltend machen (OR 259h I), sonst fällt der hinterlegte Betrag dem Vermieter zu. Die Schlichtungsbehörde versucht, eine Einigung zwischen den Parteien herbeizuführen (OR 259i I).

Ohne Einigung fällt sie einen Entscheid über die Ansprüche der Parteien und über die Verwendung des hinterlegten Mietzinses. Sie kann auch entscheiden, dass der Mieter weiterhin berechtigt ist, den Mietzins zu hinterlegen. Gegen den Entscheid der Schlichtungsbehörde kann innert 30 Tagen der Richter angerufen werden (OR 259i II). Der (streitige Anteil des) Mietzins bleibt bis dahin hinterlegt.

#### f) ***Erneuerungen und Änderungen der Mietsache durch den Vermieter***

Der Vermieter muss die Mietsache in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand erhalten (OR 256 I). Er darf in diesem Sinne und auch bei eigenem Willen Unterhaltsarbeiten vornehmen. Die Erneuerung oder Änderung der Sache steht ihm als Recht ebenfalls zu (OR 260, OR 256 ist eine Pflicht).

Die Voraussetzungen von OR 260 sind einerseits, dass der Umbau für den Mieter zumutbar ist, und andererseits, dass das Mietverhältnis nicht gekündigt ist. Bei der Zumutbarkeit ist die Dauer, die Intensität, die Nützlichkeit, die Auswirkung auf den Mietzins, die Länge des Mietvertrages etc. zu beachten. Die zweite Voraussetzung besteht deswegen, weil dem Mieter nicht die Wahl zwischen Kündigung und Umbau gelassen werden soll.

Der Mieter hat bei einem Umbau nicht mehr das Recht, die Beseitigung des Mangels zu verlangen. Er kann aber u.U. fristlos kündigen (OR 259b a), die Herabsetzung des Mietzinses und Schadenersatz verlangen (OR 260 II). Bei einer in der Praxis üblichen Pauschalentschädigung sollte der Mieter sich weitere Ansprüche vorbehalten, da das Ausmass der Umbauten meist nicht abgeschätzt werden kann.

#### g) ***Veränderungen an der Mietsache durch den Mieter***

Der Mieter nimmt oftmals Veränderungen an der Mietsache vor. Er ist zur Ausbesserung kleiner Mängel und zur Behebung grösserer Schäden verpflichtet, wenn er sie verschuldet hat. Für die Behebung mittlerer oder schwerer Mängel, die der Mieter nicht zu tragen hat, muss indessen der Vermieter benachrichtigt werden. Will der Mieter sonstige Veränderungen vornehmen, kann der Vermieter zustimmen (schriftlich, OR 260a I). Ohne Zustimmung hat der Mieter die veränderte Mietsache wieder in ihre ursprüngliche Form zu bringen (OR 260a II). Die Parteien können dies auch so vereinbaren.

Der Mieter hat einen Entschädigungsanspruch, wenn er Erneuerungen oder Änderungen an der Mietsache vorgenommen hat, der Vermieter seine Zustimmung erteilt hat und dank diesen Erneuerungen oder Änderungen die Mietsache bei Mietende einen erheblichen Mehrwert aufweist (OR 260a III). Hat der Vermieter nicht zugestimmt, kann sich der Mieter auch nicht auf die sachenrechtlichen Bestimmungen (ZGB 671 f.) oder auf das Bereicherungsrecht berufen.

### 2.2.3. Zahlung des Mietzinses

#### a) *Allgemeines*

##### i. Zahlungstermin

Der Mietzins und die Nebenkosten sind Ende Monat zu bezahlen (OR 257c). Der Mieter hat die Quittungen der Mietzinszahlungen während fünf Jahren aufzubewahren.

Der Anspruch des Vermieters auf die geschuldeten Mietzinse verjährt innert fünf Jahren (OR 128 1). Die Frist beginnt mit der Fälligkeit zu laufen (OR 130 I), der Richter darf sie nicht von Amtes wegen beachten (OR 142).

##### ii. Möglichkeiten des Vermieters bei ausstehender Zahlung

Bei einem Fälligkeitsdatum ist eine Mahnung nach OR 102 nicht notwendig. Der Vermieter hat direkt folgende Möglichkeiten:

- **Retentionsrecht bei der Miete von Geschäftsräumen** (OR 268-268b). Es erstreckt sich nur auf bewegliche Sachen, die in direktem Zusammenhang zu den Mieträumlichkeiten stehen. Ausgenommen davon sind die unpfändbaren Gegenstände. Das Retentionsrecht ist durch Verlangen der Aufnahme eines Inventars beim Betreibungsamt auszuüben.
- **Betreibung.**
- **Verwertung der Kautions**, sofern eine besteht. Der Mieter muss schriftlich seine Zustimmung geben, oder es ist der Rechtsweg zu beschreiten.
- **Vorzeitige Kündigung des Mietvertrages** (OR 257d). Hier sind die 30tägigen Fristen zu beachten. Die Kündigungsandrohung ist schriftlich zu machen, die Zahlungsfrist beträgt 30 Tage ab Empfang. Bleibt eine Zahlung aus, kann der Vermieter das Mietverhältnis mit einer Frist von 30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen (OR 257d II, fristlos bei beweglichen Sachen).

##### iii. Verrechnung

Gemäss OR 265 können Vermieter und Mieter nicht im Voraus auf das Recht verzichten, Forderungen und Schulden aus dem Mietverhältnis zu verrechnen. Diese Norm ist zwingend.

#### iv. **Sicherheitsleistungen des Mieters**

Eine Kautionsleistung ist nur geschuldet, wenn sie vertraglich und betragsmässig bestimmt ist. Bei Wohn- und Geschäftsräumen kann sie während der Mietdauer nur mit einem amtlichen Formular verlangt werden (OR 269d III), eine Anfechtung ist möglich.

Bei einer Kautionsleistung in Geld, muss diese auf ein Sparkonto, welches auf den Namen des Mieters läuft, hinterlegt werden (vgl. OR 257e III). Betragsmässig können höchstens drei Monatszinsen ohne Nebenkosten verlangt werden (OR 257e II).

Der Vermieter kann nur in drei Fällen über die Kautionsleistung verfügen: der Mieter ist einverstanden, der Richter ordnete die Verfügung an, oder es liegt ein rechtskräftiger Zahlungsbefehl vor (OR 257e III). Die Bank darf dem Mieter die hinterlegte Kautionsleistung nur dann zurückzahlen, wenn er über einen rechtskräftigen Zahlungsbefehl oder über ein rechtskräftiges Urteil verfügt, welches den Vermieter zur Freigabe der Kautionsleistung verpflichtet, wenn der Vermieter seine Zustimmung erteilt oder wenn der Vermieter nicht innert einem Jahr seit Beendigung des Mietverhältnisses einen Anspruch gegenüber dem Mieter rechtlich geltend gemacht hat (OR 257e III). Die Kantone sind befugt, ergänzende Bestimmungen zu erlassen (OR 257e IV).

#### *b) **Nebenkosten***

Nebenkosten sind das Entgelt für Leistungen des Vermieters oder eines Dritten, die einerseits mit dem Gebrauch der Sache zusammenhängen (OR 257a I), und andererseits durch den Nettomietzins nicht gedeckt sind. Sie müssen daher gesondert vereinbart werden (OR 257a II).

Unter die Nebenkosten fallen i.d.R. die Kosten für **Heizung, Warmwasser, Kehrichtabfuhr, Strom** etc. (vgl. OR 257b I). Zwingend keine Nebenkosten sind der ordentliche Unterhalt der Mietsache, der Aufwand für die Verwaltung und die Lasten sowie die öffentlichen Abgaben (OR 256b). Sind Einrichtungen für Heizung und Warmwasser (Boiler) individuell zu bedienen, gehen die entsprechenden Kosten zulasten des Mieters.

Ohne anders lautende Vereinbarung sind die Nebenkosten am Ende eines Monats zu bezahlen (oder Ortsgebrauch, OR 257e). Statt einer konkreten Berechnung können die Nebenkosten auch mit einer Pauschale abgegolten werden (vgl. dazu OR 257b I). In diesem Fall ist der Vermieter nicht verpflichtet, eine jährliche Abrechnung zu erstellen. Die Pauschale ist nur bei aussergewöhnlichen und unvorhersehbaren Umständen abänderbar.

Die Nebenkostenenerhebung ist auf den nächstmöglichen Kündigungstermin und unter Beachtung der gesetzlichen Frist von zehn Tagen auf dem amtlich genehmigten Formular anzuzeigen (OR 269d III). Der Mieter kann diese Änderung als missbräuchlich anfechten (OR 270b II).

Der Mieter kann auf sein Verlangen in sämtliche Belege der Nebenkostenabrechnung **Einsicht** nehmen (OR 257b II, VMWG 8 II). Der Vermieter muss mindestens einmal jährlich eine Nebenkostenabrechnung erstellen (VMWG 4 I). Einfache solche Rechnungen müssen den Hinweis enthalten, dass der Mieter eine detaillierte Rechnung verlangen kann (VMWG 8 I). Vgl. das VMWG für eine detaillierte Aufzählung der Nebenkosten.

Die Kosten sind auf die jeweiligen Mieter aufzuteilen. Neben an der Wohnungsgrösse abhängigen Kosten, gibt es auch neutrale Kosten, die nichts mit der Wohnungsgrösse zu tun haben (so z.B. der Hauswart, Allgemeinstrom, Gartenunterhalt etc.). Die Nebenkosten werden erst fällig, wenn der Vermieter Einsicht in die Abrechnungen gewährt. Die Schlichtungsbehörde ist anrufbar.

### c) *Mietzinsgestaltung*

Für Ferienwohnungen bis drei Monate (OR 253a II), luxuriöse Wohnungen und Einfamilienhäuser mit sechs oder mehr Zimmern ist die Mietzinsgestaltung frei, d.h. sie unterstehen nicht OR 269-270e. Daneben könnte eine Mietzinskontrolle eingeführt werden (vgl. OR 253b III). Bei dieser gewährt die öffentliche Hand Eigentümern finanzielle Unterstützung, und legt im Gegenzug die Mietzinse fest. VMWG 2 II nennt OR 269d III, 269 und 270 e als anwendbar bei Mietzinskontrollen.

Bei den weitaus meisten Wohn- und Geschäftsräumen bestehen überprüfbare Mieten, bei denen OR 269-270e anwendbar sind.

### d) *Anfechtung des missbräuchlichen Mietzinses*

#### i. **Allgemeines**

Unterliegt der Mietzins keiner behördlichen Kontrolle und ist OR 269 ff. anwendbar, hat der Mieter drei Möglichkeiten: entweder fechtet er die Mietzinserhöhung oder den Anfangsmietzins an, oder er begehrt eine Mietzinsherabsetzung. Das Bundesgericht erachtet einen Ertragssatz auf dem Eigenkapital für zulässig, welcher den Hypothekarzinssatz von Grossbanken für Althypotheken im ersten Rang nicht mehr als ein halbes Prozent übersteigt.

Die Staffelung des Mietzinses ist in OR 269c geregelt. Der Mietvertrag muss für mindestens drei Jahre geschlossen werden, der Mietzins darf nur einmal pro Jahr erhöht werden, und er muss in Franken festgelegt sein. Das Anfechtungsrecht des Mieters ist auf den Anfangsmietzins und die Staffelungsklausel beschränkt (wie auch die indexierten Mieten).

#### ii. **Mietzinserhöhung**

Bei der Mietzinserhöhung (und auch für die Erhöhung der Nebenkosten) müssen fünf Voraussetzungen gleichzeitig erfüllt sein:

- Mitteilung auf dem **amtlich genehmigten Formular** (OR 269d I, VMWG 19 I).
- **Begründung** der Erhöhung, ein Hinweis auf das Gesetz genügt nicht.
- **Einhaltung der Kündigungsfrist und des Kündigungstermins** (OR 269d I).
- Einhaltung der **Mitteilungsfrist**. Die Erhöhungsanzeige ist dem Mieter spätestens zehn Tage vor Beginn der Kündigungsfrist mitzuteilen (OR 269d I).
- **Verzicht auf eine Kündigung oder Kündigungsdrohung**.

OR 269d II nennt die Fälle der Nichtigkeit der Mietzinserhöhung, nämlich wenn nicht das amtliche Formular benutzt wird, wenn eine Begründung fehlt und wenn mit der Mitteilung die Kündigung ausgesprochen oder angedroht wird. Im Zweifelsfall ist es zu empfehlen, trotz eventueller Nichtigkeit die Schlichtungsbehörde anzurufen.

Der Mieter kann die Erhöhung innert 30 Tagen ab Empfang der Mitteilung anfechten (OR 270b I), mittels eingeschriebenem Brief bei der Schlichtungsbehörde. Solange das Verfahren nicht abgeschlossen ist, ist weiterhin der alte Mietzins zu bezahlen. Kommt keine Einigung zustande, hat der Vermieter innert 30 Tagen den Richter anzurufen (OR 274f I). Die Schlichtungsbehörde hat keine Entscheidkompetenz. Kommt eine Einigung zustande, muss der Mehrzins rückwirkend auf die Erhöhung geleistet werden.

### iii. **Anfechtung des Anfangsmietzinses**

Der Mieter kann den Anfangsmietzins innert 30 Tagen seit Übergabe der Mietsache als missbräuchlich bei der Schlichtungsbehörde anfechten und eine Herabsetzung verlangen (OR 270). **Alternativ** müssen folgende Fälle vorliegen:

- Persönliche oder familiäre Notlage, die den Mieter zum Vertragsschluss gezwungen hat (OR 270 I a).
- Verhältnisse des örtlichen Marktes haben den Mieter zum Abschluss gezwungen (OR 270 I a).
- Gegenüber dem Vormieter gab es eine erhebliche Mietzinserhöhung (OR 270 I b). Dies soll auch bzgl. Nebenkosten gelten.

Im Gegensatz zum Verfahren bei der Mietzinserhöhung muss hier der Mieter bei Nichteinigung den Richter anrufen (OR 274f I). Der Mieter hat ausserdem immer den vertraglich festgesetzten Zins zu bezahlen; erst bei Gutheissung seiner Anfechtung kann er rückwirkend verrechnen. Der Vermieter hat zwar nicht die Nichtmissbräuchlichkeit zu vermuten, doch muss er den alten Mietzins mitteilen (OR 256a II, vgl. auch 274d III).

### iv. **Mietzinsherabsetzung**

Diese ist in OR 270a vorgesehen. Die Voraussetzung ist, dass eine wesentliche Änderung der Berechnungsgrundlagen eingetreten ist. Ausserdem soll die Bestimmung auch für die Senkung der Nebenkosten gelten. Bei einem indexierten oder gestaffelten Mietzins kann eine Herabsetzung nicht verlangt werden.

Der Mieter muss die Mietzinsherabsetzung unter Einhaltung der Kündigungsfrist **auf den nächstmöglichen Kündigungstermin bei der Schlichtungsbehörde verlangen**. Vorher hat er aber mit dem Vermieter schriftlich Kontakt aufzunehmen und ihn um Herabsetzung zu ersuchen (OR 270a II). Sachdienliche Belege muss der Vermieter der Schlichtungsbehörde vorlegen (OR 274d III). Der Vermieter kann beweisen, dass seit der letzten Mietzinserhöhung Kostensteigerungen eingetreten sind. Wiederum ist es Sache des Mieters, innert 30 Tagen den Richter anzurufen (OR 274f I). Der Mietzins bleibt bis zu einer Entscheidung unverändert (OR 270e).

e) *Andere missbräuchliche Forderungen des Vermieters*

Bei Wohn- und Geschäftsraumangel besteht die Gefahr, dass der Vermieter seine stärkere Position ausnutzt. Da der Wohn- und Geschäftsraum für den betroffenen Mieter lebensnotwendig ist, hat das Gesetz zwei Tatbestände zur Bekämpfung eines missbräuchlichen Verhaltens des Vermieters geschaffen:

- **Koppelungsgeschäfte** (OR 254). Koppelungsgeschäfte, also solche Geschäfte, die dem Dritten ohne unmittelbaren Bezug zum Mietvertrag aufgezwungen werden, sind nichtig (vgl. VMWG 3).
- **Einseitige Vertragsänderungen** gemäss OR 269d III und 270b II. Damit sind Situationen gemeint, wo ausserhalb einer Mietzinserhöhung Leistungen gestrichen werden (z.B. Waschküche), oder die Verpflichtung des Mieters zugunsten des Vermieters erweitert wurden. Eine solche Vertragsänderung muss auf dem amtlich genehmigten Formular mitgeteilt werden, und der Mieter kann sie anfechten.

## 2.2.4. Untermiete und Übertragung der Miete

a) *Allgemeines*

Die Untermiete liegt dann vor, wenn der Mieter mit einem Dritten einen separaten Mietvertrag abschliesst, und so selber als Vermieter zu betrachten ist. Bei der Übertragung der Miete wird der Dritte zum Mieter, und der ursprüngliche Mieter scheidet aus. Die vorzeitige Kündigung gemäss OR 264 ist von letzterem zu unterscheiden, wie auch die „Abtretung“ eines Mietverhältnisses.

b) *Untermiete*

Der Mieter kann mit Zustimmung des Vermieters die Mietsache ganz oder teilweise untervermieten (OR 262). Eine Verweigerung der Zustimmung ist nur möglich, wenn (OR 262 II):

- Die Bedingungen der Untermiete wurden nicht bekannt gegeben.
- Die Bedingungen sind im Vergleich zur Hauptmiete missbräuchlich (z.B. übersetzter Betrag).
- Aus der Untermiete entstehen dem Vermieter wesentliche Nachteile (z.B. Untermiete zur Ausübung der Prostitution).

OR 262 ist zwingend. Die Zustimmung des Vermieters kann auch stillschweigend erfolgen, es empfiehlt sich aber die Schriftlichkeit. Ein Widerruf der Zustimmung ist nicht möglich. Bei Verweigerung der Zustimmung kann die Schlichtungsbehörde angerufen werden, ist sie ungerechtfertigt, stellt dies eine Vertragsverletzung dar. Untermiete trotz fehlender Zustimmung ist ein Grund für die vorzeitige Kündigung des Hauptmietvertrages nach OR 257f III.



Bei einer Untermiete hat der Mieter dem Vermieter dafür einzustehen, dass der Untermieter die Mietsache nur in der vom Hauptmietvertrag vorgesehenen Art und Weise nutzt (OR 262 III).

### c) *Übertragung der Miete*

Der Mieter von Geschäftsräumen kann den Mietvertrag mit Zustimmung des Vermieters auf einen Dritten übertragen (OR 263 I). Die Zustimmung des Vermieters muss schriftlich sein, sie kann **nur aus wichtigem Grund verweigert werden** (OR 263 II, z.B. die Zahlungsunfähigkeit des Übernehmers oder sein absolut schlechter Ruf). Der Vermieter hat ein Recht, vorgängig von den Parteien über sämtliche, die Übertragung der Miete betreffenden Angelegenheiten informiert zu werden.

Bei Verweigerung der Zustimmung kann die Schlichtungsbehörde angerufen werden; ist die Verweigerung ungerechtfertigt, liegt eine Vertragsverletzung vor. Kommt die Übertragung zustande, haftet der ursprüngliche Mieter zeitlich befristet solidarisch bis zum vereinbarten frühesten Kündigungstermin, maximal aber zwei Jahre (OR 263 IV).

OR 263 bezieht sich ausdrücklich nur auf die Miete von Geschäftsräumen. Bei den anderen Übertragungen handelt es sich um normale Vertragsübernahmen (Abtretung und Schuldübernahme).

## 2.2.5. Mietbeendigung

### a) *Allgemeines zur Kündigung*

Die - ausserordentliche und ordentliche – Kündigung muss der anderen Vertragspartei schriftlich mitgeteilt werden (OR 266I I, gilt nur für Wohn- und Geschäftsräume). Dem Mieter genügt ein einfaches Schreiben, der Vermieter muss ein vom Kanton genehmigtes Formular verwenden (OR 266I II). Dieses enthält die Information bzgl. der Anfechtung und Erstreckung. Das Nichteinhalten der Formvorschrift führt zur Nichtigkeit (OR 266o) der Kündigung.

Bei der Familienwohnung ist OR 266m f. und ZGB 169 zu beachten. Der Mietvertrag kann nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Ehegatten durch den Mieter gekündigt werden, unabhängig von den Eigentumsverhältnissen. Zur Erlangung der Zustimmung kann sich der Mieter an den Richter wenden. Der Vermieter hat rechtzeitig die Kündigung in zwei separaten Mitteilungen unter Verwendung des amtlichen Formulars jedem Ehegatten zuzustellen. Werden diese Vorschriften nicht beachtet, führt dies zu Nichtigkeit der Kündigung. Auch wenn der Ehepartner nicht Vertragspartei ist, kann er trotzdem sämtliche Rechte wahrnehmen, die dem Mieter zustehen (OR 273a I). Ferner gelten:

- Die Kündigung an eine Mehrheit von Mietern kann nur in einem Brief, aber mit allen Namen, zugestellt werden.
- Die Kündigung muss **nicht begründet** werden.

- Die Kündigung ist empfangsbedürftig (vgl. OR 266a). Sie kann nur solange widerrufen werden, als sie noch nicht beim Vertragspartner eingegangen ist oder sich die Vertragspartner geeinigt haben und sofern noch keine Wirkungen eingetreten sind.
- Bei einer Teilkündigung handelt es sich um eine Vertragsänderung im Sinne von OR 269d I und II.

#### **b) *Vertragsbeendigung ohne Kündigung***

OR 255 II regelt die befristeten Mietverhältnisse. Sie enden mit dem Ablauf der Dauer. Alle anderen Mietverhältnisse sind unbefristet (OR 255 III). Ein befristetes Mietverhältnis liegt auch vor, wenn der Vertrag bis zum Eintritt eines voraussehbaren, aber zeitlich noch unbestimmten Ereignisses dauert. Der Eintritt des Ereignisses muss aber sicher sein.

Auch der Mieter eines befristeten Mietverhältnisses kann die Erstreckung des Mietverhältnisses verlangen (OR 272). Wird dem Mieter ein Aufschub für den Auszug zugestanden oder ist der Mieter vorübergehend am Verlassen der Räume gehindert, liegt keine stillschweigende Fortsetzung des Mietverhältnisses vor (vgl. OR 266 II).

#### **c) *Ordentliche Kündigung***

Die gesetzlichen Regeln sind OR 266a-266f. Für die Gültigkeit der ordentlichen Kündigung muss vorerst die Frist eingehalten sein. Massgebend ist der Vertrag, sowie der Ortsgebrauch, welcher aber nicht bei möblierten Zimmern oder gesonderten Einstellplätzen gilt (OR 266e). Ist kein Ortsgebrauch feststellbar, gilt die gesetzliche dreimonatige Frist aus OR 266c f. (vgl. die sechsmonatige Frist von OR 266b). Bei Nichteinhaltung der Kündigungsfrist wird ordentlich auf den nächsten Termin gekündigt; die Kündigung ist also nicht nichtig. Die Gegenpartei hat die Möglichkeit der Erstreckung und Anfechtung.

#### **d) *Ausserordentliche Kündigung***

##### **i. *Durch den Vermieter***

Die ausserordentliche Kündigung ist bei befristeten und unbefristeten Mietverhältnissen möglich. Die Kündigung ist auf dem amtlichen Formular auszusprechen, sonst ist sie nichtig (OR 266o). Zu beachten ist ferner OR 266n. Die Kündigung kann infolge Zahlungsrückstand (OR 257d), Sorgfaltspflichtverletzung (OR 257f), Eigentümerwechsel, Konkurs des Mieters (OR 266h I, vgl. OR 83 für vor der Übergabe) und aus wichtigen Gründen erfolgen.

Bzgl. der Sorgfaltspflicht ist zu erwähnen, dass der Mieter eine Obhutspflicht hat. Eine Gebrauchspflicht trifft ihn nur bei besonderer Vereinbarung. Eine Verletzung der Sorgfaltspflicht ist bspw. die Nichtrücknahme auf Hausgenossen oder Nachbarn (OR 257f II). Damit eine ausserordentliche Kündigung erfolgen kann, muss der Mieter schriftlich ermahnt worden sein, und die Fortsetzung des Mietverhältnisses ist dem Vermieter oder den Hausbewohnern nicht mehr zuzumuten. Es kommt ausserdem nur eine schwerwiegende Sorgfaltspflichtverletzung in Betracht (vgl. OR 257g I, 257h I und II, 262 II).

Grundsätzlich ist eine fristlose Kündigung möglich, doch bei Wohn- und Geschäftsräumen bedarf es einer Frist von 30 Tagen auf das Ende eines Monats. Die Anfechtung durch den Mieter bei der Schlichtungsbehörde ist möglich. OR 97 ist für den Vermieter zu beachten.

Beim Eigentümerwechsel (OR 261 I) gehen von Gesetzes wegen die laufenden Mietverhältnisse mit sämtlichen Rechten und Pflichten auf den Erwerber über. Nicht erfasst von OR 261 werden die Übertragung von Gesellschaftsanteilen und der Erbfolge sowie die Übertragung des Vermögens nach OR 181. Unabhängig von vertraglichen Kündigungsfristen kann der neue Eigentümer (der im Grundbuch eingetragen worden sein muss) auf den nächsten gesetzlichen Kündigungstermin kündigen. Bei vertraglich möglicher früherer Frist, bleibt diese anwendbar. Bei Wohn- und Geschäftsräumen ist ein dringender Eigenbedarf Voraussetzung (OR 261 II a).

Der neue Eigentümer hat im Grundbuch vorgemerkte Mietverträge zu beachten. Eine vorzeitige Kündigung ist ferner ausgeschlossen, wenn die Frist für den nächsten gesetzlichen Kündigungstermin verpasst worden ist und wenn die laufenden Mietverhältnisse übernommen wurden. Im Falle einer Veräusserung der Mietsache finden die Kündigungsschutzbestimmungen nach OR 271a I d und e keine Anwendung (OR 271a III d). Der bisherige Eigentümer haftet den Mietern für den ganzen Schaden, der ihnen durch die vorzeitige Kündigung verursacht wird (OR 261 III). Bei Anwendung von OR 257d II und 257f III, IV sowie 266h II kommt ein Schadenersatz aber nicht in Betracht.

Die Kündigung aus wichtigem Grund ist in OR 266g I geregelt. Wichtige Gründe können in der allgemeinen Situation (Kriege, Wirtschaftskrise) oder in den Personen der Vertragsparteien liegen (Krankheit, Schicksalsschlag des Vermieters, persönliche Beziehung etc.). Der Vermieter muss den Mieter aber für die vermögensrechtlichen Folgen entschädigen, eine Anfechtung durch den Mieter ist möglich, wie auch die Erstreckung, welche hier von Amtes wegen zu prüfen ist.

Der Rücktritt vom Vertrag ist möglich, wenn der Mieter vor Mietantritt seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, wenn er vor Übergabe der Sache zahlungsunfähig wird, wenn vor Übergabe eine Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt oder wenn ein rechtlicher Mangel beim Vertragsschluss vorliegt.

## **ii. Durch den Mieter**

Die vorzeitige Kündigung des Mieters unterscheidet sich in einem Punkt von derjenigen des Vermieters: der Rückgabe der Sache. Diese kann durch den Mieter nämlich jederzeit erfolgen.

Der Mieter hat die vorzeitige Kündigung schriftlich auszusprechen, ansonsten ist sie nichtig (OR 266l I, 266o). OR 266m ist ebenfalls zu beachten. Die Kündigung kann wegen schweren Mängeln an der Mietsache erfolgen (OR 259b a), die der Vermieter nicht innert Frist behoben hat.

Gibt der Mieter die Mietsache zurück, ohne die Kündigungsfrist oder den Kündigungstermin zu beachten, wird er nur befreit, wenn er einen zumutbaren Ersatzmieter vorschlägt, der bereit ist, das Mietverhältnis zu den gleichen Bedingungen zu übernehmen (OR 264 I). Der Vermieter muss bzgl. allfälliger Termine genügend Zeit haben, um die Kreditwürdigkeit des Ersatzmieters zu überprüfen. Dadurch ergeben sich die drei Voraussetzungen für OR 264: Zumutbarkeit, Zahlungsfähigkeit und Bereitschaft, den Mietvertrag zu den gleichen Bedingungen zu übernehmen. Der Vermieter ist aber nicht verpflichtet, den Ersatzmieter

anzunehmen; durch den Vorschlag des Ersatzmieters enden aber die vertraglichen Pflichten des Mieters. Ohne Ersatzmieter gelten die Pflichten längstens bis zum ordentlichen Ablauf des Vertrages. Der Vermieter hat sich aber auch zu bemühen, einen Ersatzmieter zu finden (OR 44). Nach dem gleichen Grundsatz muss sich der Vermieter die Vorteile der vorzeitigen Rückgabe der Sache anrechnen lassen (OR 264 III). OR 264 ist zwingend.

Ist die **Vertragserfüllung für den Mieter unzumutbar**, kann er das Verhältnis auf einen beliebigen Termin kündigen (OR 266g I). Solche dazu nötigen wichtigen Gründe sind ausserordentliche Umstände, die dem Mieter bei Vertragsschluss nicht bekannt oder für ihn nicht vorhersehbar waren, und die die Fortsetzung des Mietvertrages untragbar machen (Krieg, Wirtschaftskrise, Person des Vermieters oder des Mieters etc.). Über die vermögensrechtlichen Folgen ist unter Würdigung aller Umstände zu entscheiden, insbesondere auch unter Beachtung von OR 264 III.

**Stirbt der Mieter**, können seine Erben unter Einhaltung der gesetzlichen Frist auf den nächsten – und nur diesen - gesetzlichen Termin kündigen (OR 266i). Die Erben dürfen aber nicht bereits Vertragspartei sein. Sämtliche Erben haben die Zustimmung zu geben (ZGB 653 II). Während der **Erstreckung** ist eine Kündigung gemäss OR 272d ebenfalls möglich, unter Vorbehalt einer anderslautenden Abrede. Abschliessend kann der Mieter auch vom Vertrag **zurücktreten**, und zwar wenn die Mietsache nicht zum vereinbarten Zeitpunkt übergeben wird (OR 258 I), wenn sie bei Übergabe einen schweren Mangel aufweist (OR 258 I) oder wenn ein Mangel bei Vertragsschluss vorliegt.

#### e) *Anfechtbarkeit der Kündigung*

##### i. **Allgemeines**

Die Anfechtbarkeit der Kündigung ist in OR 271 und 271a geregelt. Die unter OR 271 ff. fallende Kündigung ist also bloss anfechtbar und nicht nichtig. Es muss daher etwas unternommen werden. Nichtigkeit liegt nur bei formungültigen Kündigungen vor. Zu beachten ist, dass nur die Miete von Wohn- und Geschäftsräumen unter diese Bestimmungen fallen. Die Kündigung ist auf Verlangen der Gegenpartei zu begründen (OR 271 II). Das ist allerdings keine Gültigkeitsvoraussetzung. Ist eine Begründung gegeben, kann sie nicht mehr geändert werden.

##### ii. **Grundsätze**

Grundsätzlich ist eine Kündigung anfechtbar, wenn sie gegen Treu und Glauben verstösst (OR 271 I), und zwar von beiden Seiten, wobei eine solche des Mieters wohl nur in krasen Ausnahmefällen vorliegen wird. Es handelt sich jeweils um einen Anwendungsfall von ZGB 2 II. Es muss also ein schutzwürdiges Interesse vorhanden sein. Beispiele dazu sind:

- Die Kündigung gegen den immer pünktlich zahlenden Mieter, weil er einmal ein paar Tage in Zahlungsrückstand geriet.
- Die Kündigung wegen Rasse, Nationalität, der politischen Zugehörigkeit oder öffentlich geäusserten Ansichten.
- Die Rache Kündigung, auch nach Ablauf der dreijährigen Frist von OR 271a I e (vgl. auch StGB 325bis).

Vgl. ferner die Aufzählung in OR 271a I. Bei folgenden Fällen ist eine Kündigung aber selbst während eines Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens nicht anfechtbar (OR 271a III):

- Bei dringendem Eigenbedarf, sofern dieser ernsthaft, konkret und aktuell ist.
- Bei Zahlungsrückstand des Mieters (OR 257d).
- Bei schweren Pflichtverletzungen des Mieters (OR 257f III und IV).
- Bei Veräusserung der vermieteten Sache (OR 261).
- Bei vorliegen wichtiger Gründe (OR 266g).
- Bei Konkurs des Mieters (OR 266h).

### **iii. Verfahren**

Die Anfechtung der Kündigung ist innert 30 Tagen nach Erhalt bei der Schlichtungsbehörde einzureichen (OR 273 I, Verwirkungsfrist). Das ist auch durch den Ehegatten möglich, wenn die Wohnung als Familienwohnung genutzt wird (OR 273a). Die Schlichtungsbehörde versucht, eine Einigung zwischen den Parteien zu finden; scheitern die Vergleichsverhandlungen, fällt sie eine Entscheid. Wird die Kündigung nicht aufgehoben, prüft sie von Amtes wegen eine Erstreckung (OR 274e III). Die unterlegene Partei kann innert 30 Tagen nach Eröffnung des Entscheides den Richter anrufen (OR 274f I). Die unterlegene Partei ist beweispflichtig. Bei Aufhebung der Kündigung läuft die Miete unverändert weiter, und der Mieter hat einen dreijährigen Kündigungsschutz (OR 271a III). Auf die Anfechtung kann nicht im Voraus verzichtet werden.

## **f) *Erstreckung des Mietverhältnisses***

### **i. Allgemeines**

Hat der Vermieter eine Kündigung ausgesprochen, bei der keine Veranlassung einer Anfechtung besteht, kann der Mieter eine Erstreckung des Mietverhältnisses verlangen (OR 272-273c). Die Normen finden nur bei Wohn- und Geschäftsräumen Anwendung.

Die Erstreckung ist ausgeschlossen, wenn der Vermieter wegen Konkurs, schwerwiegender Verletzung der Sorgfaltspflicht oder wegen Zahlungsverzug des Mieters gekündigt hat. Ferner ist eine Erstreckung nicht möglich, wenn der Mietvertrag ausdrücklich nur im Hinblick auf ein Bauvorhaben vereinbart wurde (OR 272a I d). Dieses muss dann aber auch realisiert werden können. Bietet der Vermieter dem Mieter einen gleichwertigen Ersatzraum an, ist eine Erstreckung ebenfalls nicht möglich (OR 272a II). Dem Mieter muss aber ein Umzug zumutbar sein.

### **ii. Gewährung der Erstreckung**

Bei der Erstreckung ist zu prüfen, ob die Beendigung des Mietverhältnisses für den Mieter oder seine Familie (ZGB 331) eine Härte zur Folge hat, welche durch die Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen ist (OR 272 I). Das Gesetz gibt in OR 272 II in nicht

abschliessender Weise verschiedene Gründe an, die bei der Interessenabwägung ins Gewicht fallen können:

- Umstände des Vertragsschlusses und der Vertragsinhalt (z.B. wenn die Mietsache nur für eine gewisse Zeit gemietet worden ist).
- Dauer des Mietverhältnisses (je länger, desto härter).
- Persönliche, familiäre und wirtschaftliche Verhältnisse der Parteien (Orts- und Quartiergebundenheit, Krankheit, Nationalität, da es für Ausländer schwerer ist, eine Wohnung zu finden etc.).
- Verhalten der Parteien.
- Eigenbedarf des Vermieters. Er schliesst die Erstreckung nicht generell aus, sondern fliesst bloss in die Interessenabwägung ein. Daher kann er nicht als Vorwand gebracht werden, um den Mieter loszuwerden.
- Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Wohn und Geschäftsräume.

Bezüglich der Dauer kann die Erstreckung für maximal 4 (Wohn-) bzw. 6 (Geschäftsräume) Jahre gewährt werden (OR 272b I). Wenn der Mieter keinen Ersatzraum gefunden hat, kann auch noch eine zweite Erstreckung gewährt werden, sofern diese nicht ausgeschlossen wird und der Mieter alles für die Suche eines Ersatzraumes unternommen hat. Die konkrete Dauer hängt von den vorliegenden Interessen ab. **Die Erstreckung ist zwingend**. Die Parteien können aber eine den gesetzlichen Höchstfristen übersteigende Erstreckung vereinbaren, und eine zweite Erstreckung ausschliessen.

### iii. Wirkungen

Für die Erstreckungsdauer gilt der Vertrag unverändert weiter (OR 272c II). Erhöhungen des Mietzinses sind zulässig, sowie auch die Herabsetzung etc. Die Kündigungsmöglichkeiten bleiben ebenfalls bestehen, ausgenommen davon ist die ordentliche Kündigung. Vermieter und Mieter können im Erstreckungsentscheid verlangen, dass die Miete den veränderten Verhältnissen angepasst wird (OR 272c I, z.B. die Erhöhung des Mietzinses). Aussergerichtlich sind die Formvorschriften zu beachten.

Die Erstreckung ist auch bei Untermietverhältnissen möglich, eine Erstreckung über die Dauer des Hauptverhältnisses ist indessen ausgeschlossen (OR 273b I). Die Untermiete darf aber nicht den Zweck der Umgehung der Vorschriften über den Kündigungsschutz bezwecken (OR 273b II).

### iv. Verfahren

Der Mieter muss innert 30 Tagen seit Eingang der Kündigung sein Begehren an die Schlichtungsbehörde richten. Bei befristeten Mietverhältnissen muss das Begehren 60 Tage vor Ablauf des Mietverhältnisses eingehen. 60 Tage gelten auch für die zweite Erstreckung (OR 273 III).

## *g) Rückgabe der Mietsache*

### **i. Allgemeines**

Der Mieter muss dem Vermieter gestatten, die Mietsache zu besichtigen, soweit dies für die Wiedervermietung notwendig ist (OR 257h II, z.B. mit Mietinteressenten). Der Vermieter muss seine Besuche im Voraus ankündigen und auf den Mieter Rücksicht nehmen.

Die Rückgabe muss spätestens am letzten Tag der Mietdauer während der gewöhnlichen Geschäftszeit erfolgen (OR 79). Der Vermieter kann sich der Rückgabe nicht widersetzen, auch nicht wenn er wegen mangelhaftem Zustand Schadenersatzansprüche stellen kann. I.d.R. sind mit der Rückgabe die vollständige Räumung der Mietsache, die Instandstellung der Mieträume, das Erstellen des Rückgabeprotokolls und die Übergabe von Schlüssel und Kaution verbunden.

Das Rückgabeprotokoll ist nicht obligatorisch. Bedeutsam ist es, weil der Nachmieter Einsicht darin nehmen kann (OR 256a), und wenn er anwesend ist, erfüllt es gleichzeitig die Funktion des Antrittprotokolls. Ferner ist es bei einer möglichen Auseinandersetzung wegen Instandstellungskosten ein Beweismittel für den Zustand der Mietsache, wenn es von beiden Parteien unterzeichnet worden ist. Es ist aber keine Mängelrüge nach OR 267a.

### **ii. Mängel und Haftung des Mieters**

Die Mängelrüge nach OR 267a bestimmt, dass der Vermieter bei der Rückgabe den Zustand der Mietsache prüfen, und die Mängel sofort anzeigen muss. Erfolgt die Rüge nicht, ist der Mieter von der Haftung entlassen (OR 267a II). Ausgenommen sind die versteckten Mängel. Der Vermieter hat nach OR 97 ff. vorzugehen.

Der Mieter haftet für **leichte Mängel**, die während der Mietdauer entstanden sind, **für Mängel in grösserem Umfange, die auf eine ausserordentliche Abnutzung zurückzuführen sind und Änderungen oder Erneuerungen, die er ohne Zustimmung des Vermieters an der Sache vorgenommen hat** (OR 267, 267a II). Bis zum Ablauf der Mietdauer kann der Mieter in jedem Fall die Reparaturarbeiten selber vornehmen. Der Mieter haftet nur für Mängel, die er selber verursacht hat (und aus ZGB 333 und OR 101).

Weist die Sache einen mittleren oder schweren Mangel auf, ist zu unterscheiden, ob der Mangel durch eine ordentliche oder ausserordentliche Abnutzung zustande gekommen ist, denn der Mieter haftet nur für letztere. Der vom Mieter geschuldete Schadenersatz entspricht nicht dem Neuwert, sondern dem von Alter und normaler Lebensdauer abhängigen Zustandswert der beschädigten Einrichtung (in der Praxis behilft man sich mit Lebensdauertabellen).

Nach OR 267 II sind im Voraus, d.h. vor Beendigung des Mietvertrages geschlossene Vereinbarungen **nichtig**, die den Mieter zu mehr als der Deckung eines allfälligen Schadens verpflichten.

### iii. **Ausweisung**

Befindet sich der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses immer noch in den Mieträumen, kann der Vermieter die Ausweisung in die Wege leiten. Es richtet sich nach den kantonalen Bestimmungen. Die Ausweisungsbehörde hat zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Vertragsbeendigung erfüllt sind. Sie ist auch dann zuständig, wenn gleichzeitig die Anfechtung einer Kündigung erfolgt (die Schlichtungsbehörde hat das Begehren an die Ausweisungsbehörde weiterzuleiten [OR 274a I d i.V.m. 274d III]).

Die Kosten des Ausweisungsverfahrens gehen zulasten des Mieters.

### 2.2.6. **Strafrechtlicher Schutz des Mieters**

Die massgebende strafrechtliche Norm ist StGB 325bis. Strafbar sind die Androhung von Nachteilen, das Aussprechen einer Rache Kündigung und das unzulässige Durchsetzen von missbräuchlichen Forderungen. StGB 325bis ist ein Antragsdelikt, die Antragsfrist beträgt drei Monate und beginnt mit dem Tag, an welchem dem Mieter der Täter bekannt wird (StGB 33).

Neben zahlreichen weiteren möglichen Bestimmungen, ist vor allem noch der Hausfriedensbruch von Bedeutung. Der Hausfriedensbruch schützt den Mieter, und nicht den Vermieter, dem der Zugang zur Mietsache verboten werden kann. In diesem Zusammenhang hat der Vermieter kein Recht, Schlüssel zu den Mieträumen zurückzubehalten, und er darf den Zugang Dritter zur Wohnung des Mieters nicht kontrollieren.

## 2.3. ***Pacht***

### 2.3.1. **Begriff und Abgrenzung**

Die Pacht (OR 275-304) ist die **entgeltliche Überlassung einer nutzbaren Sache oder eines nutzbaren Rechtes zur Nutzung und Fruchtentziehung auf Zeit**. Der Pachtzins kann auch als Naturalzins vereinbart werden (OR 275). Verpachtet werden können nur Sachen oder Rechte, die Erträge abwerfen.

**Bei der Miete ist nur der Gebrauch Vertragsgegenstand, und nicht auch die Nutzung.** Ein Pferd wird vermietet, eine Kuh wird verpachtet. Wird eine Wiese als Sportplatz gebraucht, liegt Miete vor, bei der Grasnutzung Pacht. Der Lizenzvertrag lässt sich an sich unter die Pacht subsumieren. Meist bestehen aber vertragliche Abweichungen. Ist die Sache oder das Recht, welches Erträge abwirft, quantummässig beschränkt, ist eher Kauf anzunehmen.



## 2.3.2. Die gesetzliche Regelung im Einzelnen

Es werden **nur die Abweichungen** von der Pacht bzw. deren spezielle Regelungen dargestellt. Für die landwirtschaftliche Pacht gilt das LPG, subsidiär OR (OR 276a).

Der Verpächter ist verpflichtet, die Sache zum vereinbarten Zeitpunkt in einem zur vorausgesetzten Benutzung und Bewirtschaftung tauglichen Zustand zu übergeben (OR 278 I). Beinhaltet der Pachtgegenstand Vieh, Geräte etc., ist ein Inventar zu errichten (OR 277). Wurde beim vorausgegangenen Pachtverhältnis ein Rückgabeprotokoll errichtet, hat der neue Pächter Anspruch auf Einsicht (OR 278 II, vgl. auch III). Der Verpächter hat grössere Reparaturen auf eigene Kosten vorzunehmen (OR 279, 280); **der Pächter hingegen muss den ordentlichen Unterhalt und kleinere Reparaturen besorgen**. Der Pächter ist zur Zinszahlung verpflichtet (OR 281 I), für Nebenkosten gilt OR 257a (OR 281 II).

Ein befristetes Pachtverhältnis endet, wie im Mietrecht mit Ablauf der vereinbarten Dauer (OR 295). Unbefristete Pachtverhältnisse können mit einer Frist von sechs Monaten auf einen **beliebigen Termin** gekündigt werden (OR 296). Für die Kündigung aus wichtigem Grund: OR 297. Das Pachtverhältnis endet ferner mit Konkurs des Pächters (OR 297a). Stirbt der Pächter, können die Erben auf den nächsten gesetzlichen Termin kündigen (OR 297b). Die Kündigung bedarf der Schriftform (OR 298, auf einem vom Kanton genehmigten Formular).

Die **Rückgabe der Pachtsache** ist in OR 293, 299 ff. geregelt. Die Sache ist im selben Zustand zurückzugeben, u.U. kann der Pächter bei Verbesserungen Ersatz verlangen, oder muss einen solchen leisten, wenn er die Sache verschlechtert hat (OR 299). Beim Inventar steht dem Pächter bei der Rückgabe in vermindertem Zustand ein Exkulpationsbeweis offen (OR 299b). Das **Retentionsrecht** gilt wie bei der Miete nur für Geschäftsräume (OR 299c). Der Kündigungsschutz und das behördliche Verfahren richten sich nach den mietrechtlichen Bestimmungen von OR 271 ff. (OR 300 f.). Abschliessend regeln OR 302-304 die Viehpacht und die Viehstellung, solange sie nicht im Rahmen einer landwirtschaftlichen Pacht geschieht.

## 2.4. *Leihe*

### 2.4.1. **Gebrauchsleihe**

#### *a) Begriff*

Der Gebrauchsleihevertrag verpflichtet den Verleiher, dem Entlehner eine Sache zu **unentgeltlichem Gebrauch** zu überlassen, und den Entlehner, die Sache dem Verleiher zurückzugeben (OR 305). Durch die Unentgeltlichkeit unterscheidet sich die Gebrauchsleihe von der Miete und der Pacht. Durch die Pflicht zur Rückgabe der Sache unterscheidet sie sich gegenüber dem Darlehen. **Es kommen daher nur Sachen in Frage, die**

**nicht verbraucht werden können** (vgl. OR 312). Im Gegensatz zur Hinterlegung kommt dem Entlehner der wirtschaftliche Vorteil des Vertrages entgegen.

#### *b) Wirkungen*

Da der Vertrag keine Vorteile für den Verleiher bringt, haftet er nur für Arglist und grobe Fahrlässigkeit (OR 99, also wie ein Schenker). Der Entlehner haftet für jedes Verschulden, bei vertragswidrigem Gebrauch sogar für den Zufall (OR 306 III). **Er muss auch für den gewöhnlichen Unterhalt der Sache aufkommen** (OR 307 I, z.B. die Fütterung eines Tieres). Mehrere Entlehner haften solidarisch (OR 308). Der Entlehner kann nach Beendigung Ersatz seiner ausserordentlichen Aufwendungen verlangen (OR 307 II), ohne dass er sich die von ihm bezogenen Früchte anrechnen lassen muss.

#### *c) Aufhebung*

Sie tritt mit Zeitablauf ein (OR 309 I), bei Tod des Entlehners (OR 311) oder wenn dieser gegen seine Pflichten verstösst (OR 309 II). Ferner kann der Verleiher die Sache zurückfordern, wenn er sie unbedingt braucht (OR 309 II), oder sie auf unbestimmte Zeit übergeben worden ist (OR 310).

### 2.4.2. Darlehen

#### *a) Begriff*

Beim Darlehen überträgt der Darleiher dem Borger **Eigentum, welches dieser zurück-erstaten muss** (OR 312 II, oder in Geld). Zinsen sind nicht begriffswesentlich, wobei sie aber im kaufmännischen Verkehr vermutet werden (OR 313). Die Zinsen werden durch OR 73 II, StGB 157, OR 21 und ZGB 795 II geschützt. Sind Waren übergeben worden, müssen die gleichen Waren oder Geld zum Wert der Waren am Ort und Zeit der Hingabe zurückgegeben werden (OR 317).

Ist zur Rückgabe nichts vereinbart worden, kann der Darleiher auf sechs Wochen kündigen (OR 318). Kommt der Borger mit den Zinsen in Rückstand, kann der Darleiher nach OR 107 vorgehen. Bei einem verzinslichen Darlehen muss auch der Borger evtl. Fristen beachten.

#### *b) Schutzvorschriften und Verjährung*

Geschützt sind vorab die Bevormundeten, und diejenigen mit Beirat. **Alleine können sie kein Darlehen aufnehmen** (ZGB 395 I, 421). Der Darleiher kann vor Übergabe des Eigentums vom Vertrag zurücktreten, wenn der Borger zahlungsunfähig geworden ist (OR 316, vgl. 83). Vgl. dazu ferner das KKG (Konsumkreditgesetz).

Es besteht eine nur halbjährige Verjährungsfrist für den Borger auf Auszahlung der Darlehenssumme gegenüber dem Darleiher. Die Frist beginnt zu laufen, wenn der Darleiher

in Verzug ist (OR 315). Die Frist gilt auch für den Darleiher gegenüber dem Borger auf Annahme der Summe. Bei Ende des Darlehens besteht die ordentliche Frist von 10 Jahren (OR 127), welche bei Fälligkeit zu laufen beginnt. Bei ZGB 807 besteht keine Verjährung.

*c) Das partiarische Darlehen*

Von einem partiarischen Darlehen spricht man, wenn der Darleiher sich vom Borger statt des Zinses oder neben dem Zins **noch einen Anteil am Gewinn** zusichern lässt oder wenn jemand Geld in eine Gesellschaft einwirft, ohne Gesellschafter zu werden, und sich einen Teil des Geschäftsergebnisses als Gegenleistung versprechen lässt.

*d) Das Konsumkreditgesetz*

Der Konsumkredit wurde aus dem OR ausgegliedert (vgl. OR a226 ff.). Zu beachten sind im KKG insbesondere die umfangreichen Formvorschriften für Kredite und Abzahlungsgeschäfte (KKG 9 ff.). Selbst das Leasing fand damit Eingang ins Gesetz (KKG 11). Der Höchstzinssatz wird vom Bundesrat festgelegt, sollte i.d.R. aber 15% nicht überschreiten (KKG 14).

## **2.5. Arbeitsvertrag**

### **2.5.1. Einzelarbeitsvertrag**

*a) Einleitung*

**i. Allgemeines**

Das Arbeitsrecht regelt als Sonderrecht den sozialen Tatbestand der abhängigen Arbeit, d.h. derjenigen Arbeit, in der man sich einer fremden Arbeitsorganisation eingliedert. In den Zeiten der Industrialisierung geriet der Lohnarbeiter in eine faktische Abhängigkeit des Arbeitgebers. Dem wirkte man mit der Schaffung öffentlichrechtlicher Pflichten des Arbeitgebers entgegen (Arbeiterschutzrecht), sowie durch die Zwangsversicherungen des Arbeitnehmers, der besonderen Gerichtsbarkeit und der sozialeren Ausgestaltung des Arbeitsvertragsrechts.

Heutzutage ist die ökonomische Zwangslage des Arbeitnehmers nicht mehr so drückend, weshalb eine Wiederannäherung des Arbeitsrechts an das Zivilrecht erfolgt. Durch die Gewerkschaften bleibt den Arbeitnehmern ein akkurater Schutz.

**ii. Geltungsbereich des Arbeitsrechts**

**Arbeitgeber** ist, wer sich in einem privatrechtlichen Vertrag Arbeitsleistung unter Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation versprechen lässt. Unerheblich ist dabei,

ob der Beschäftigung ein rechtsgültiger Arbeitsvertrag zugrunde liegt oder nicht, der Dienstherr eines Geisteskranken ist ebenfalls Arbeitgeber.

Die Arbeitgeberstellung wird durch den Anspruch auf Arbeitsleistung und das Direktionsrecht geprägt. Beides kann verschiedenen Personen zustehen, da Arbeitgeber sowohl eine juristische wie auch natürliche Person sein kann; der Leiter eines Betriebes jedoch nur ein Mensch. Der konkrete Arbeitgeber ist aber nur der Träger der obersten Direktionsgewalt (also z.B. das geschäftsführende Organ der juristischen Person und nicht der Vorgesetzte). Abstrakter Arbeitgeber ist derjenige, der den Anspruch auf Arbeitsleistung hat, so zum Beispiel die Aktiengesellschaft.

**Arbeitnehmer** ist, wer sich in einem privatrechtlichen Vertrag verpflichtet, Arbeit unter Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation und damit fremdbestimmt zu leisten. Die Motive sind unerheblich, ausser wenn die Beschäftigung ausschliesslich zum Zwecke der Heilung oder Erziehung erfolgt (Beschäftigungstherapie) und dient sie nicht zu Erwerbszwecken des „Arbeitgebers“, liegt kein Arbeitsvertrag vor.

Entscheidend ist das Merkmal der **rechtlichen Unterordnung**, welches beim selbständigen Unternehmer, bei geschäftsführenden Organen juristischer Personen, im Rahmen familienrechtlicher Verpflichtungen, bei Gesellschaftern (nicht beim Kommanditär) oder bei den unfreiwilligen Arbeitnehmern (Strafgefangene) fehlt.

Franchisenehmer, Einzelfirmenvertreter oder Tankstellenpächter sind arbeitnehmerähnliche Personen, da bei ihnen eine starke wirtschaftliche Abhängigkeit vorhanden ist. Das Bundesgericht tendiert dazu, die zwingenden Vorschriften des Arbeitsrechts analog anzuwenden. **Juristische Personen** können nicht Arbeitnehmer sein, sie schliessen Dienstleistungsverträge ab. Der Bezug einer **Hilfsperson** für den Arbeitnehmer ist möglich, sofern dies verabredet ist oder sich aus den Umständen ergibt. Ansonsten ist das Arbeitsverhältnis höchstpersönlich.

Beim **gestuften Arbeitsverhältnis** (z.B. bei der Engagierung eines Dirigenten mit Orchester über eine längere Zeit) ist neben Arbeitnehmer und Arbeitgeber noch ein Dritter vorhanden, der durch die Anstellung des Arbeitgebers (Dirigent) auch Arbeitgeberpflichten (insbesondere die Fürsorgepflicht) gegenüber den Arbeitnehmern (Musiker) übernimmt.

### iii. Sachlicher Geltungsbereich

Das Arbeitsrecht erstreckt sich auf alle Arbeitsorganisationen. Das sind arbeitsteilig organisierte Zusammenfassungen von persönlichen, sachlichen und immateriellen Mitteln zur fortgesetzten Verfolgung eines arbeitstechnischen Zweckes.

Dienen die Arbeitsorganisationen des eigenen Bedarfs, spricht man von Hausalt. Gehen sie über den Eigenbedarf, sind es Betriebe. Die Arbeitsorganisation in der öffentlichen Hand nennt man Dienststellen.

### iv. Abgrenzungen

Zum Werkvertrag: Geschuldet ist nicht ein Werk, sondern Arbeitsleistung. Entscheidend ist jedoch das **Unterordnungskriterium**. **Bei der Akkordarbeit ist der Arbeitserfolg nur Massstab der Entlohnung, und wird nicht vom Arbeitnehmer garantiert** (vgl. OR 327, der Akkordarbeiter ist grundsätzlich in den Räumen des Arbeitgebers; ist er in

seinen eigenen, ist eine zusätzliche Vergütung geschuldet; beim Werkvertrag ist diese Entlöhnung schon Teil des Werklohnes OR 364 III).

Zum Auftrag: Auch hier besteht kein Unterordnungsverhältnis und auch kein Dauerverhältnis, weil jederzeit wieder gekündigt werden kann. Zusätzlich liegt regelmässig keine betriebliche Einordnung vor.

## **b) *Begründung eines Arbeitsverhältnisses***

### **i. Rechtsquellen**

Das Individualarbeitsrecht regelt die privatrechtlichen Beziehungen zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer. Es sind unterschiedliche Rechtsquellen vorhanden. Neben den gesetzlichen Regelungen (OR 319-362) existieren einzelne Spezialgesetze (z.B. ArG oder AVG) und viele Rechtsverordnungen. Die öffentlichrechtlichen Normen haben privatrechtliche Wirkungen (OR 342 II).

Der Normalarbeitsvertrag ist eine besondere Form der Rechtsverordnung, nämlich ein Erlass des Bundes oder der Kantone (zuständig ist der Regierungsrat [EG OR 10]), der dispositives Vertragsrecht für bestimmte Typen von Arbeitsverhältnissen setzt. Inhalt sind die Bestimmungen über den Abschluss, den Inhalt und die Beendigung einzelner Arten von Arbeitsverhältnissen (OR 359 I). Die praktische Bedeutung hat der Normalarbeitsvertrag dort, wo sich noch kein Gesamtarbeitsvertrag durchsetzen konnte. Vorgeschrieben ist die Erstellung des Normalarbeitsvertrages für landwirtschaftliche Arbeitsverhältnisse sowie für solche im Haushalt (OR 359 II).

Die weiteren Rechtsquellen sind die Einzelvereinbarungen, das Direktionsrecht (OR 321d I), die betriebliche Übung, die Betriebsordnung und der Gesamtarbeitsvertrag (OR 356-358).

Grundsätzlich besteht von oben nach unten folgende Rangordnung:

- Zwingendes Gesetzes und Verordnungsrecht (OR 358 ff., ArG 38 III).
- Normative Bestimmungen von Gesamtarbeitsverträgen (OR 357, 360 I, ArG 38 III).
- Die Betriebsordnung (ArG 39 II, OR 360 I).
- Arbeitsvertrag.
- Normalarbeitsvertrag (OR 360 I).
- Dispositives Gesetzesrecht.
- Weisungen des Arbeitgebers.

Diese Ordnung wird durch das **Günstigkeitsprinzip** abgeändert, wonach eine rangschwächere Regelung dann vorgeht, wenn sie für den Arbeitnehmer günstiger ist (OR 358, 359 III). Dieses Prinzip wird durch die Regelung von OR 361 abgeschwächt, die zwingende gesetzliche Regelung zum Schutze des Arbeitgebers vorsieht, d.h. nur noch die in OR 362 aufgezählten Normen können zugunsten des Arbeitnehmers abgeändert

werden. **Die Betriebsordnung kann durch den Normalarbeitsvertrag nicht abgeändert werden, da dieser nur dispositives Recht setzt (OR 360 I). Im Verhältnis zum Einzelarbeitsvertrag gilt jedoch wieder das Günstigkeitsprinzip (OR 357 I analog).**

## ii. **Inhalt und Rechtsnatur des Einzelarbeitsvertrages**

Gegenstand des Arbeitsvertrages ist die **Arbeitsleistung**. Dies ist jede planmässige, auf Befriedigung eines Bedürfnisses gerichtete körperliche oder geistige Verrichtung, sowie die Arbeitsbereitschaft im Betrieb im Sinne der Präsenzzeit, welche mangels vertraglicher Abrede zu entlohnen ist. Der Weg zum Arbeitsort fällt nicht darunter. Egal ist, ob ein Arbeitserfolg zustande kommt.

Beim **Abhängigkeitsverhältnis** ist die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation gemeint, aus welcher typischerweise ein Abhängigkeitsverhältnis entsteht. Handelt jemand auf eigenen Namen und auf eigene Rechnung, ist er auch dann Selbständigkeits-erwerbender, wenn er einem Organisationskonzept untergeordnet ist (z.B. Franchisenehmer, wobei er bei starker wirtschaftlicher Abhängigkeit als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen ist). Die persönliche Abhängigkeit entsteht durch die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers, die betriebliche Abhängigkeit durch die Eingliederung in den Betrieb und sodann die wirtschaftliche Abhängigkeit durch das Angewiesensein auf den Lohn.

Das Arbeitsverhältnis muss auf **bestimmte oder unbestimmte Zeit** begründet werden, denn nicht ein Arbeitsergebnis ist geschuldet, sondern man verwendet Zeit für den Arbeitgeber. Durch das Wort „regelmässig“ in OR 319 II nimmt das Gesetz eine Abgrenzung der Teilzeitarbeit zur Gelegenheitsarbeit vor. Bei der Teilzeitarbeit werden OR 321a III (Schwarzarbeit) und 321c (Überstunden) nicht angewendet.

Zum Arbeitsverhältnis gehört die **Entrichtung eines Lohnes**; ansonsten liegt ein Auftragsverhältnis vor, oder ein Verhältnis, das sich ausserhalb des Rechts befindet (Gefälligkeit). Neben dem Lohnanspruch hat der Arbeitnehmer ein Recht auf Beschäftigung aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, wenn die Nichtbeschäftigung zu einer erheblichen Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitgebers führt, vorausgesetzt dass nicht existenzielle Interessen des Arbeitgebers vorhanden sind.

## iii. **Abschluss des Einzelarbeitsvertrages**

Wie jeder Vertrag entsteht auch der Einzelarbeitsvertrag durch übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung (OR 1). Voraussetzung ist Handlungsfähigkeit (ZGB 12 ff.), nicht handlungsfähige Personen bedürfen der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters (ZGB 19, 410). Betriebsordnungen gelten dann, wenn sie behördlich kontrolliert worden sind, oder wenn sie den Anforderungen der AGBs genügen.

Nach OR 320 II gilt der Arbeitsvertrag als abgeschlossen, wenn der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienste entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist. Somit kann der Arbeitsvertrag auch konkludent zustande kommen, denn im Stillschweigen soll kein Verzicht auf den Lohnanspruch liegen. Die Norm ist nur **unanwendbar, wenn ein Entgelt ausdrücklich ausgeschlossen worden ist**. Zu beachten ist, dass die Bestimmungen über den Lidlohn vorgehen (ZGB 334, 334bis). Im Verhältnis zu ZGB 165 ist sie zusammen anwendbar, wie auch auf das Konkubinatsverhältnis. Zu beachten ist, dass Hausarbeit als Leistung an den gemeinsamen Haushalt und nicht im Hinblick auf einen vermögenswerten Vorteil erbracht wird.

#### **iv. Vorvertragliche Rechtsbeziehungen und Einstellungsverweigerung**

Schon im Vorvertragsstadium kann es zu Treue- und auch Geheimhaltungspflichten kommen. So kann ein Schadenersatzanspruch aus culpa in contrahendo dann erwachsen, wenn eine Partei den Eindruck erweckt, dass es sicher zu einer Anstellung kommen wird. Stellenausschreibungen sind keine Offerten, sondern Einladungen zur Offertstellung.

Gewisse Pflichten ergeben sich aus dem Gleichstellungsgesetz und dem Datenschutzgesetz. Bereits die Befragung des Arbeitssuchenden stellt eine Datenbearbeitung i.S.v. DSG 3 e dar (vgl. DSG 4 III und OR 328b). So darf der Arzt bei Tauglichkeitsbefragungen nur darüber Auskunft geben, und nicht über die gesamte Diagnose. Nach Scheitern einer Bewerbung sind die Unterlagen zurückzugeben (ZGB 641 II), oder zu vernichten (DSG 4 II, sofern sie im Eigentum des Arbeitgebers sind). Aus dem Gleichstellungsgesetz erwächst ein Anspruch auf Entschädigung (GIG II 1, vorbehalten Schadenersatz und Genugtuung), sofern man wegen einer Geschlechterdiskriminierung nicht eingestellt wurde (höchstens 3 Monatslöhne). Als Beweiserleichterung kann man die Begründung der Einstellungsverweigerung verlangen (GIG 8 I, StGB 292). Der Anspruch verwirkt innert 3 Monaten (GIG 8 II).

Die Willenserklärungen der Parteien dürfen nicht mit Mängel behaftet sein (OR 20 ff.). Fragen, die nichts mit der Anstellung zu tun haben, müssen nicht beantwortet werden (OR 328b, DSG 13 II a), sie können sogar wegen Persönlichkeitsverletzungen unrichtig beantwortet werden (Notwehrrecht der Lüge). Eine Anfechtung aus diesem Grund kommt nicht in Frage. Allerdings ist das Notwehrrecht der Lüge angesichts des praktischen fehlenden Kündigungsschutzes meist wenig hilfreich.

Fragen wegen Schwangerschaft müssen nur dann wahr beantwortet werden, wenn es sich aus der Arbeit ergibt (z.B. Opernsängerin). Eine Nichtanstellung wegen Schwangerschaft stellt selbst dann eine Diskriminierung dar, wenn sich auf eine Stelle nur Frauen melden (GIG 3 I und II). Das gleiche muss auch für Männer wegen Militärdienst gelten. Werden keine Fragen gestellt, entsteht u.U. eine Mitteilungspflicht (z.B. die Schwangere als Opernsängerin, oder der Mitarbeitende wegen fehlender Ausbildung).

Da der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer die Vorlage eines Strafregisterauszuges verlangen kann, besteht in dieser Hinsicht eine Wahrheitspflicht des Arbeitnehmers. Aus den Verhältnissen kann sogar eine Mitteilungspflicht resultieren (z.B. Buchhalter bei Vermögensdelikten, Chauffeur wegen schweren SVG-Delikte). Sie ergibt sich auch dann, wenn der Gesundheitszustand die Erfüllung der vorgegebenen Arbeiten nicht erlaubt (vgl. OR 24).

#### **v. Schranken der Vertragsfreiheit**

Schranken finden sich bei den gesetzlichen Beschäftigungsverboten. Es wird zwischen Arbeitsinhaltsverboten (z.B. für bestimmte Arbeiten von Jugendlichen) und Abschlussverboten (z.B. Ausländer ohne Arbeitsbewilligungen, keine Befähigung zur Ausbildung von Jugendlichen) unterschieden. Einstellungsgebote existieren nicht, auch nicht im GIG. Verstösse gegen Arbeitsinhaltsverbote haben Nichtigkeit zur Folge, solche gegen Abschlussverbote behindern die Wirksamkeit nicht. Es besteht ein Lohnanspruch gemäss OR 324 wegen Annahmeverzugs in der ordentlichen Kündigungsfrist, ein Recht zur ausserordentlichen Kündigung besteht nicht, weil das Beschaffen der Arbeitsbewilligung in das Unternehmerrisiko fällt. Einschränkungen in der Inhaltsfreiheit ergeben sich aus dem Arbeitsschutzrecht, Gesamtarbeitsverträgen und aus Betriebsordnungen.

Für den Einzelarbeitsvertrag besteht **Formfreiheit** (OR 320 I, 11 I, dispositiv). Ausnahmen ergeben sich beim Lehrvertrag (OR 344a I) und beim Heuervertrag des Seemannes. Zahlreiche Abreden erfordern jedoch im Interesse der Rechtssicherheit und zum Schutz des Arbeitnehmers Schriftform (vgl. OR 312c III, OR 323 II etc.). Bei AGB ist deren Gültigkeit zu prüfen.

OR 320 II lässt den stillschweigenden Vertragsabschluss zu, wobei im Stillschweigen kein Verzicht auf den Lohnanspruch liegen soll, was auch für geleistete Arbeit bei noch nicht vorliegender Vertragseinigung gilt. OR 320 II ist auch auf das Konkubinat anwendbar, wobei Tätigkeiten des Lebenspartners im gemeinsamen Haushalt nicht darunter fallen, weil Hausarbeit als Leistung an den gemeinsamen Haushalt und nicht im Hinblick auf einen vermögenswerten Vorteil erbracht wird.

Ein Formmangel kann geheilt werden; wer freiwillig erfüllt in Kenntnis des Mangels und sich danach darauf beruft, handelt rechtsmissbräuchlich. Vor Erfüllung ist die Berufung immer zulässig.

#### vi. **Mängel des Arbeitsvertrages**

Bei Teilnichtigkeit bleibt der Arbeitsvertrag entgegen OR 20 II zum Schutze des Arbeitnehmers aufrechterhalten. Die nichtigen Teile werden ersetzt durch Mindestarbeitsbedingungen

Bei Nichtigkeit des gesamten Vertrages entsteht wiederum zum Schutze des Arbeitnehmers ein **faktisches Vertragsverhältnis**. Das Vertragsverhältnis wird nur auf die Zukunft aufgelöst, nicht auf die Vergangenheit (OR 320 III). Der Arbeitnehmer muss in gutem Glauben gearbeitet haben. Entgegen ZGB 3 muss ihm die positive Kenntnis von der Ungültigkeit des Vertrages nachgewiesen werden. Ist dies der Fall, ist nach OR 62 ff. fortzufahren. Ist der Ungültigkeitsgrund zum Zeitpunkt der Vertragsauflösung nicht mehr gegeben, genießt das Vertragsverhältnis Kündigungsschutz.

#### c) ***Pflichten des Arbeitnehmers***

##### i. **Arbeitspflicht**

Das ist die Hauptpflicht des Arbeitnehmers. Sie ist im Zweifel nur persönlich zu erfüllen (OR 321, lex specialis zu OR 68, vgl. OR 351 beim Heimarbeitsvertrag). Im Falle der Erfüllung der Arbeitsleistung durch Dritte, hat der Arbeitnehmer für dessen Verhalten einzustehen (OR 101).

Ein mittelbares Vertragsverhältnis entsteht dann, wenn der Arbeitnehmer zur Erfüllung seiner Arbeitspflicht in eigenem Namen Arbeitsverträge mit Dritten abschliesst. Der Arbeitnehmer wird als mittelbarer Arbeitgeber bezeichnet, und hat gewisse Fürsorgepflichten gegenüber dem Gehilfen, wie auch ein aus den Umständen sich ergebendes Direktionsrecht. Aus Arbeitnehmerschutzgründen ist im Zweifel ein direktes Gehilfenverhältnis anzunehmen, nicht ein mittelbares Arbeitsverhältnis.

Eine Ausnahme von der persönlichen Arbeitspflicht kann bei Gruppenarbeitsverhältnissen eintreten. Es gibt Betriebs- und Eigengruppen. Letztere ist eine einfache Gesellschaft, es besteht also nur ein Vertragsverhältnis.



Durch den höchstpersönlichen Charakter der Arbeitspflicht ist der Arbeitgeber **nicht befugt, seinen Anspruch auf Arbeitsleistung auf andere zu übertragen** (OR 333 IV). Ausnahmen sind der Personalverleih und ein Vertrag zugunsten Dritter (z.B. Hausgehilfin für den kranken Vater). OR 333 IV ist jedoch **dispositiv**, der Arbeitgeber kann sich demnach die Übertragung vorbehalten.

Der Inhalt ergibt sich aus den Vereinbarungen, die nach Treu und Glauben (ZGB 2) ausulegen sind, und durch das Weisungsrecht des Arbeitgebers konkretisiert werden. Es können Nebenpflichten bestehen (z.B. Verkäuferin zum Staubwischen, nicht aber zu Arbeit im Haushalt des Arbeitgebers).

Ort der Arbeitsleistung ist die **gesamte Rechtweite der Arbeitsorganisation, nur bei Unzumutbarkeit oder Vereinbarung ist sie auf einen Betrieb (oder Platz) beschränkt**. Bei der Arbeitszeit sind die zwingenden Bestimmungen des Arbeitsgesetzes (ArG 9-28) zu beachten. **Bei Festtagsbrücken entsteht kein Ersatzanspruch gegenüber dem Arbeitgeber, wenn der Arbeitnehmer seinen freien Tag z.B. wegen Krankheit nicht nutzen konnte**. Zur Flexibilisierung sind Block- und Gleitzeiten möglich, wie auch Teilzeitarbeit. Bei letzteren sind die Vorschriften des Arbeitsvertragsrechts anwendbar (OR 319 II), allerdings mit Ausnahmen (z.B. Gewährung von Freizeit für den persönlichen Bedarf OR 329 III, Schwarzarbeit OR 321a III oder Überzeit OR 312c).

Bei Abrufarbeit ist die Form problematisch, bei welcher der Arbeitnehmer zur Befolgung des Abrufes verpflichtet ist, weil eine Verlagerung des wirtschaftlichen Risikos auf den Arbeitnehmer stattfindet.

## ii. Überstundenarbeit

Überstundenarbeit ist nur dann notwendig, wenn seitens des Arbeitgebers ein betriebliches und produktionstechnisches Bedürfnis besteht. Sie kann auch nur periodisch notwendig und deswegen voraussehbar sein.

Jede über die normale Arbeitszeit überschreitende Arbeit ist Überstundenarbeit. Der Arbeitnehmer ist zu deren Leistung verpflichtet (OR 321c I, 361 I), sogar wenn der Arbeitgeber sie nicht angeordnet hat, jedoch für den Arbeitnehmer erkennbar ist, dass die Überstundenarbeit zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist. Die Vergütung bei nicht angeordneten Überstunden muss bei der nächsten Lohnzahlung geltend gemacht werden, ansonsten ist der Anspruch verwirkt. Bei angeordneten Überstunden besteht eine Verjährung von 5 Jahren (OR 128 3.)

Die Überstundenarbeit ist durch das ArG begrenzt, sowie durch die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers. Werden die Grenzen des ArG überschritten, spricht man von **Überzeitarbeit**. Sie kann auch unzumutbar sein, nämlich wenn der Arbeitgeber durch eine bessere Organisation oder durch den Beizug von Hilfskräften den Engpass vermeiden kann (v.a. bei langem Zeitraum). **Leitende Angestellte** können gar keine Überstunden leisten, da ihre vertragliche Arbeitszeit nicht näher definiert ist. Leitende Angestellte sind solche, die über Entscheidungsbefugnisse in wichtigen Angelegenheiten verfügen.

Wenn zum Abbau der Zeit eine Einigung über einen Freizeitausgleich nicht zustande kommt, entsteht ein Anspruch auf Überstundenvergütung, der mindestens 125% des Lohnes ausmacht, ausser die Überstundenarbeit ist nur geringfügig (OR 321c III ist dispositiv, vor allem für Teilzeitarbeitende wichtig, da sonst interne Unstimmigkeiten zwischen Vollzeit- und Teilzeitarbeitenden entstehen können).

Eine gesonderte Vergütung der Überstundenarbeit kann auch vertraglich ausgeschlossen werden. Grenze für die abweichende Vereinbarung der Überstundenvergütung ist die Überzeitarbeit, also die Arbeit, die die zulässige Höchstarbeitszeit überschreitet (125% des Lohnes, ArG 13, zwingend, OR 342 II). Leitende Angestellte sind auch hier ausgenommen (ArG 3 d, zu beachten ist jedoch die Leistungsfähigkeit).

Eine Vorleistung (z.B. wegen einer Ferienbrücke) ist keine Überstundenarbeit, selbst wenn sie über die Wochenarbeitszeit ragt, es liegt eine schlichte Abänderung des Vertrages vor.

### iii. Vorübergehende Inhaltsänderungen

Besondere Umstände können die Arbeitspflicht vorübergehend erweitern, beschränken oder sogar entfallen lassen. Eine Erweiterung trifft den Arbeitnehmer dann, wenn er nach Treu und Glauben mehr leisten muss (z.B. nach einem Unfall oder Brand).

Beschränkungen sind nur durch Übereinkunft möglich, wenn damit Lohnkürzungen vorgenommen werden. Ansonsten spricht man von Kurzarbeit oder Werksbeurlaubung. Zwangsferien können angeordnet werden aus betrieblichen Gründen. Eine weitere Beschränkung ist bei Streik möglich.

Zum Wegfall der Arbeitspflicht kommt es bei fehlender Lohnzahlung, der Arbeitnehmer hat ein **Leistungsverweigerungsrecht** (analog OR 82, der Anspruch auf Lohn bleibt aufrechterhalten). Der Arbeitgeber kommt in Annahmeverzug (OR 91). Die Arbeitspflicht entfällt auch bei Unmöglichkeit (OR 119 I), so z.B. bei Erfüllung höherer Pflichten, Krankheit und staatlich anerkannten Feiertagen. Kein gesetzlicher Wegfall der Arbeitspflicht, wohl aber die Pflicht des Arbeitgebers zur Arbeitsbefreiung besteht für einen Tag in der Woche (OR 329 I und II), bei Familienereignissen, zum Aufsuchen einer neuen Arbeitsstelle (OR 329 III), während den Ferien, für Arbeitnehmer mit Familienpflichten (ArG 36 III) und im Rahmen des Mutterschutzes. Zum Wegfall kommt es endlich bei der Freistellung nach erfolgter Kündigung (OR 324 II, 337c II analog).

### iv. Sorgfaltspflicht

Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, die ihm übertragenen Arbeiten sorgfältig auszuführen (OR 321a I). Das ist keine eigentliche Pflicht, sondern nur ein Sorgfaltsmassstab für die Schadenersatzpflicht wegen mangelhafter Arbeitsleistung (OR 321e).

### v. Treuepflicht

Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren (OR 321a I); die Treuepflicht ist primär eine **Unterlassungspflicht**. Das Gegenstück dieser Treuepflicht ist die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Der Arbeitnehmer hat alles zu unterlassen, was den Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen kann (z.B. Telefonieren, Anzeigen bei Behörden, Schmiergeldverbot oder illegaler Streik). Die Treuepflicht kann so verletzt werden, dass die Rechtsfolgen der Nichterfüllung greifen. Möglich ist auch der durch die Treuepflicht entstehende Zwang zu einem positiven Handeln (z.B. Meldung von drohenden Schäden im Betrieb), oder dass sie bis über das Arbeitsverhältnis hinausragt (z.B. als Pflicht zur Begründung von Kündigungen seitens des Arbeitnehmers, die die Geltendmachung von Ansprüchen wegen rechtswidriger Kündigung erleichtern soll). **Grenzen der Treuepflicht sind die berechtigten Interessen**

**des Arbeitnehmers.** Das Abwerben eines Arbeitnehmers (bzw. –kollegen) verletzt erst dann die Treuepflicht, wenn er zum Vertragsbruch verleitet wird oder wenn dies systematisch gemacht wird, um den Arbeitgeber zu schädigen. Arbeitnehmer in unteren Stellungen haben ihre Kollegen nur dann anzuzeigen, wenn der Schaden unverhältnismässig hoch ist. Die Treuepflicht ist je nach Arbeit anders, sie kann auch zur Präzision vertraglich festgehalten werden, Eine Coiffeuse, die noch während der Arbeitszeit auf die bevorstehende Eröffnung ihres eigenen Salons hinweist, verletzt die Treuepflicht nicht, da der Kunde erfahrungsgemäss wegen der Tüchtigkeit der Coiffeuse eine enge Verbundenheit zu ihr hat.

Wenn durch eine Nebenbeschäftigung mit Entgelt die eigene Leistungsfähigkeit herabgesetzt wird, und man deshalb nicht mehr seine Arbeitspflicht voll erfüllen kann, ist die Treuepflicht verletzt (vgl. OR 321a III, Schwarzarbeit). Ohne Entgelt liegt ein Verstoß gegen OR 321a I vor. Ein Verbot der Nebentätigkeit im Vertrag greift jedoch in die Persönlichkeit ein und ist nichtig (OR 20 II). Zulässig ist eine Anzeigepflicht. Unzulässig ist eine Nebenbeschäftigung, die den Arbeitgeber konkurriert („Schwarzarbeit“).

**Geheimhaltungspflicht:** Fabrikationsgeheimnisse betreffen den technischen Bereich (z.B. ein Produktionsverfahren), Geschäftsgeheimnisse den kaufmännisch - organisatorischen Bereich (z.B. ein Kundenverzeichnis). Will sie (oder andere Tatsachen) der Arbeitgeber geheim gehalten wissen, entsteht die Geheimhaltungspflicht beim Arbeitnehmer (OR 321a IV, StGB 162, OR 132e I). Die Geheimhaltungspflicht besteht absolut. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geht die Geheimhaltungspflicht nur soweit, als es zur Wahrung berechtigter Interessen des Arbeitgebers notwendig ist (Verschwiegenheitspflicht, zeitlich unbeschränkt). So darf der Arbeitnehmer seine erlangten Fähigkeiten an einem anderen Ort ausüben, nicht aber z.B. die Kenntnisse über ein betriebseigenes Fabrikationsverfahren. Die Geheimhaltungspflicht kann vertraglich konkretisiert werden.

**Rechenschafts- und Herausgabepflicht:** Der Arbeitnehmer hat alles herauszugeben, was er durch seine Tätigkeit erlangt hat (OR 321b I) oder hervorbringt. Im Rahmen von ZGB 726 I ist der Arbeitgeber als Verarbeiter zu betrachten, da der Arbeitnehmer Besizdiener ist. Trinkgelder müssen nicht herausgegeben werden, Schmiergelder schon (OR 423 I). Im Rahmen der Rechenschaftspflicht ist der Arbeitnehmer zu vollständiger, wahrheitsgetreuer und rechtzeitiger Benachrichtigung des Arbeitgebers verpflichtet.

**Befolgungspflicht:** Sie ist in OR 321d II normiert. In Ausnahmefällen kann auch ausserdienstliches Verhalten vorgeschrieben werden, wenn es das Arbeitsverhältnis konkret berührt. Grenze ist wiederum das berechnigte Eigeninteresse des Arbeitnehmers. Schranken der Befolgungspflicht sind die in Vertrag oder Gesetz (auch dispositiv) geregelten Pflichten.

Die Anordnungen müssen mit der Arbeitsleistung in einem **unmittelbaren Zusammenhang** stehen und sich im Rahmen des Üblichen halten. Grenzen der Befolgungspflicht sind ZGB 2 und OR 328. Befolgt der Arbeitnehmer eine rechtswidrige Weisung und entsteht daraus ein Schaden, entfällt die Haftung aus OR 321e (entsprechend OR 44 I).

## vi. Haftung des Arbeitnehmers bei Pflichtverletzung

Im Falle eines Verschuldens ist der Arbeitnehmer nach OR 97 ff. haftbar, wobei für Heimarbeiter und Seeleute Spezialvorschriften vorhanden sind (OR 352 II, 352a III). Das Verschulden wird vermutet, der Arbeitgeber hat die Vertragswidrigkeit, den Schaden und die Kausalität nachzuweisen. Die alternative Berufung auf OR 41 ist möglich.

Wenn der Arbeitnehmer seiner Hauptpflicht nicht nachkommt, kann der Arbeitgeber die Lohnzahlung verweigern (OR 82, Lohnfortfall). Er kann auch gegen den Arbeitnehmer auf Erfüllung klagen (OR 107 II, nicht jedoch gegen die Unterlassung einer anderen Arbeit). Bei schädigendem Wettbewerb ist auch ein Unterlassungsanspruch gegeben, weil eine Treuepflichtverletzung vorliegt. Bei einem Schaden steht ihm Schadenersatz zu (OR 97, OR 321e I, ggf. OR 41 II), sowie eine Entschädigung (OR 337d), wenn der Arbeitnehmer die Stelle nicht antritt und abschliessend kann der Arbeitgeber fristlos kündigen. Der Arbeitgeber kann auch die Ausführung der Arbeiten einem Dritten übertragen, jedoch auf Kosten des säumigen Arbeitnehmers (OR 97, 98, 99, 321e I). Vorgesehen sein kann auch eine Konventionalstrafe.

Bei der Schlechterfüllung kommt eine Lohnverweigerung nicht in Frage, da die Lohnzahlungspflicht von der Qualität der Arbeit unabhängig ist. Möglich ist aber bei Schaden (OR 321e I) die Verrechnung (OR 120) des Schadenersatzanspruches. Eine Abrede, die eine Haftung ohne Verschulden vorsieht, ist nichtig. Die Haftung für Fahrlässigkeit ist zwingend gemildert (OR 321e II, für leichte Fahrlässigkeit kann sie wegbedungen werden OR 100 I).

Das Mass der Sorgfalt bestimmt sich nach dem konkreten Arbeitsverhältnis, sowie nach den persönlichen Fähigkeiten (Bildungsgrad, Fachkenntnisse) des Arbeitnehmers. Insofern liegt ein Sonderfall des Mitverschuldens vor. Wenn bei leichter Fahrlässigkeit der Schaden ein typisches Unternehmensrisiko darstellt (z.B. Geschirrbuch im Gastgewerbe), muss der Arbeitgeber ihn tragen (vgl. zum innerbetrieblichen Schadensausgleich OR 321e II).

Kennt der Arbeitgeber in etwa seinen Ersatzanspruch, darf er nicht bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses warten, sondern hat bei der nächsten Lohnzahlung Verrechnung geltend zu machen, da er ansonsten den Anschein erweckt, dass er auf die Ersatzforderung verzichtet.

Eine **ausserordentliche Kündigung ist nicht möglich**, jedoch die ordentliche Kündigung. Eine weitere Möglichkeit sind Disziplinar massnahmen (Betriebsjustiz), sofern sie in einer Betriebsordnung festgehalten werden (z.B. eine Vertragsstrafe, ArG 38 I).

#### *d) Pflichten des Arbeitgebers*

##### **i. Lohnzahlungspflicht**

Die Lohnzahlungspflicht ist das Gegenstück zur Arbeitspflicht des Arbeitnehmers und die Hauptpflicht des Arbeitgebers (OR 319 I). Die Lohnhöhe richtet sich nach der Vereinbarung. Vom Normalarbeitsvertrag kann durch Abrede abgewichen werden (OR 360), vom Gesamtarbeitsvertrag ist eine Abweichung durch das Günstigkeitsprinzip möglich (OR 357). Fehlt eine Vereinbarung, ist der übliche Lohn geschuldet (OR 322 I, Tätigkeit, Ort, Verhältnisse sprich Alter, Familie etc.).

Frauen haben Anspruch auf den gleichen Lohn wie die Männer (BV 8 III, geschlechtsneutral in GIG 3 II, 5 I d.). Die Arbeit muss gleichwertig sein, sachliche Unterscheidungen sind bis zur Grenze der Umgehung erlaubt. GIG 6 erfordert als Beweiserleichterung nur die Glaubhaftmachung einer geschlechtsspezifischen Ungleichbehandlung. Eine ähnliche Bestimmung wie BV 8 III enthält HArG 4 I für den Heimarbeiter (sog. Paritätslohn). Auch sie ist zivilrechtlich durchsetzbar (OR 342 II). Auch der ausländische Arbeitnehmer

hat Anspruch auf den Paritätslohn (ANAG 16 II i.V.m. BVO 9), selbst wenn keine Arbeitsbewilligung erteilt wird.

Die Art des Lohnes ist wiederum Sache des Einzelarbeitsvertrages. OR 322 II bestimmt lediglich bei der Aufnahme des Arbeitnehmers in die Hausgemeinschaft (Haushalt, Hausgewalt), dass Vermutungsweise Unterkunft und Verpflegung geschuldet ist. Eine wichtige Form des Naturallohns ist der Bezug von Produkten des Betriebes, sowie von Beteiligungen von Unternehmen. Diese fringe benefits müssen oft nicht oder nur reduziert versteuert werden.

Zeitlohn ist die Entlohnung nach Zeit, ohne Rücksicht auf das Arbeitsergebnis (OR 319 I), während Akkordlohn die Entlohnung nach geleisteter Arbeit darstellt (OR 319 I). Akkordlohn kommt auch als Gruppenakkord vor, bei dem eine Betriebsgruppe die Arbeit leistet und das Entgelt auf die einzelnen Mitglieder aufgeteilt wird (selten, davon unterschieden wird die Eigengruppe). Der Akkordlohnansatz muss spätestens (OR 362) vor Beginn der einzelnen Arbeit bekannt gegeben werden (Verbot des blinden Akkordes OR 326a). **Es ist kein Werkvertrag, da der Arbeitnehmer nicht das Arbeitsergebnis garantiert, sondern dieses ist nur Massstab der Entlohnung. Der Arbeitnehmer hat auch dann Anspruch auf eine Entlohnung, wenn das Arbeitsergebnis ohne sein Verschulden misslingt** (anders OR 368 I). Der Arbeitgeber ist grundsätzlich nicht berechtigt, statt Akkordarbeit Zeitlohnarbeit zuzuweisen, tut er dies trotzdem, schuldet er gleichwohl den durchschnittlich verdienten Akkordlohn. Die Ausnahme ist zwingend OR 361 I i.V.m. 326.

Wird die Erfolgsvergütung am Gesamterfolg des Unternehmens ausgerichtet, spricht man vom Anteil am Geschäftsergebnis, wird sie am Wert des einzelnen Geschäfts ausgerichtet, ist es eine Provision. Von der Gewinnbeteiligung ist die Beteiligung am Unternehmen abzugrenzen. Prämien sind Belohnungen für besonders befriedigende Arbeitsleistungen.

Bei der Berechnung des **Geschäftsergebnisses** sieht OR 322a I vor, dass es auf den Geschäftsgewinn und nicht auf den bilanzmässigen Vermögensgewinn ankommt. Berücksichtigt werden muss somit OR 959 f., 662- 670, 805 und 858. Solange bei der **Provision** nichts anderes abgemacht ist, entsteht die Provisionsforderung in vollem Umfang im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses (OR 322b I).

**Gratifikation:** Die Gratifikation ist eine Sondervergütung, die neben dem Grundlohn bei bestimmten Anlässen ausgerichtet wird (z.B. Weihnachten). Sie ist keine Schenkung, sondern eine zusätzliche Anerkennung für bereits geleistete oder als Ansporn für künftige Tätigkeiten. Wegen des bestimmten Anlasses ist sie keine Beteiligung am Geschäftsergebnis. Die Gratifikation erfolgt freiwillig (im Gegensatz zum 13ten, der Lohnbestandteil ist, sofern nichts anderes vereinbart ist), ausser sie ist vereinbart (OR 322d I). Eine Vereinbarung kann sich auch durch eine mehrjährige (drei Jahre) vorbehaltlose Zahlung ergeben. Der Grundsatz der Gleichbehandlung verbietet eine unsachliche Bevorzugung einzelner. Gelegentlich wird versucht, die Gratifikation davon abhängig zu machen, wie lange der Arbeitnehmer im Betrieb bleibt (z.B. Rückzahlungsklausel im Falle vorzeitigem Ausscheidens). Dies verstösst gegen die Kündigungsfreiheit und ist deswegen nichtig (OR 20 I). Die Nichtigkeit kann sich auch aus einem Verstoss gegen zwingende Arbeitnehmerschutzrechte ergeben. Eine Rückzahlung sollte nur dann möglich sein, wenn dem Arbeitnehmer trotzdem ein Vorteil bleibt. Da ein Sinn der Gratifikation der Ansporn des Arbeitnehmers ist, ist eine Kürzung der Gratifikation zulässig, wenn der Arbeitnehmer bei Fälligkeit der Gratifikation in einem gekündigten Arbeitsverhältnis steht.

Mangels Abrede ergibt sich der Ort der Lohnzahlung aus dem Umständen (OR 74 I, Betriebsstätte); der Lohn muss innert der Arbeitszeit geleistet werden (OR 323b I). Verabreden sind jedoch üblich (Lohnkonto, Ende des Monats). Provisionen werden ebenfalls Ende des Monats geleistet, ausser wenn die Durchführung des Geschäftes mehr als ein halbes Jahr dauert (OR 323 II). Für Anteile am Geschäftsergebnis siehe OR 323 III, für den Heimarbeitsvertrag siehe OR 353a I. Es besteht nach Massgabe der geleisteten Arbeit eine Pflicht zur Vorschussleistung (zwingend, OR 361 O, 323 IV), sofern die Voraussetzung der Notlage des Arbeitnehmers erfüllt ist und es dem Arbeitgeber zumutbar ist. Ein Rückbehaltungsrecht muss verabredet sein und ist nur im Gastgewerbe der Fall (OR 323a I, im Zweifel nicht als Konventionalstrafe, sondern als Sicherheit für zukünftige Forderungen). Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses wird der zurückbehaltene Lohn fällig (OR 339 I, Verrechnung möglich, nicht an OR 323b II gebunden). Im Unterschied zum Lohnrückbehalt wird eine Kautio einmalig zum Voraus einbezahlt.

## ii. Lohnanspruch trotz fehlender Arbeitsleistung

Annahmeverzug des Arbeitgebers liegt dann vor, wenn der Arbeitgeber sich weigert, den Arbeitnehmer arbeiten zu lassen, oder wenn er die ihm obliegenden Mitwirkungshandlung schuldhaft unterlässt. Bei Annahmeverzug des Arbeitgebers behält der Arbeitnehmer seine Lohnforderung, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein (OR 324 I, zwingend OR 362). Er muss jedoch beweisen, dass er seine Arbeitsleistung erfolglos angeboten hat. Abgezogen wird der Betrag, den der Arbeitnehmer durch zumutbare Arbeit anderswo hätte verdienen können (Temporärarbeit wird als zumutbar gehandelt).

Bei der Freistellung wird jedoch nichts angerechnet, da der Arbeitgeber den Arbeitnehmer ja von der Arbeit freistellen wollte. Möglich ist eine Herabsetzung des Lohnanspruchs wegen Mitverschuldens des Arbeitnehmers (vgl. OR 321e II). Ein sofortiger Vertragsrücktritt nach OR 95 ist durch die Sonderregelung von OR 324 ausgeschlossen.

War die Arbeitsleistung **anfänglich objektiv unmöglich, ist der Arbeitsvertrag nichtig** (OR 20). War sie nur subjektiv unmöglich, ist der Vertrag anfechtbar (kein Lohnanspruch wegen fehlender Arbeitsleistung, Schadenersatzpflicht nach OR 97). Bei **nachträglicher Unmöglichkeit** wird wie folgt unterschieden:

- Vom Arbeitgeber zu vertreten: OR 324 analog.
- Vom Arbeitnehmer zu vertreten (nur grobe Fahrlässigkeit, Drogen ja, Drogenentzugssymptome nein): Schadenersatz OR 97, kein Lohnanspruch (OR 119 II analog).
- Von beiden zu vertreten: Verrechnung des Lohnanspruches mit dem Schadenersatz.
- Von keiner Seite zu vertreten: Die Arbeits- wie die Lohnzahlungspflicht entfällt (OR 119 II), allerdings mit Ausnahmen (OR 119 III):
  - Unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers (Krankheit, Militär, Heirat, Arztbesuch etc.): Bei Arbeitsverhältnissen über 3 Monaten (OR 324a I, einzelne Arbeitsverhältnisse können zusammengerechnet werden) bleibt der Lohnanspruch bestehen, sofern die Gründe subjektiv sind. Bei objektiven Gründen (politische Unruhen, Katastrophen) trägt der Arbeitnehmer das Lohnrisiko, ausser sie betreffen den Betrieb. Treffen objektive Gründe

den Arbeitnehmer speziell, liegt ein subjektiver Grund vor (Aufräumarbeiten beim Haus wegen Hochwasserkatastrophe). Ein leichtes Verschulden schadet nicht (OR 324a, der Arbeitgeber trägt das allgemeine Lebensrisiko, z.B. Sportunfälle). Hat ein Dritter die Arbeitsunfähigkeit verschuldet, so hat der Arbeitgeber, der den Lohn weiterbezahlt hat, gegen diesen einen Regressanspruch nach OR 51 II. Der Arbeitnehmer ist für das Vorliegen eines Verhinderungsgrundes beweispflichtig. Die Dauer beträgt mindestens 3 Wochen im ersten Dienstjahr (OR 324a, 362). Ausgeschlossen ist der Lohnanspruch, wenn der Arbeitnehmer für mindestens 80% versichert ist (OR 324b I). **Erstreckt sich die subjektive Arbeitsunfähigkeit auf das nächste Dienstjahr, so entsteht der Lohnfortzahlungsanspruch im neuen Jahr in der für dieses Jahr vorgesehenen Dauer unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer den Anspruch des Vorjahres voll ausgeschöpft hat oder nicht.** Bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit ist unklar, ob die gesetzlichen Mindestansprüche die Lohnsumme bezeichnen, die bei voller Arbeitsunfähigkeit bei beschränkter Zeit geschuldet ist (Geldminimum), oder ob die Mindestansprüche als Zeitminimum der Lohnzahlung gemeint sind. Man wird sich im Interesse der Rechtssicherheit für das Geldminimum entscheiden müssen.

- **Typisches Betriebsrisiko:** Wenn der Arbeitsausfall zum Betriebsrisiko gehört, bleibt der Lohnanspruch bestehen. Die Betriebsstörung kann betriebstechnischer (Maschinenschaden), behördlicher (staatliches Herstellungsverbot) oder wirtschaftlicher Art (Auftragsmangel) sein. Dass der Arbeitgeber das Betriebsrisiko trägt, ergibt sich aus OR 324 I (zu Gunsten des Arbeitnehmers zwingend OR 362). Ausnahmen ergeben sich beim Streik, wenn der Arbeitgeber wirtschaftlich in seiner Existenz bedroht ist, oder durch Novation des Arbeitsvertrages,

Der Lohnanspruch enthält auch eine Entschädigung für entgehende Verpflegung, Unterkunft und Trinkgelder, sofern diese Bestandteil des Lohnes bilden. Vorteile muss sich der Arbeitnehmer aber anrechnen lassen. Die angemessene längere Zeit des Lohnfortzahlungsanspruches von OR 324a II bemisst der Richter (nach verschiedenen Skalen, wobei davon abgewichen werden kann, z.B. wegen erheblichen früheren Leistungen des Arbeitgebers wegen Verhinderung des Arbeitnehmers, oder wegen grossen Familienlasten des Arbeitnehmers). **Sozialabzüge werden keine getätigt, ausser bei IV-, MV- oder EO- Leistungen.**

OR 324a I bis III ist dispositiv zu Gunsten des Arbeitnehmers (kein Formerfordernis). Um zu verhindern, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber auf unbestimmte Zeit Kredit gewährt und das Risiko trägt, die Gegenleistung nicht zu erhalten, kann der Arbeitnehmer die Arbeit verweigern (OR 82, Lohn steht im aber analog OR 324 zu).

### iii. **Lohnsicherung**

Da der Lohn für den Arbeitnehmer die Existenzgrundlage bildet, gibt es eine Reihe von Vorschriften, die den Lohn schützt:

- Nach SchKG 93 ist das Arbeitseinkommen nur beschränkt pfändbar. Weiter geniesst der Arbeitnehmer das Privileg erster Klasse bei der Verwertung (OR 219 IV, vgl. Insolvenzenschädigung AVIG 51 ff.).

- Eine Verrechnung ist nur in der Höhe möglich, in der die Lohnforderung pfändbar ist (OR 323b II, 361), vgl. aber OR 323b III bei absichtlicher Schädigung.
- Der Lohn ist in gesetzlicher Währung auszuzahlen (OR 323b I). Abreden über die Verwendung des Lohnes sind nichtig (OR 323b III, Truckverbot). Zulässig ist jedoch Naturallohn und Sparlohn, **untersagt ist Naturallohn statt Geldlohn**.
- Gegenstück zur Beschränkung der Verrechnung ist die Beschränkung der Abtretung und Verpfändung (OR 325 II, 361 I). Lohnzessionsverbote sind bewusst auch gegenüber familienrechtlichen Forderungen zugelassen (Lohnpfändungsverbote wirken aber nicht).

#### iv. Fürsorgepflicht (OR 328)

Die Fürsorgepflicht ist das Gegenstück zur Treuepflicht des Arbeitnehmers. Der Umfang dieser Pflicht ist im Einzelfall nach ZGB 2 I festzustellen. In erster Linie ist sie eine Unterlassungspflicht, denn der Arbeitgeber hat alles zu unterlassen, was die berechtigten Interessen des Arbeitnehmers schädigen könnte.

#### v. Fürsorgepflicht (OR 328): Schutz der Persönlichkeit

Der Arbeitnehmer hat alle Eingriffe in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu unterlassen, die nicht durch den Arbeitsvertrag gerechtfertigt sind (OR 328 I, vgl. ZGB 27 f.). Dies beinhaltet Eingriffe von Vorgesetzten, Mitarbeitern und Dritten. So hat er auch Mobbing zu verhindern, also das systematische Ausgrenzen einer Person ohne Gründe, oder die Änderung des Tätigkeitsbereiches des Arbeitnehmers ohne vorherige Rücksprache.

Das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers ist nicht absolut, so findet seine Meinungsäusserungsfreiheit ihre Grenze in der **Loyalitätspflicht gegenüber dem Arbeitgeber**. OR 328 I statuiert die Möglichkeit der Drittwirkung der Grundrechte, denn auf dieser Grundlage kann der Arbeitgeber verpflichtet werden, die Grundrechte gegenüber den Arbeitnehmern zu beachten. Die Pflicht zum Persönlichkeitsschutz beschränkt sich auf das Direktionsrecht. OR 328 I führt auch zur Annahme einer Beschäftigungspflicht, denn die Zuweisung von untergeordneter Arbeit oder der Arbeitsmöglichkeit kann kränkend sein. Die Grenze findet sich in den überwiegenden Gegeninteressen des Arbeitgebers, und entfällt nach der Kündigung (Freistellung). Die Pflicht zur Achtung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers ist auch der Grund für den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Dieser verbietet die Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer (ZGB 2 II, bei freiwilligen Sozialleistungen, beim Ausschluss von allgemeinen Lohnerhöhungen und bei der Ausübung des Direktionsrechtes). Schlechtere Arbeitsbedingungen in den Grenzen von ZGB 27 II können jedoch vereinbart werden.

Nach OR 328 II hat der Arbeitgeber zum Schutz von Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers die erforderlichen Massnahmen zu treffen (einwandfreie Beschaffenheit der Arbeitsräume, Schutzvorrichtungen, Hinweis auf Gefahren etc.). **Grenze ist das technische Mögliche und das wirtschaftlich Zumutbare** (OR 362 II). Standards sind in den Arbeitsschutzrechten definiert. In besonderem Masse besteht diese Pflicht bei Aufnahme eines Arbeitnehmers in die Hausgemeinschaft. Der Arbeitgeber hat bei unverschuldeter Krankheit, Unfall oder bei Schwangerschaft neben der Lohnzahlungspflicht die Pflicht, dem Arbeitnehmer Pflege und ärztliche Behandlung zukommen zu lassen (OR 328a II und III).



Auch im laufenden Arbeitsverhältnis verbietet das Gesetz eine geschlechtsbezogene Ungleichbehandlung (Beförderung, Aus- und Weiterbildung, GIG 3 II, nach dieser Vorschrift wären sexuelle Belästigungen erlaubt, sofern beide Geschlechter gleich behandelt werden). Zum Zwecke der Beweiserleichterung muss die betroffene Person eine Diskriminierung nur glaubhaft machen (GIG 6). Positive Diskriminierungen sind ausdrücklich erlaubt (GIG 3 III).

Wenn Personendaten das Arbeitsverhältnis betreffen, dürfen sie vom Arbeitgeber gesammelt werden (OR 328b, 362). Die Bearbeitung muss dem DSGVO entsprechen, der Gesetzgeber anerkennt mit diesem Gesetz ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Der Arbeitgeber muss den Arbeitnehmer von der Datensammlung in Kenntnis setzen, wenn er nicht die Registrierung der Sammlung beim Eidgenössischen Datenbeauftragten vornehmen will (DSG 11 III). Eine auf Arbeitsüberwachung (und nicht auf Sicherheit) gezielte Überwachung ist verboten (ArGV 3 Art. 26), **Stichproben sind wegen berechtigten Arbeitgeberinteressen möglich**. Rechtsschutz für den Arbeitnehmer bietet DSG 15 und 25, widerrechtlich erhobene Beweise sind unbeachtlich. Äussere Daten wie Zeitpunkt der Versendung eines Mails oder die Adresse dürfen vom Arbeitgeber erfasst werden, nicht jedoch der Inhalt. Das Sammeln von Daten, die über OR 328b hinausgehen, stellt ungeachtet einer allfälligen Einwilligung des Betroffenen eine Persönlichkeitsverletzung dar, deswegen steht dem Arbeitgeber schon während der Bewerbung das Recht zur Lüge zu. Bei Verletzung des DSGVO stehen dem Arbeitnehmer folgende Klagen zu: Klage auf Berichtigung, Vernichtung und Sperrung der Daten, Schadenersatz- und Genugtuungsklagen, vorsorgliche Massnahmen und Gegendarstellung (ZGB 28 ff., DSG 15). DSG 12 II b schützt den Arbeitnehmer gegen eine Erteilung von Referenzen, in die er nicht eingewilligt hat.

Nach OR 329 III ist dem Arbeitnehmer zwingend (OR 362 I) innerhalb der Arbeitszeit die übliche Freizeit zu gewähren (kurzfristige Arbeitsbefreiungen aus besonderem Anlass wie Wohnungswechsel, Todesfall, Erkrankung, Hochzeit naher Angehöriger etc.). Weiter hält OR 329 I fest, dass ein freier Tag in der Woche zu gewähren ist (der Anspruch auf die Fünftage-Woche ergibt sich aus dem Vertrag). Umfangmässig sind bei der Freizeit 2 Stunden täglich oder ein halber Tag pro Woche als angemessen anzusehen, es ist jedoch auf beidseitige Interessen Rücksicht zu nehmen (OR 329 III). Ferien sind 4 bzw. 5 Wochen zu gewähren (OR 329a I). Ferientage, die auf bezahlte Feiertage fallen, welche nicht ohnehin frei sind, sind durch zusätzliche freie Tage nachzugewähren. Das Gleiche gilt, wenn der Arbeitnehmer in seiner Ferienzeit erkrankt oder verunfallt und dadurch der Erholungszweck nachweislich vereitelt wird (Gesetzeslücke, auch bei Blaumachen erfolgt keine Erholung, deswegen können die Ferien nicht gekürzt werden, der Arbeitgeber kann jedoch einen Lohnabzug vornehmen). War der Arbeitnehmer während eines Dienstjahres verschuldeterweise mehr als einen Monat an der Arbeitsleistung verhindert, kann der Arbeitgeber die Ferien für jeden vollen Monat der Arbeitsverhinderung um einen Zwölftel kürzen (OR 329b, 362). **Der Zeitpunkt der Ferien bestimmt der Arbeitgeber, er muss dem Arbeitnehmer jedoch 3 Monate Zeit zur Vorbereitung lassen**, und auf seine Wünsche eingehen, jedoch gehen im Zweifelsfalle die Interessen des Arbeitgebers vor (OR 329c II). Er kann sogar Ferien widerrufen, wird jedoch ersatzpflichtig. Eigenmächtige Ferien des Arbeitnehmers sind Grund für eine fristlose Entlassung. Der Lohnanspruch während den Ferien beträgt den Mittelwert des Lohnes, inklusive Provisionen. Bei Einführung von Kurzarbeit gilt der Kurzarbeitslohn (weniger Arbeit, weniger Geld). Der Ferienanspruch verjährt innert 5 Jahren (OR 341 II). Eine Abgeltung des Ferienlohnes vorab durch Lohnzuschläge (mindestens 8.33%) ist zulässig, sie muss jedoch ausdrücklich erwähnt sein. Der Anspruch auf Ferienlohn entfällt, wenn der Arbeitnehmer gegen die

Treuepflicht verstösst oder den Erholungszweck vereitelt, indem er anderweitig entgeltliche Arbeit leistet (OR 329d III). Wird das Arbeitsverhältnis aufgelöst und hat der Arbeitnehmer schon zu viele Ferien bezogen, kommt eine Rückforderung des Ferienlohnes nicht in Betracht, denn der Lohn wurde nicht irrtümlich geleistet. Bei der Freistellung ist kein Lohn geschuldet (vgl. OR 329e). Sie ergibt sich bei unbezahlten Ferien oder bei der Kurzarbeit. OR 329e betrifft nur Jugendarbeit, also eine solche, bei der auch Verantwortung übernommen wird (z.B. eine leitende Funktion bei Jugend&Sport).

#### vi. **Fürsorgepflicht (OR 328): Schutz des Vermögens**

Beim Schutz des Vermögens sind unter anderem die Beachtung der steuerrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften sowie die Sicherheit der zum Arbeitsplatz gebrachten Sachen gemeint (z.B. Kleiderschränke, das zeigt, dass OR 328 I auch das Eigentum schützt). Parkplätze sind geschuldet, wenn die Benutzung von öffentlichen Verkehrsmitteln nicht zumutbar ist.

Die Ausrüstung mit Material ist Sache des Arbeitnehmers (OR 327 I, dispositiv), kommt er ihr nicht nach, gerät er in Annahmeverzug. Dem Arbeitnehmer sind ferner die notwendigen Auslagen zu ersetzen (Spesen). Wenn der Arbeitnehmer auswärtig eingesetzt wird, gehört dazu auch die Verpflegung, die Unterkunft sowie die Fahrt (es erfolgt kein Abzug wegen Ersparnis!). Die Festsetzung einer pauschalen Auslagenvergütung ist möglich (OR 327a II), sie müssen jedoch die Auslagen decken. **Bei einem Geschäftsauto gehen die Kosten erst zulasten des Arbeitnehmers, wenn er das Geschäftsauto für Fahrten nach Hause benötigt** (OR 327b I, 362). Der Arbeitnehmer muss eine Abrechnung über die Auslagen erstellen (vgl. OR 327c I).

Wenn das Bedürfnis besteht, sich im Voraus die Ansprüche gegen den Arbeitnehmer zu sichern, kann der Arbeitgeber eine Kautions verlangen (die Möglichkeit des Lohnrückbehalts nach OR 323a reicht meist nicht aus). Die Voraussetzungen sind (OR 330): Die Kautions ist aus dem Vermögen auszuscheiden (sonst fällt sie in die Konkursmasse) und es ist dafür dem Arbeitnehmer Sicherheit zu leisten. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist die Kautions herauszugeben (OR 339a I). OR 330 II lässt jedoch die schriftliche Abrede zu, den Zeitpunkt hinauszuschieben, z.B. bis nach der Revision, Genehmigung der Jahresrechnung.

Eine weitere Möglichkeit, sich gegen Schadenszufügung durch Mitarbeiter zu sichern, besteht im Abschluss einer „Vertrauensschadensversicherung“, welche Schutz gegen Vermögensschäden durch strafbare Handlungen bietet. Dabei existieren zwei Formen: Die Einzelversicherung und die Kollektivversicherung. Einzelversicherung: Vom Arbeitnehmer als Versicherungsnehmer auf Veranlassung des Arbeitgebers (des Begünstigten) abgeschlossen. Kollektivversicherung: Vom Arbeitgeber als Versicherungsnehmer und Begünstigten für die gesamte oder nur einen Teil der Belegschaft oder für einzelne bestimmte Arbeitnehmer abgeschlossen.

#### vii. **Fürsorgepflicht (OR 328): Förderung des wirtschaftlichen Fortkommens**

Der Arbeitgeber hat die Pflicht zur Erteilung eines **Zeugnisses** (OR 330a). Es kann jederzeit verlangt werden (nach Beendigung des Arbeitsverhältnis noch 10 Jahre lang, OR 127). Im Zweifel ist ein Vollzeugnis zu erstellen, nicht nur eine Arbeitsbestätigung. Aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes ist es von einem Vorgesetzten zu unterzeichnen.

Einmalige Geschehnisse dürfen nicht ins Zeugnis aufgenommen werden. Es herrscht eine Wahrheitspflicht und ein Vollständigkeitsgebot. Ist die wahre Bedeutung eines entschlüsselten Zeugnisses unzutreffend, liegt eine Verletzung des Klarheitsgebotes vor (OR 97 als Rechtsfolge). OR 41 ist die Rechtsfolge bei der Angabe falscher Vorkommnissen (z.B. Unterschlagung). Weiter kann die Fürsorgepflicht der Wahrheitspflicht vorgehen (z.B. wird bei einer ordentlichen Kündigung und folgender Freistellung der Tag als letzter Arbeitstag angegeben, welcher der letzte gewesen wäre, und nicht derjenige vor der Freistellung).

Der Zeugnisanspruch ist für den Arbeitnehmer zwingend, d.h. er kann nicht wegbedungen werden (OR 362). Der Streitwert bei einem Zeugnisberichtigungsanspruch ist unklar (z.B. Monatslohn). Aus dem Zeugnisanspruch folgt ein Referenzanspruch, wobei der Arbeitnehmer Anspruch auf Auskunft des Inhaltes gegenüber dem Dritten hat (DSG 8). Die Auskunft kann auch ohne Wissen des Arbeitnehmers gegeben werden, sofern er dies nicht ausdrücklich verboten hat (DSG 12 II b).

Das Ruhegeld ist die Betriebspension, die über die berufliche Vorsorge hinausgeht. Es entsteht ein Ruhestandsverhältnis. Da es ein Ausdruck der Fürsorge des Arbeitgebers ist, liegt keine Schenkung vor. Daneben besteht dadurch die Treuepflicht des Arbeitnehmers weiter. Auch ist der Arbeitnehmer bei Existenzgefährdung des Betriebes verpflichtet, die Ruhegeldzahlungen zu stunden.

#### viii. **Haftung des Arbeitgebers bei Pflichtverletzungen**

Kommt der Arbeitgeber seiner Lohnzahlungspflicht ganz oder teilweise nicht nach, kann der Arbeitgeber die Arbeitsleistung verweigern, obwohl er vorleistungspflichtig ist. Der Lohnanspruch bleibt bestehen (OR 324 analog). Der Arbeitgeber kommt in Verzug (OR 104, 106 Schadenersatzanspruch). Der Arbeitnehmer hat endlich die Möglichkeit der fristlosen Kündigung.

Werden Vorbereitungs- und Mitwirkungspflichten nicht ordnungsgemäss erfüllt, kann der Arbeitnehmer die Arbeit einstellen (OR 324 I). Er kann auf Erfüllung klagen (OR 107 II), hat die Möglichkeit zur fristgemässen Kündigung (bei Unzumutbarkeit steht ihm der Weg der fristlosen Kündigung offen) und ihm steht ein Schadenersatzanspruch zu (OR 97 ff., evtl. 47 und 49, evtl. OR 58 und OR 41).

Im Gleichstellungsgesetz besteht eine Sondervorschrift für den Fall von geschlechtsbezogener Diskriminierungen und sexueller Belästigungen (GIG 5). Der Ermessensanspruch der Entschädigung ist auf der Grundlage des schweizerischen Durchschnittslohnes zu treffen, da bei einer Verletzung der sexuellen Würde der eigentliche Lohn keine Rolle spielt.

#### e) ***Arbeitsergebnis, Vertragsänderung, Verjährung***

##### i. **Recht am Arbeitsergebnis**

Durch Arbeitsleistung können neue absolute Rechte entstehen. Das Eigentum an diesen Rechten steht dem Verarbeiter zu (ZGB 726 I, sofern die Verarbeitung kostbarer ist). **Verarbeiter in diesem Sinne ist der Arbeitgeber, nicht der Arbeitnehmer.** OR 321b II verpflichtet den Arbeitnehmer, seine Arbeitserzeugnisse herauszugeben. Bei einem Fund (ZGB 720 ff.) ist der Arbeitgeber als Träger der Arbeitsorganisation der Finder.

Eine **Diensterfindung** (oder Aufgabenerfindung) ist dann anzunehmen, wenn der Erfinder zur Erfindung angestellt ist. Dem Arbeitnehmer steht nur noch das Recht auf Erfindernennung zu, der Arbeitgeber erwirbt das Recht auf das Patent derivativ.

Im Arbeitsvertrag kann bei **Gelegenheitserfindungen** vereinbart werden, dass der Arbeitgeber die Erfindung gegen Entschädigung derivativ vom Arbeitnehmer erwerben kann (OR 332 II). Hierzu besteht eine Anzeigepflicht des Arbeitnehmers innert sechs Monaten. Der Vergütungsanspruch ist zwingend (OR 362). Dasselbe gilt im Designrecht und im Sortenschutzrecht.

Bei **arbeitsfremden Erfindungen**, d.h. ohne sachlichen Zusammenhang mit dem vertragsmässigen Tätigkeitsbereich, entstehen die Rechte wiederum in der Person des Arbeitnehmers. Aber auch hier kann ihn aufgrund seiner Treuepflicht eine Anbieterspflicht gegenüber dem Arbeitgeber treffen. Auch Erfindungen, die der Arbeitnehmer zuhause macht, können unter OR 332 fallen, wenn sie mit der beruflichen Tätigkeit in Zusammenhang stehen.

Im Urheberrecht gibt es keine gesetzliche Regelung, es gilt deswegen uneingeschränkt das Schöpferprinzip. Eine Abtretung der Urheberrechte ist aber im Rahmen des Arbeitsvertrages oder eventuell konkludent möglich (Zweckübertragungstheorie). Bei Computerprogrammen steht dem Arbeitgeber eine ausschliessliche Verwendungsbefugnis zu, das Urheberrecht bleibt jedoch beim Arbeitnehmer (URG 17).

## ii. Vertragsänderung und Übergang

Aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit (OR 19 I) ergibt sich die Möglichkeit der Novation. Das Einverständnis dazu kann letztendlich auf dem Wege der Änderungskündigung herbeigeführt werden, solange die Vertragsänderungen nicht unbillig sind. Die blossen Nichtreaktion auf eine einseitige Änderung ist nur als Zusage zu werten, wenn die Änderung für die Gegenseite günstiger ist, oder wenn die Änderung bereits mehrfach ohne Protest betätigt wurde. Das Arbeitsverhältnis ist stark personenbezogen. Deswegen kann es nicht ohne weiteres auf Dritte übertragen werden. Eine Vereinbarung oder eine Übertragung aus den Umständen ist möglich (z.B. bei einem Personalverleih).

Ein Übergang kann auch durch eine Betriebsübernahme geschehen (OR 333). Der Erwerber unterliegt einem Übergangszwang, der Arbeitnehmer hat jedoch die Möglichkeit der Ablehnung (OR 333); dann endet das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der gesetzlichen (nicht vertraglichen!) Kündigungsfrist. Der Arbeitnehmer muss vorher informiert werden, zudem muss ihm ein Monat Überlegungsfrist zustehen (OR 335b I analog).

Zum Schutz des Arbeitnehmers erfolgt bei der Betriebsnachfolge die zeitlich beschränkte Solidarhaftung des bisherigen und des neuen Arbeitgebers nach Art. 333 III. Zudem sieht Art. 333 Ibis eine Tarifbindung für den Betriebsnachfolger während eines Jahres vor.

## iii. Unverzichtbarkeit und Verjährung arbeitsrechtlicher Ansprüche

Auf Ansprüche (nicht nur Forderungen) aus dem Arbeitsverhältnis, die aus zwingenden gesetzlichen Vorschriften oder aus unabdingbaren Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages erwachsen, kann der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und **noch während eines Monats nach der Beendigung nicht wirksam verzichten** (OR 341 I, 362).

Mit dieser Unverzichtbarkeit folgt, dass es dem Arbeitnehmer verwehrt ist, seine Pflichten vertraglich zu erweitern, sofern diese zwingend sind (vgl. etwa OR 321e).

Die **Verjährung** arbeitsrechtlicher Forderungen bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln (OR 341 II). Vgl. OR 127 ff. (Lohnforderungen 5 Jahre, sonst deren 10).

## *f) Beendigung des Arbeitsverhältnisses*

### **i. Beendigungsgründe**

Die Beendigung ist durch die Kündigung, durch einen Aufhebungsvertrag (OR 115), durch Zeitablauf (OR 334) oder durch Tod des Arbeitnehmers (OR 338) möglich. Durch die Gefahr von Kettenverträgen zur Umgehung der Kündigungsfrist ist **jede Befristung unbeachtlich, wenn ihr kein sachliches Motiv zugrunde liegt**, sogar schon die Erste. Die Befristung kann nicht für mehr als 10 Jahre festgelegt werden (OR 334 III, ZGB 27 II).

Der Tod des Arbeitnehmers hat ebenfalls ein Erlöschen des Arbeitsverhältnisses zur Folge (OR 338 I). Der Arbeitgeber hat jedoch die Lohnzahlungspflicht inne für einen weiteren Monat (OR 338 II), wenn Kinder oder Ehegatten hinterlassen werden. Die Lohnzahlungspflicht erhöht sich auf 2 Monate, wenn der Dienst fünf Jahre oder mehr gedauert hat (sog. Lohnnachgenuss).

**Keine Endigungsgründe sind der Tod des Arbeitgebers oder dessen Konkurs** (vgl. OR 337a).

### **ii. Allgemeines zur Kündigung**

Die Kündigung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die das Arbeitsverhältnis von einem bestimmten Zeitpunkt aufhebt (rechtsaufhebendes Gestaltungsrecht). Sie bedarf keiner Form, muss aber dem anderen Teil zugehen (Verfügungsgewalt). Um Beweisschwierigkeiten zu vermeiden, empfehlen sich Einschreibbriefe. Dadurch wird der Zugang zu dem Zeitpunkt bewirkt, zu dem der Brief auf dem Postamt zur Abholung bereitliegt, für tagsüber Berufstätige frühestens am Tage nach Zugang der Abholeinladung, abgesehen von früherer tatsächlicher Abholung. Die längere Frist von sieben Tagen gilt nur für den Zugang von Fristansetzungen von Behörden. Die Kündigung entfaltet ihre Wirkung erst mit dem Zugang beim Adressaten!

Die Angabe des Kündigungsgrundes ist nicht erforderlich, ausser die andere Partei erlangt danach (OR 335 II, 337 I, StGB 292). Das ist eine reine Ordnungsvorschrift, so werden deshalb wohl die Parteikosten der kündigenden Partei auferlegt, die Kündigung bleibt jedoch gültig. In der Praxis wird sich bei der Begründung oft mit „wegen zerstörtem Vertrauensverhältnis“ nachgeholfen.

Als **Gestaltungsrecht ist die Kündigung bedingungsfeindlich**. Protestativbedingungen sind aber zulässig. Deren Eintritt hängt vom Willen des Erklärungsgegners ab (z.B. die Änderungskündigung, der Arbeitnehmer kündigt für den Fall, dass der Lohn nicht erhöht wird; oder der Arbeitgeber, wenn der Arbeitnehmer die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht annimmt). Wenn die Änderungskündigung das Arbeitsverhältnis sofort auflösen will, muss das Festhalten an den bisherigen Arbeitsbedingungen für den Kündigenden unzumutbar sein. Wird die Frist für eine ordentliche Kündigung bis zum Inkrafttreten

der Änderungen nicht gewährt, ist die Änderungskündigung missbräuchlich, da der Arbeitnehmer, vorbehalten der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung, einen Anspruch auf unveränderte Arbeitsbedingungen bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist hat.

Mit Zugang wird die Kündigung unwiderruflich. Sie erfasst das ganze Arbeitsverhältnis, eine Teilkündigung ist nicht möglich.

Eine Kündigung schon vor Stellenantritt ist zulässig, doch muss auch da die Kündigungsfrist ab Stellenantritt eingehalten werden (umstritten). Eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund ist zulässig (OR 337). Eine ordentliche Kündigung ist nur dann zulässig, wenn nicht zu erkennen ist, dass dem Arbeitgeber die Arbeitskraft oder dem Arbeitnehmer der Lohn zumindest für eine gewisse Zeit zur Verfügung stehen soll (z.B. bei einer Vereinbarung der Probezeit). Es ist also auf die Umstände abzustellen.

### **iii. Ordentliche Kündigung**

Sie ist in OR 335 I geregelt, und betrifft das Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit. Durch das Prinzip extremer Kündigungsfreiheit unbefristeter Arbeitsverhältnisse ist die Schweiz nicht europafähig.

Kündigungsfrist ist der Zeitraum, der mindestens zwischen Zugang der Kündigung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses liegen muss. Kündigungstermin ist der Zeitpunkt, zu dem die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zulässig ist.

Kündigungsfristen stellen Mindestfristen dar, die der Kündigende zum Vorteil seiner Gegenpartei verlängern kann. Die Kündigungsfristen können also abgeändert werden; sie müssen jedoch gleich lang sein, ansonsten gilt die längere Frist (OR 335a I, vgl. Abs. 2).

Ist eine Kündigungsfrist einzuhalten und läuft diese an einem Wochenende oder an einem Feiertag ab, so muss die Kündigung trotzdem spätestens in diesem Zeitraum zugehen (OR 78 I wirkt hier nicht!). Kündigungen auf einen gesetz- oder vertragswidrigen Zeitpunkt sind als Offerten zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages zu bewerten, oder es wird die richtige Kündigungsfrist benutzt.

### **iv. Kündigungsschutz aus sachlichen Gründen**

Wer das Arbeitsverhältnis aus Gründen kündigt, die das Gesetz als missbräuchlich kennzeichnet, muss dem Gekündigten eine Busse zahlen (OR 336a I, evtl. OR 41 I). Das Arbeitsverhältnis endet gleichwohl. Als missbräuchlich gelten (OR 336 I):

- Kündigung wegen persönlichen Eigenschaften (Rasse, Religion, Alter, Vorstrafen etc.).
- Kündigung wegen Ausübung verfassungsmässiger Rechte.
- Kündigung zur Vereitelung der Entstehung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis (z.B. Gratifikation, Lohnfortzahlung wegen Schwangerschaft etc.).
- Kündigung wegen Geltendmachung vertraglicher Ansprüche.
- Kündigung wegen Militär oder Schutzdienst.

- Kündigung wegen Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einer Gewerkschaft.
- Kündigung während der Tätigkeit als gewählter Arbeitnehmervertretung, ausser bei letzterem wenn der Arbeitgeber beweisen kann, dass er Anlass zur Kündigung hatte.
- Kündigung wegen fehlender oder kurzfristiger Konsultierung der Arbeitnehmerschaft bei Massenentlassungen.

Diese **Aufzählung ist nicht abschliessend**. Die Entschädigungspflicht (Straf- und Genugtuungscharakter) setzt eine schriftliche Einsprache bis zum Ablauf der Kündigungsfrist voraus (OR 336b I, Verwirkung). Es kommt daraufhin zu einer Verständigung, die entweder mit der Fortführung des Arbeitsverhältnisses oder mit einem golden handshake endet (OR 336b II, Klagefall für golden handshake). Die Entschädigung darf höchstens 6 Monatslöhne betragen. Der Richter beachtet insbesondere die Dauer des Verhältnisses, die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien, das Mitverschulden des Gekündigten etc. Der Entschädigung vorbehalten sind Schadenersatzansprüche (OR 336a II).

In der Praxis ist die Bedeutung dieses Kündigungsschutzes gering, da die wahren Motive der Entlassung oft nicht nachzuweisen sind (ZGB 8).

Stellt die Kündigung auf Seiten des Arbeitgebers eine direkte oder indirekte Benachteiligung auf Grund des Geschlechtes dar, so ist das Arbeitsverhältnis gleichwohl beendet, es bleibt der Anspruch auf eine Entschädigung (GIG 5, 6 Monatslöhne). Ist die Kündigung zugleich eine sexuelle Belästigung, können weitere 6 Monatslöhne dazukommen. Der Betroffene geniesst die Beweislastverteilung von GIG 6, der Arbeitgeber hat zu beweisen, dass die Kündigung nicht auf dem Geschlecht beruhte. Die Klage ist innerhalb von 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu erheben (GIG 9).

#### v. **Kündigungsschutz aus zeitlichen Gründen (OR 336c)**

OR 336c ist relativ zwingend (OR 362 I), deswegen ist eine **Kündigung des Arbeitnehmers während dieser Zeit gültig**. Die Kündigung kann vom Arbeitgeber zur Unzeit in folgenden Fällen erfolgen:

- Dienstleistung im Landesinteresse (vier Wochen vor- und nachher).
- Unverschuldete Krankheit/Unfall (30 bis 180 Tage, je nach Dienstjahr).
- Schwangerschaft (16 Wochen nach Niederkunft, Lebendgeburt!).
- Hilfsaktion im Ausland.

Auch durch den Arbeitnehmer kann eine Kündigung zu Unzeit erfolgen, nämlich wenn in der Person des Arbeitgebers oder eines Vorgesetzten, der eine Dienstleistung im Landesinteresse vornimmt, und der Arbeitnehmer dessen Funktionen zu übernehmen hat.

Die Kündigung, die während dieser Sperrfristen vorgenommen wird, ist **nichtig** (OR 336c II). Wenn der Kündigende im Unwissen kündigt, muss ihn die Gegenpartei darauf aufmerksam machen (Treue- oder Fürsorgepflicht). Nach Ablauf der Sperrfrist ist es erforderlich, dass der Arbeitnehmer seine Dienste anbietet, wenn er seinen Lohn beziehen will.

Eine Kündigung vor Sperrfrist ist wirksam, jedoch wird der Ablauf der Kündigungsfrist durch die Sperrfrist unterbrochen (OR 336c II), und läuft auf das Ende des neuen jeweiligen Monats oder Woche weiter. Auf Kündigungen innerhalb der Probezeit findet der zeitliche Kündigungsschutz keine Anwendung (OR 336c I). **Die Kündigungsfrist wird ab Ende des Arbeitsverhältnisses berechnet** (vgl. ZGB 2)! D.h. wenn Mitte Monat gekündigt wird, und der Arbeitnehmer daraufhin eine Woche noch vor Monatswechsel krank ist, dies die Kündigungsfrist nicht verlängert.

Während der Dauer eines Verfahrens wegen geschlechtsbezogener Ungleichbehandlung oder sexueller Belästigung ist eine Kündigung innert 6 Monaten nur erlaubt, wenn der Arbeitgeber Anlass zur Kündigung hatte (GIG 10). Im Gegensatz zum OR hat der Arbeitnehmer bei einer solchen Kündigung die Wahl zwischen Weiterführung des Arbeitsverhältnisses und Rechtsverletzungsbusse nach OR 336a (GIG 10 IV).

#### vi. **Massenentlassungen und weitergehender Kündigungsschutz**

Bei Massenentlassungen innerhalb von 30 Tagen hat der Arbeitgeber je nach Grösse des Betriebes (vgl. OR 335d II, rund 10%) Informations- und Konsultationspflichten gegenüber der Arbeitnehmervertretung. Diese Pflicht umfasst alle **zweckdienlichen Auskünfte und mindestens eine schriftliche Mitteilung der Gründe der Massenentlassungen** (OR 335f III). Eine Kopie geht ans kantonale Arbeitsamt (OR 335f IV). Die Arbeitnehmerschaft kann Vorschläge einbringen (OR 335f I und II). Bestätigt der Arbeitgeber seinen Entschluss, hat er ihn dem kantonalen Arbeitsamt schriftlich anzuzeigen und der Arbeitnehmerschaft eine Kopie zuzustellen (OR 335g). Massenentlassungen die unter Verstoß gegen die Konsultationspflicht ergangen sind, sind missbräuchlich (OR 336 II c.), es werden jedoch nur 2 Monatslöhne geschuldet (OR 336a III).

Ein vertraglicher weitergehender Kündigungsschutz ist möglich, sofern er paritätär ausgestaltet ist (OR 335a I). Sachliche Kündigungsbeschränkungen können einseitig zu Gunsten des Arbeitnehmers aufgestellt werden. Ein späterer Verzicht auf den Kündigungsschutz ist möglich. Der Kündigungsschutz erfordert einen rechtswirksamen Arbeitsvertrag. Also bei einer Auflösung des Vertrages wegen Rechtsmangel kommt ein Kündigungsschutz nicht in Frage. Ein Irrtum über Umstände, die zum Kündigungsschutz führen, kann jedoch die Auflösung des Vertrages nicht bewirken, weil Sinn und Zweck der Kündigungsnormen hier vorgehen.

#### vii. **Fristlose Kündigung**

Voraussetzung ist, dass ein wichtiger Grund vorliegt (OR 337 I). Ein solcher ist dann zu bejahen, wenn die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum nächsten Kündigungstermin nicht zumutbar ist (OR 337 II). Das Vertrauensverhältnis muss demnach sehr gestört sein. Dies ist die allgemeine Formel, die immer zu fragen ist.

Schwere Vertragsverletzungen wie Arbeitsverweigerung trotz Abmahnung, eigenmächtiger Bezug von Ferien, Nichtgewährung von Lohn, Straftaten, Schwarzarbeit, unredliches Verhalten gegenüber Kunden, vorsätzliche Schlechterfüllung der Arbeitspflicht, Konkurrenzarbeit etc. können eine genügende Voraussetzung sein. Leichte Vertragsverletzungen sind erst genügend, wenn sie trotz Verwarnung wiederholt betätigt werden. Ungenügende Leistungen des Arbeitnehmers ist kein genügender Grund (vgl. OR 337a). Wegen der zwingenden Natur von OR 337 ist es nicht sinnvoll, wichtige Gründe im Einzelarbeitsvertrag oder im Gesamtarbeitsvertrag festzulegen.



Eine **Verdachtskündigung** (Verdacht, der Arbeitnehmer hätte ein Verbrechen begangen) ist nur möglich, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitgeber an der Aufklärung des Sachverhaltes hindert, denn das Verdachtsrisiko ist ein Unternehmerrisiko. Die **Druckkündigung** (Arbeitnehmer verlangen Entlassung eines Arbeitnehmers) kann im Rahmen der Androhung von Kampfmassnahmen zulässig sein, nämlich dann, wenn den Arbeitnehmer ein Verschulden trifft. Es ist aber lediglich eine Freistellung erlaubt, wobei die Lohnfortzahlung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist bestehen bleibt.

Es ist auch eine fristlose Kündigung durch den Arbeitnehmer möglich. Wichtigster Fall ist die ausbleibende Lohnzahlung. Vor der Kündigung muss zuerst gemahnt werden. Annahmeverzug oder Konkurs des Arbeitgebers reichen nicht aus. **Ein Verschulden ist jeweils nicht gefordert.** Allgemein ist beim wichtigen Grund das Betriebsrisiko und die Stellung des Arbeitnehmers zu berücksichtigen.

OR 337 I ist zwingend (OR 362). Nach Eintritt des Kündigungsrechts kann die betroffene Partei jedoch auf die Kündigung verzichten. Fällt der Kündigungsgrund wieder weg, kann die ausserordentliche Kündigung nicht mehr ausgesprochen werden; der wichtige Grund muss im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung noch gegeben sein. Der Kündigende kann auch in einer kürzeren Frist als bei der ordentlichen Kündigung künden.

Die **Angabe des Grundes ist kein Wirksamkeitserfordernis der Kündigung**, sondern es hat der Gekündigte lediglich einen Anspruch auf spätere schriftliche Begründung (OR 337 I). Deshalb kann sich der Kündigende im Prozess auch auf andere als die bisher genannten, also auf neue Gründe berufen, welche aber zeitlich vor dem Zugang der Kündigungserklärung gelegen haben. Nachgeschobene Gründe können nur vorgebracht werden, wenn sie zeitlich vor der Kündigung gelegen haben, sonst ist eine neue Kündigung nötig.

**Eine mildere Massnahme, z.B. eine verkürzte Kündigungsfrist, ist nicht möglich, weil die kündigende Partei damit zu erkennen gibt, dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses möglich ist.**

Bei **gerechtfertigter Kündigung** ist dem Kündigenden bei Verschulden Schadenersatz zu leisten. Geschuldet sind weiter sämtliche aus dem Arbeitsverhältnis entstandenen Forderungen (OR 337b I, 361). Nicht zu ersetzen sind Kosten, die für die Suche nach einem Nachfolger aufgewendet werden müssen, da sie sowieso anfallen.

**War die Kündigung ungerechtfertigt, ist das Arbeitsverhältnis trotzdem beendet.** Der Gekündigte hat lediglich einen Schadenersatzanspruch (OR 337c I, 337d I), sowie einen Anspruch auf eine Entschädigung (Mischung aus Genugtuung und Rechtsverletzungsbusse). Für die Höhe der Entschädigung (max. 6 Monatslöhne) sind das Verschulden des Arbeitgebers, die Dauer und die Enge der Beziehung, die Leistungskraft des Arbeitgebers und die wirtschaftliche Stellung des Arbeitnehmers, sowie die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit zu berücksichtigen. Es ist ratsam, dass der Gekündigte seine Arbeitskraft wieder anbietet (Beweisschwierigkeiten). Dass das Arbeitsverhältnis auch rechtlich beendet ist, wird in Art. 337c I mit dem Wort „Ersatz“ (statt Lohn) ausgedrückt.

Der Schadenersatz bemisst sich nach dem entgangenen Verdienst, sofern nichts Günstigeres bestimmt ist (OR 362). Einsparungen lassen sich jedoch anrechnen. **Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen** (z.B. Umzugskosten, aber nur aus OR 97 möglich, nicht etwa aus OR 337c!). Die Entschädigung darf nicht über sechs Monatslöhne hinausgehen (OR 337c III). Bei der Rechtsverletzungsbusse ist

ein Mitverschulden des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, jedoch nicht beim Schadenersatz.

**Wenn der Arbeitnehmer ungerechtfertigt kündigt, schuldet er eine Pauschalentschädigung von 25% des Monatslohnes** (OR 337d I, kein Schadensbeweis erforderlich). Ein höherer Schaden ist auch zu ersetzen. Die Pauschalentschädigung kann vom Richter herabgesetzt werden, wenn der Arbeitnehmer beweist, dass dem Arbeitgeber nur ein geringerer Schaden entstanden ist (OR 337d II). Dazu muss der Arbeitgeber seinen Schaden darlegen (nicht jedoch beweisen). Der Entschädigungsanspruch muss mit Klage innert 30 Tagen geltend gemacht werden (OR 337d III, oder allenfalls verrechnet werden).

### *g) Allgemeine Folgen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses*

#### **i. Fälligkeit der Forderungen**

Mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses werden alle Forderungen fällig (OR 339 I), auch der Ferienanspruch. Für Provisionen vgl. OR 339 II. Für den Anteil am Geschäftsgewinn bleibt es bei der gewöhnlichen Fälligkeit (OR 339 III). Abweichende Vereinbarungen sind unwirksam (OR 361). Unterlässt es der Arbeitgeber, bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses Schadenersatzansprüche gegen den Arbeitnehmer geltend zu machen, so ist, falls ihm die anspruchsbefindenden Tatsachen bekannt sind, ein Verzicht anzunehmen.

#### **ii. Rückgabepflichten**

Es ist alles herauszugeben, was man von der anderen Vertragspartei oder einem Dritten für die Dauer des Verhältnisses erhalten hat (OR 339a I, 361). Bestehen bleibt das Retentionsrecht (ZGB 895-898, OR 349e), allerdings beschränkt es sich auf verwertbare Sachen (also z.B. keine Schlüssel).

#### **iii. Abgangsentschädigung**

Dauerte das Arbeitsverhältnis mindestens 20 Jahre und ist der Arbeitnehmer mindestens 50 Jahre alt, steht ihm eine Abgangsentschädigung zu (OR 339b I). Die Höhe beträgt mindestens 2 Monatslöhne und kann durch Abrede festgelegt werden (OR 339c I). Ist keine Abrede vorhanden, kann der Richter sie auf höchstens 8 Monate festsetzen. Die Entschädigung kann auch herabgesetzt werden (OR 339c III, z.B. bei Kündigung ohne wichtigen Grund), oder als gleichwertige Entschädigung in die Personalvorsorge eingebracht werden. Die Fälligkeit der Entschädigung kann verschoben werden (OR 339c IV).

#### **iv. Konkurrenzverbot**

Auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bleibt für eine gewisse Zeit die Geheimhaltungspflicht bestehen (OR 321a IV). Darüber hinaus kann auch eine Konkurrenzverbotsabrede getroffen werden (OR 340 I). Voraussetzung ist, dass der Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis (nur Geschäftsbeziehungen) oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse erhielt, und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte (OR 340 II). Zudem muss der Arbeitnehmer voll handlungsfähig sein (OR 340 I). Ob der Arbeitgeber geschädigt werden kann, beurteilt sich nach der Adäquanzformel.

Wenn persönliche Fähigkeiten in der Beziehung zu den Kunden ausschlaggebend sind, ist ein Konkurrenzverbot nicht statthaft (z.B. bei einem Arzt oder einem Anwalt). Massgebend muss der Einblick in den Betrieb sein. Das Konkurrenzverbot kann auch schon für die Probezeit abgeschlossen werden.

Die Konkurrenzklauselel bedarf der **Schriftform**. **Das Konkurrenzverbot ist zeitlich, sachlich und räumlich angemessen zu begrenzen** (OR 340a I, i.d.R. 3 Jahre, Interessenabwägung). Übermässige Konkurrenzklauseln werden vom Richter ermässigt. Bei Übertretung des Konkurrenzverbotes ist Schadenersatz geschuldet (OR 340b I, wobei oft eine Konventionalstrafe nach OR 163 ausgehandelt wurde; ist der Schaden höher als sie, ist bei Verschulden Schadenersatz geschuldet). Die Übertretung muss als besonders treuwidrig erscheinen.

Bei einer entsprechenden schriftlichen Abrede kann der Arbeitgeber neben Konventionalstrafe und Schadenersatz kumulativ auch die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes verlangen, sondern seine verletzten oder bedrohten Interessen und das Verhalten des Arbeitnehmers die Einstellung der konkurrenzierenden Tätigkeit rechtfertigen (OR 340b III). Das Konkurrenzverbot ist eine einseitige Verpflichtung, ohne Gegenleistung des Arbeitgebers. **Erfolgt eine Gegenleistung, nennt man diese Karenzentschädigung**. Im Falle von OR 340c fällt das Konkurrenzverbot dahin (kein erhebliches Interesse des Arbeitgebers mehr vorhanden).

## 2.5.2. Öffentliches Arbeitsrecht

### a) *Arbeitsschutzrecht*

Das öffentliche Arbeitsrecht regelt das Arbeitsverhältnis mit öffentlichrechtlichen Mitteln. Es ist im ArG und im BG über die Unfallversicherung (UVG 81 ff.) geregelt. Zusätzlich bestehen mehrere Verordnungen. Durch die Rezeptionsklausel von OR 342 II haben die öffentlichrechtlichen Normen auch privatrechtliche Geltung, wenn die Pflichten daraus Inhalt des Einzelarbeitsvertrages sein können.

### b) *Geltungsbereich*

Grundsätzlich unterstehen alle Betriebe dem Arbeitsgesetz (ArG 1 I). Ausnahmen sind in ArG 2 vorgesehen (SBB, PTT, Verwaltung des Bundes ausser Gesundheitsschutz, Landwirtschaft, Gärtnerei, ausser sie stellt Lehrlinge ein, private Haushaltungen etc.). Ein Betrieb ist dann gegeben, wenn mehrere Arbeitnehmer angestellt sind, eine bestimmte Einrichtung oder eine wirtschaftliche Zwecksetzung ist demnach nicht erforderlich.

In persönlicher Hinsicht findet das Gesetz auf alle Arbeitnehmer Anwendung, die bei einem Betrieb beschäftigt sind. Ausnahmen sind z.B. Personen des geistigen Standes, Assistenzärzte, Lehrer, Fürsorger Aufseher in Anstalten etc. (ArG 3). Familienbetriebe sind ebenfalls ausgenommen (ArG 4, ausser jugendliche Familienmitglieder).

Verschärfte Bestimmungen gelten für industrielle Betriebe, sofern sie mindestens 6 Arbeitnehmer beschäftigen (ArG 5).

Auch wenn etliche Berufsstände ohne einheitliche nationale Gesetzgebung auskommen müssen, verbleibt immer noch die Regelungskompetenz der Kantone mittels Normalarbeitsvertrag gemäss OR 359 II.

*c) Durchführung*

Der Arbeitnehmer kann sich auf die Arbeitsschutzvorschriften berufen (OR 328 II, 342 II, mittels Klagen, Arbeitseinstellung oder Kündigungen). Zusätzlich bestehen behördliche Überwachungen und Zwang. Der Vollzug des Gesetzes ist Sache der Kantone (ArG 41, Oberaufsicht Bund ArG 42). Für die Durchführung sind rechtsstaatlich abgesicherte Verwaltungsvorschriften erlassen worden (ArG 50 ff.). In ArG 59-62 bestehen Strafvorschriften.

*d) Gesundheitsschutz und Unfallverhütung*

Nach ArG 6 hat der Arbeitgeber alle erforderlichen und zumutbaren Massnahmen zu treffen, um Gesundheitsschädigungen zu vermeiden (vgl. UVG 81 ff. für Unfälle). ArGV 3 nennt die Schutzmassnahmen im Einzelnen. Ebenfalls der Gesundheitsvorsorge und der Unfallverhütung sind ArG 7 f. gewidmet (für gefährliche Betriebe, dessen Aufnahme eine Genehmigung der kantonalen Behörde bedarf).

*e) Arbeits- und Ruhezeit*

Das ist der umfangreichste Abschnitt des ArG. Er ist sehr detailliert beschrieben. Eine einheitliche Regelung war angesichts der vielfältigen Verhältnisse und Bedürfnisse nicht möglich. Deswegen sind viele Sonderbewilligungsmöglichkeiten und Spezialregelungen für bestimmte Gruppen vorhanden (vgl. ArG 71 c). Ferien sind privatrechtlich zu regeln. Der Schutz wird durch eingehende Ausführungsvorschriften der ArGV 1 ergänzt.

- **Höchst Arbeitszeit** 45 bzw. 50 Stunden, Überschreitung von 4 Stunden möglich (ArG 9, sofern ein Ausgleich gewährt wird, sonst Bewilligung des Bundesamtes ArGV 9 IV).
- **Überzeitarbeit** ArG 12 f.
- Als tägliche Arbeitszeit gilt die Zeit zwischen 6 und 20 Uhr, Abendarbeit dauert von 20-23 Uhr (ArG 10), Schichtarbeit ArG 24-26.
- Tägliche Ruhezeit ArG 15, 15a; wöchentliche Ruhezeit ArG 18 und 21.
- Nachtarbeit ist untersagt (ArG 16), ausnahmsweise möglich mit Bewilligung (ArG 17).

*f) Sonderschutz für Jugendliche und weibliche Arbeitnehmer*

Er ist in ArG 29 ff. enthalten. Auch hier existieren Ergänzungen in der ArGV 1. Als Jugendliche gelten Arbeitnehmer bis zum vollendeten 19. Lebensjahr, Lehrlinge bis zum

vollendeten 20. Lebensjahr (ArG 29 I). Der Arbeitgeber hat ihnen gegenüber eine gesteigerte Fürsorgepflicht, bestimmte Arbeiten dürfen ihnen nicht auferlegt werden (ArG 29 II, 32). Die besonderen Ruhe- und Arbeitszeiten regelt ArG 31.

Auch Weibliche Arbeitnehmer dürfen bestimmte Arbeiten nicht ausführen (ArG 36a), für Schwangere, Wöchnerinnen und stillende Mütter sind weitere Erleichterungen vorgesehen (ArG 35 ff.).

### 2.5.3. Besondere Einzelarbeitsverträge

#### a) *Hauswartvertrag*

Dies ist nur ein Vertrag, nicht deren zwei. Leistung und Gegenleistung gehören aber teils Miet- teils Arbeitsvertrag an. Ist der Hauswart nebenamtlich, werden die Kündigungsvorschriften nicht angewandt. Das Arbeitsverhältnis erlischt mit dem Mietverhältnis. Die Bewohnung einer betriebseigenen Wohnung ist kein gemischter Vertrag, sondern zwei eigenständige Verträge (vgl. OR 272 ff.).

#### b) *Lehrvertrag*

##### i. **Begriff und Entstehung**

Die Arbeit dient hier nicht dem wirtschaftlichen Zweck des Unternehmens, sondern der beruflichen Ausbildung des Lehrlings (OR 344). Die berufliche Ausbildung hat umfassend und systematisch zu erfolgen. Eine Anlehre bezieht sich demgegenüber nur auf die praktischen Fertigkeiten.

Der Lehrvertrag wird weitgehend im Bundesgesetz über die Berufsbildung (BBG, plus BBV) geregelt. Da die öffentlichrechtlichen Berufsbildungsvorschriften, soweit sie das Verhältnis der Vertragsparteien zueinander betreffen, auch zivilrechtliche Wirkungen haben (OR 342 II), werden sie hier behandelt.

Der Lehrvertrag erfordert **Schriftform** (OR 344a I). Bei Unmündigen muss der Inhaber der elterlichen Sorge oder der Vormund unter Zustimmung der Vormundschaftsbehörde unterzeichnen (ZGB 421 12.). Wird der Lehrvertrag vom BBG erfasst, bedarf er der Genehmigung der Lehrlingskommission (BBG 20).

##### ii. **Inhalt**

OR 344a II und III schreiben vor, dass der Lehrvertrag die Art und Dauer der Ausbildung, die allfällige Probezeit, Arbeitszeit, Ferien und Lohn regeln soll, wie auch weitere Vereinbarungen (z.B. Werkzeuge, Unterkunft etc.). Im Geltungsbereich des BBG stehen Ausbildungsreglemente und Vertragsformulare zur Verfügung. Ein über OR 340 gehendes Konkurrenzverbot ist zwingend ausgeschlossen (OR 344a IV).

Die Vorschriften über den Einzelarbeitsvertrag sind ergänzend anzuwenden (OR 355). Deshalb steht dem Lehrling zwingend Lohn zu (OR 319 I). Der Lehrling hat die Pflicht, alles zu tun, um das Lehrziel zu erreichen (OR 345 I, vgl. BBG 23 I). Der Lehrmeister

muss den Lehrling ausbilden (OR 345a I, BBG 22), sowie die Persönlichkeit des Lehrlings fördern (bei mangelhafter Ausbildung OR 97). Akkordarbeit ist untersagt (BBV 22 IV). Der Lehrling ist zum Besuch des obligatorischen beruflichen Unterrichts zuzulassen (OR 345a II, 362).

### iii. Beendigung

Eine vorzeitige Auflösung ist nur während der Probezeit oder aus wichtigen Gründen möglich (OR 337 I, 346, 361). Ist keine Probezeit vereinbart, gelten die ersten drei Monate als solche (BBG 21 I). Wichtige Gründe können das Fehlen der erforderlichen Fähigkeiten und Eigenschaften des Lehrlings oder des Lehrmeisters, sowie das Fehlen objektiver Gegebenheiten für die Durchführung des Lehrvertrages.

Auflösungsgründe sind weiter der Tod des Lehrlings und das gegenseitige Einverständnis. Bei Auflösung des Verhältnisses muss der Lehrherr die kantonale Behörde und die Berufsschule benachrichtigen. Die Behörde versucht zu verständigen (BBG 25 I). Bei Betriebsschliessungen und ungenügender Lehrmöglichkeit versucht die Behörde zu erreichen, dass der Lehrling die Lehre an einem anderen Ort beenden kann (BBG 25 II und III).

War der Lehrvertrag nichtig und wurde schon gearbeitet, hat der Lehrling die Differenz zwischen seinem Lehrlingslohn und dem Hilfsarbeiterlohn zugute, wie wenn ein gültiger Vertrag vorgelegen hätte (OR 320 III, bei Gutgläubigkeit).

Hat der Lehrling die Abschlussprüfung nicht bestanden, so bedarf eine Verlängerung des Lehrverhältnisses der schriftlich nachzusuchenden Genehmigung der Behörde. Fehlt diese, so liegt in der Fortsetzung des Lehrverhältnisses der stillschweigende Abschluss eines Einzelarbeitsvertrages vor. Nach abgeschlossener Lehre steht dem Lehrling ein Zeugnis zu (OR 346a). Weiter erhält er von der kantonalen Behörde einen Fähigkeitsausweis (BBG 43). Spätestens drei Monate vor Abschluss hat der Lehrmeister mitzuteilen, ob der Lehrling danach weiterbeschäftigt wird (BBG 22 VI).

## c) *Handelsreisendenvertrag*

### i. Begriff und Entstehung

Der Handelsreisendenvertrag ist ein Arbeitsvertrag mit der Besonderheit, dass der Arbeitnehmer **ausserhalb der Geschäftsräume** seines Arbeitgebers tätig wird (OR 347). Er schliesst und vermittelt dabei Geschäfte jeder Art auf Rechnung des Arbeitgebers ab. Arbeitgeber kann nur der Inhaber einer eintragungspflichtigen Firma nach OR 934 sein.

Diejenigen, die Geschäfte auf eigene Rechnung abschliessen, sind keine Handelsreisenden. Der Hausierer verkauft seine Sachen, der Handelsreisende trägt sie nur aufgrund von Bestellungen mit sich. Der Agent steht zu mehreren Auftraggebern in einem vertraglichen Verhältnis, zudem ist er nicht wie der Handelsreisende weisungsgebunden.

Der Vertrag mit einem Handelsreisenden erfordert **Schriftlichkeit** (OR 347a), ein Formmangel kann jedoch geheilt werden. Der Vertrag soll Angaben über Dauer, Beendigung, Vollmachten (vgl. OR 348b), Entgelt, Auslagenersatz, das anwendbare Recht und den Gerichtsstand enthalten.

## ii. Inhalt

Der Handelsreisende darf von den Weisungen nur aus begründetem Anlass abweichen (OR 348, z.B. Verkehrsunterbrüche, Märkte etc.). Delcredere sind Abreden, welche besagen, dass der Handelsreisende für die Erfüllung der von ihm abgeschlossenen Geschäfte einzustehen hat. Sie sind nur unter sehr engen Voraussetzungen möglich (OR 348a, Schriftlichkeit, nur Abschlüsse mit Privatkunden, 25% des Haftungsschadens höchstens, Delcredere-Provision).

Der Arbeitgeber hat die Pflicht zur Wahrung der Ausschliesslichkeit des überlassenen Tätigkeitsbereiches (OR 349). Eine einseitige Abänderung des vertraglich zugewiesenen Tätigkeitsbereiches ist nur durch Änderungskündigung möglich. Ein Fixum muss Hauptbestandteil des Lohnes bilden (OR 349a, 362). Es können aber Abreden getätigt werden, die besagen, dass der Lohn ganz aus Provisionen bestehen soll, wenn diese in angemessenes Entgelt darstellen.

Das angemessene Entgelt errechnet sich aus der Ausbildung, der Leistung, der Verantwortung und der sozialen Verpflichtung des Handelsreisenden (für die ersten 2 Monate kann der Lohn frei vereinbart werden).

Bei der Exklusivität des zugewiesenen Tätigkeitsbereiches entsteht der Provisionsanspruch bei jedem Geschäft, die der Arbeitgeber mit einem Kunden aus diesem Kreis schliesst, unabhängig davon, ob der Handelsreisende etwas damit zu tun hat.

Die Auslagen sind gesondert zum Lohn zu vergüten (vgl. OR 327a-c, 349d). Arbeitet der Handelsreisende für mehrere Arbeitgeber, muss jeder einen Anteil zu den Auslagen leisten. Zur Sicherung seiner Forderungen hat der Handelsreisende ein Retentionsrecht (OR 349e, 362).

## iii. Beendigung

Bei saisonmässigen Schwankungen besteht eine Mindestkündigungsfrist (OR 350, 360 I). Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses sind alle Provisionen fällig (OR 339 I, 361 I) und es ist alles herauszugeben (OR 350a II, 361 I).

### d) *Heimarbeitsvertrag*

#### i. Begriff und Entstehung

Hier verpflichtet sich der Arbeitnehmer, die Arbeit in seiner Wohnung oder in einem anderen von ihm bestimmten Raum auszuführen (OR 351). Er kann die Arbeit auch mit seinen Familienangehörigen ausführen. Eine bestimmte Arbeitszeit kann verabredet werden.

Beim Heimarbeitsvertrag fehlt das charakteristische Merkmal der Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers, die arbeitsvertragsrechtlichen Vorschriften sind dennoch anwendbar (OR 355). Vom Auftrag und vom Werkvertrag unterscheidet sich der Heimarbeitsvertrag dadurch, dass der **Heimarbeiter wirtschaftlich vom Arbeitgeber abhängig ist**.

Das ArG kommt nicht zur Anwendung, wohl aber das HArG, jedoch nur für Hand- und Maschinenarbeit (HArG 1 IV). Der Lohnansatz und die Entschädigung für durch den Heimarbeiter zu beschaffendes Material muss schriftlich geschehen (OR 351a).

## **ii. Inhalt**

Mit der Arbeit muss rechtzeitig begonnen werden (OR 352 I, ansonsten Grund für eine ausserordentliche Kündigung!). Es besteht eine Nachbesserungspflicht (OR 352 II, sonst normale Haftung OR 321e). OR 352a I sieht eine besondere Sorgfalts-, Rechenschafts- und Rückgabepflicht für die vom Arbeitgeber verwendeten Materialien und Arbeitsgeräte vor. Er haftet höchstens für die Selbstkosten (OR 352a III).

Auf Seiten des Arbeitgebers sieht OR 353 zwingend eine Rügefrist vor (OR 362). Vorbehalten bleiben die absichtliche Täuschung und versteckte Mängel. Die Lohnzahlung muss halbmonatlich erfolgen, oder wenn der Heimarbeitnehmer einverstanden ist, monatlich (OR 353a, 362). Annahmeverzug nach OR 324 kann der Heimarbeitnehmer geltend machen. Weitere Regelungen sind aus HArG 4-7 ersichtlich.

## **iii. Beendigung**

Ist nichts anderes vereinbart, wird durch Übergabe einer Probearbeit keine Probezeit, sondern ein Arbeitsverhältnis auf bestimmte Zeit begründet, das mit der Ausführung der Arbeit endet (OR 354 I, 334 I). Bei einem weiteren Arbeitsauftrag entsteht ein neues Arbeitsverhältnis. Steht der Arbeitnehmer ununterbrochen im Dienste des Arbeitgebers, sind die Kündigungsvorschriften von OR 335-337d anwendbar.

## **e) *Personalverleih***

### **i. Begriff und Formen**

Der Arbeitgeber stellt den Arbeitnehmer mit dessen Einverständnis für eine bestimmte Zeit einem Dritten zur Verfügung. Dem Dritten steht das Recht auf das Arbeitsergebnis zu, er hat Weisungsrechte und Fürsorgepflichten.

Personalverleih kann bei gelegentlichen Überlassungen, bei Leiharbeit und bei Temporärarbeit vorkommen. Bei Temporärarbeit schliesst der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer nur einen Rahmenvertrag und bietet ihn danach Dritten an. Nimmt der Arbeitnehmer eine Stelle an, wird ein Einsatzvertrag abgeschlossen. Es bestehen drei Rechtsbeziehungen: Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und temporärem Arbeitnehmer, Verleihvertrag zwischen Verleiher und Einsatzbetrieb, Rechtsbeziehung zwischen Arbeitnehmer und Einsatzbetrieb.

### **ii. Der Leiharbeitsvertrag**

Leiharbeit und Temporärarbeit sind bewilligungspflichtig (AVG 12, AVV 28), ist keine Bewilligung vorhanden, ist der Arbeitsvertrag mit dem Arbeitnehmer ungültig. OR 320 III findet jedoch Anwendung. Der Leiharbeitsvertrag ist schriftlich abzuschliessen (AVG 19 I, heilbar). Der Inhalt ergibt sich aus AVG 18-20. AVG 19 IV stellt zur Beendigung im Fall



von Temporärarbeit kürzere Fristen auf (siehe vorne). Für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher gilt AVG 23.

### iii. Der Verleihvertrag

Das ist der Vertrag des Personalverleihers mit dem Einsatzbetrieb. **Der Personalverleiher haftet nicht für die ordentliche Arbeitsleistung, sondern nur für die Eignung der verliehenen Person.** Der Einsatzbetrieb trägt das wirtschaftliche Risiko, doch hat das Verleihunternehmen Ansprüche wegen mangelhafter Arbeitsleistung gegen seine Arbeitnehmer dem Entleiher abzutreten oder für ihn geltend zu machen.

### f) *Der öffentliche Dienst*

Grundsätzlich von den Regelungen des OR ausgenommen ist der öffentliche Dienst (OR 342 I a). Das Arbeitsvertragsrecht gilt nur bei ausdrücklicher Verweisung oder zur Lückenfüllung. Oft bestehen durch öffentlichrechtliche Vorschriften erhöhter Kündigungsschutz, sowie eine erhöhte Treuepflicht.

## 2.5.4. Kollektives Arbeitsrecht

### a) *Koalitionsrecht*

#### i. Begriff

Koalitionen sind freie, privatrechtliche, demokratisch verfasste Vereinigungen von Arbeitnehmern oder Arbeitgebern auf unabhängiger überbetrieblicher Grundlage zur Wahrnehmung kollektiver Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen. Durch die Unabhängigkeit ist es nicht möglich, dass Arbeitnehmer mit Arbeitgebern zusammen eine Koalition bilden.

#### ii. Koalitionsfreiheit

Die Koalitionsfreiheit ist durch BV 28 I ausdrücklich garantiert. Daneben ist BV 23 von Bedeutung (Vereinigungsfreiheit). Diese Rechte werden auch durch internationale Übereinkommen geschützt. Die Normen schützen Koalitionen als solche, wie auch die individuelle Willensbildung, einer Koalition (nicht) anzugehören.

Das Verbot einer Koalition anzugehören, ist privatrechtlich durch ZGB 27 f. geschützt. Der Schutz eines Verbandes ist dadurch geschützt, dass eine unfaire Mitgliederwerbung die Widerrechtlichkeit nach OR 41 begründet und den Verband als solches in seiner Persönlichkeit beeinträchtigt. **Möglich ist ein gewisser Anschlusszwang** mit der Verpflichtung von Solidaritätsbeiträgen (vgl. OR 356b I). Die angeschlossenen Arbeitgeber erhalten eine Legitimationskarte, die angeschlossenen Arbeitnehmer eine Arbeitskarte als Ausweis für die Leistung der Solidaritätsbeiträge. Durch diese Möglichkeit soll der Vorteil abgegolten werden, den die Angeschlossenen durch die Tätigkeit der Vertragspartner erhalten. Der Staat hingegen ist daran gehindert, über die Kostendeckung hinausgehende Beiträge für allgemeinverbindlich zu erklären (BV 28 I).

## b) *Gesamtarbeitsvertragsrecht*

### i. **Allgemeines**

GAV werden kollektiv, d.h. von den Arbeitsverbänden getroffen (OR 356 I). Sie werden auch Tarifverträge genannt. Sie setzen die Tarifzuständigkeit voraus, d.h. die Parteien müssen gemäss der Satzung für den vom GAV erfassten Bereich zuständig sein. Für den Abschluss ist Schriftform erforderlich (OR 356c I).

Inhaltlich gliedert sich der GAV in schuldrechtliche und normative Bestimmungen (vgl. nachstehend). Der GAV endet durch Zeitablauf, durch eine auflösende Bedingung, durch gegenseitige Übereinkunft oder durch Kündigung. Letzteres ist jederzeit **mit einer Frist von sechs Monaten** möglich (OR 356c II), oder **fristlos aus wichtigem Grund** (OR 337 analog).

### ii. **Schuldrechtliche Bestimmungen**

Die schuldrechtlichen Bestimmungen wirken **nur zwischen den Vertragsparteien**. Dritte können nur durch die Drittschadensliquidation oder durch die Anwendung eines Vertrages zugunsten Dritter diese Bestimmungen aufrufen.

Die Vertragsparteien sind gehalten, für die Einhaltung des Vertrages zu sorgen (OR 357a I). Daraus ergeben sich die Pflicht zur Wahrung des Arbeitsfriedens und die Pflicht, auf Verbandsmitglieder einzuwirken, falls diese gegen Vereinbarungen aus dem GAV verstossen. Es können auch weitere Pflichten auferlegt werden (vgl. OR 356 III).

### iii. **Normative Bestimmungen**

Die normativen Bestimmungen sind Gesetze im materiellen Sinn, und zwar autonomes Satzungsrecht, das Verpflichtungen Dritter, nämlich den einzelnen Vertragsmitgliedern, begründet. Gegenstand können Regeln über den Abschluss, Inhalt und Beendigung des Arbeitsverhältnisses sein, sowie Regeln die zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer wirken sollen.

Der GAV kann auch Bestimmungen enthalten, die mit normativer Wirkung schuldrechtliche Ansprüche für und gegen nicht direkt am GAV Beteiligte, nämlich die Verbandsmitglieder begründen, ohne den jeweiligen Partner des Einzelarbeitsverhältnisses zu berechtigen oder zu verpflichten („indirekt schuldrechtliche Bestimmungen“, vgl. OR 356 II). Beispiele sind Betriebsnormen, die die Betriebsgestaltung regeln, oder Ordnungsnormen wie Vorschriften über Torkontrolle oder Rauchverbote.

Der GAV darf nicht wegbedungen werden (OR 357 I). Zu beachten ist das Günstigkeitsprinzip gemäss OR 358 und ferner das Prinzip der Unverbrüchlichkeit, welches OR 341 I wiederholt.

### iv. **Geltungsbereich**

Der Geltungsbereich (persönlich, örtlich, zeitlich, sachlich) beurteilt sich in erster Linie nach dem Inhalt des GAV. In persönlicher Hinsicht ist die Erweiterung der sogenannten

**Tarifgebundenheit** von Bedeutung, welche mit der Allgemeinverbindlichkeitserklärung erreicht wird. Das Verfahren ist im **Allgemeinverbindlichkeitsgesetz** geregelt. Der Grund für die AVE ist die Situation bei nachlassender Konjunktur und Arbeitslosigkeit. Es besteht die Gefahr, dass tarifgebundene Arbeitnehmer durch Aussenseiter verdrängt werden.

In sachlicher Hinsicht ist zwischen dem Industrie- und dem Fachtarif zu unterscheiden. Beim ersteren gilt der Grundsatz der Tarifeinheit, sodass bspw. ein Betriebsschlosser dem GAV für die chemische Industrie unterliegt. Beim Fachtarif fallen nur bestimmte fachliche Tätigkeiten darunter, z.B. nur das technische Personal. Tarifkonkurrenzen liegen dann vor, wenn ein Einzelarbeitsverhältnis unter mehrere GAV fällt. In dieser Situation ist nach dem Spezialitätsprinzip vorzugehen; derjenige GAV, der persönlich, sachlich und räumlich näher beim Betrieb ist, ist anzuwenden.

### c) *Das Recht des Arbeitskampfes*

#### i. **Begriff**

Werden im Laufe der Auseinandersetzung der Sozialpartner Massnahmen ergriffen, die den Arbeitsfrieden stören, spricht man von Arbeitskampf. Die Hauptformen sind Streik, Aussperrung und Boykott.

Wilde Streiks werden durch spontan gebildete Gruppen von Arbeitnehmern durchgeführt, während organisierte Streiks von Gewerkschaften gemacht werden. Die Aussperrung ist das Gegenteil des Streikes, während es sich beim Boykott um die organisierte Meidung bestimmter Personen, mit dem Zweck, sie zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen oder massregeln handelt.

Arbeitskämpfe sind grundsätzlich erlaubt und nur ausnahmsweise verboten. Es gilt also der **Grundsatz der Kampffreiheit** (BV 28 III). Der Staat hat dabei neutral zu bleiben. Voraussetzung ist allerdings, **dass der Streik rechtmässig ist** (vgl. BV 28 III und IV). Funktionswidrig sind Arbeitskämpfe für Forderungen, die der Regelungskompetenz der Sozialpartner entzogen sind, sowie solche, die gegen bestehende Gesamtarbeitsverträge oder gegen die Friedenspflicht während des Schlichtungsverfahrens verstossen. Ferner müssen die Arbeitskämpfe verhältnismässig sein, und das vorgesehene Verfahren einhalten.

Leitende Angestellte, die wegen ihrer Funktion zwischen den Arbeitnehmern und den Arbeitgebern stehen, werden allgemein als unzulässig erklärt.

#### ii. **Folgen rechtmässiger Arbeitskämpfe**

Ein rechtmässiger Streik verletzt den Einzelarbeitsvertrag grundsätzlich nicht. Er bewirkt ein Ruhen der Hauptpflichten. **Die ordentliche Kündigung bleibt zulässig, ausser sie hat den Zweck, den Streikwillen zu brechen** (vgl. OR 336 I b). Am rechtmässigen Streik dürfen sich auch Arbeitnehmer beteiligen, die nicht Mitglied der betreffenden Gewerkschaft sind, **aber nur Gewerkschaftsmitglieder erhalten die vorgesehene Streikunterstützung** (zwischen 60 und 80% des Normallohnes). Ist wegen dem Streik keine Arbeit vorhanden, entfällt auch der Lohnanspruch derjenigen, die sich nicht am Streik beteiligen wollen. Während dem Streik besteht kein Anspruch auf Ferienlohn oder Lohnzahlung im Krankheitsfall.

Die Aussperrung hat dieselben Folgen; **die Arbeitnehmer haben aber u.U. das Recht auf eine ausserordentliche Kündigung**. Auch erkrankte Arbeitnehmer dürfen ausgesperrt werden.

### iii. Folgen rechtswidriger Arbeitskämpfe

Ein rechtswidriger Streik begründet die Haftung des Einzelnen (OR 97), sowie das ausserordentliche Kündigungsrecht des Arbeitgebers (OR 337). Bei rechtswidriger Aussperrung gerät der Arbeitnehmer in Annahmeverzug (OR 324 I, 97 I, OR 41).

Wird der rechtswidrige Streik von Koalitionen organisiert, kann dies eine Haftung des Verbandes nach sich ziehen (ZGB 55 III, OR 55, 101).

## d) *Betriebsverfassungsrecht*

### i. Die Betriebsordnung

Das Betriebsverfassungsrecht regelt die Zuständigkeiten und Verfahren beim Zusammenwirken von Arbeitgebern und Arbeitnehmern im Betrieb, insbesondere die Einschränkung der arbeitsrechtlichen Weisungsgewalt durch Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer.

Wichtigster Punkt ist die Betriebsordnung, zu deren Aufstellung industrielle Betriebe verpflichtet sind (ArG 37 I). Zwingender Inhalt sind Vorschriften über die Ordnung im Betrieb und das Verhalten der Arbeitnehmer (ArG 38 I).

### ii. Die Mitwirkung im Betrieb

Die Mitwirkung im Betrieb ist im Mitwirkungsgesetz geregelt. Die Regelungen sind sehr dürftig. Die vielleicht wichtigste Regelung ist in MWG 12 II vorgesehen. Die Arbeitnehmervertreter dürfen nicht benachteiligt werden. Eine Kündigung des Arbeitnehmervertreters ist immer missbräuchlich (ausgenommen OR 337).

## 2.5.5. Arbeitsgerichtsbarkeit

Das Arbeitsgericht ist speziell geregelt. Das kantonale Prozessrecht wird durch OR 343 und GestG 24 bundesrechtlich determiniert. Bei einem Streitwert von bis zu **CHF 30'000.-** ist das Verfahren kostenlos und rasch, und es gilt die **Untersuchungsmaxime** (OR 343 II). Gerichtsstand ist wahlweise der Wohnsitz des Beklagten oder der Ort der Arbeitsstätte (GestG 24 I). Gerichtsstandsvereinbarungen zulasten des Arbeitnehmers sind unzulässig (GestG 21 I d), sofern sie vor Entstehung der Streitigkeit abgeschlossen wurden (GestG 21 II).

Die sachliche Zuständigkeit regelt das kantonale Recht (ZPO 354 ff.). Im Aargau bestehen organisatorisch ausgliederte Arbeitsgerichte. Diese wären von Bundesrechts wegen nicht erforderlich, solange das Gericht den Anforderungen des OR entspricht.

## 2.6. *Werkvertrag*

### 2.6.1. **Begriff und Abgrenzungen**

#### a) *Vorbemerkung*

Der Werkvertrag im Baurecht wird hauptsächlich von der SIA-Norm 118 geprägt. In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, ob die SIA-Norm durch Anwendung der AGB-Regeln übernommen wurde. Der Regelungsinhalt der SIA-Norm 118 ergibt sich detailliert daraus (190 Artikel).

#### b) *Begriff*

Der Werkvertrag wird als **Übernahme der Herstellung eines Werkes durch den Unternehmer gegen Lohnzahlung seitens des Bestellers umschrieben** (OR 363). Als Werk kommt neben einer Sache auch ein immaterieller Arbeitserfolg in Betracht (z.B. musikalische Leistung). Das Werk muss einigermassen bestimmt sein.

Der Werkvertrag bedarf keiner besonderen Form. **Entgeltlichkeit ist zwingend notwendig**. Die Höhe des Entgeltes muss aber nicht festgelegt sein (OR 374).

Der Gesamtarchitekturvertrag, durch den einem Architekten die Planung und Bauleitung übertragen werden, untersteht **gleichzeitig dem Auftrags- und dem Werkvertragsrecht**, wobei zur Lösung einzelner Probleme der Normenkomplex mit der jeweils sachgerechten Lösung heranzuziehen ist. Der Totalunternehmervertrag wird dagegen nur als Werkvertrag qualifiziert.

#### c) *Abgrenzung*

Wenn die Arbeit im Vergleich zum Stoff als die Hauptsache erscheint oder nach der Meinung der Vertragsparteien ein gewisses Mitspracherecht des Bestellers und die Befugnis zur Erteilung von Weisungen an den Unternehmer während des Arbeitsvorganges gegeben sein sollte, liegt ein Werkvertrag vor.

### 2.6.2. **Rechtsstellung des Unternehmers**

#### a) *Herstellung und Ablieferung*

Der Unternehmer hat das Werk herzustellen, und zwar grundsätzlich mit eigenen Hilfsmitteln und Werkzeugen (OR 364 III) und unter persönlichem Einsatz (OR 364 II). Inwieweit eine persönliche Leistungspflicht vorliegt, hängt von der Natur des Vertrages ab

(z.B. Kunstwerk, oder ein Vertrag mit einem grossen Unternehmen). Zur Herstellung gehört auch die Ablieferung des Werkes (vgl. OR 367), ausser natürlich es findet kein Besitzübergang statt (vgl. OR 371 II, welcher von Abnahme spricht). Mit Ablieferung ändert sich der Erfüllungsanspruch in die Mängelrechte.

**b)            *Verzug***

Kommt der Unternehmer mit Ablieferung in Verzug, kann der Besteller vom Vertrag zurücktreten (OR 366 I). Der Besteller muss dazu aber eine Nachfrist ansetzen (OR 107 II). OR 108 ist auch anwendbar.

In **Herstellungsverzug** gerät der Unternehmer, wenn er die Erstellung des Werks pflichtwidrig verzögert. Ein solcher ist nicht möglich, wenn der Besteller für den Verzug verantwortlich ist (unabhängig vom Verschulden). Praktisch schwierig ist die Beantwortung, wo die Risikosphäre des Bestellers anfängt. Neutrale Umstände sind wohl eher dem Unternehmer zuzurechnen. Herstellungsverzug setzt ein Vorgehen nach OR 102 voraus. Ob der Besteller den Vertrag ex tunc oder ex nunc auflösen will, ist ihm freigestellt. Jedenfalls ist nur letzteres möglich, wenn das Werk auf seinem Grund und Boden erstellt wird; in diesem Fall hat er eine Teilvergütung zu leisten und muss analog OR 368 vorgehen (Mängelrechte). Der Ablieferungsverzug, zu dem es ohne Herstellungsverzug nur selten kommen wird, unterliegt denselben Regeln.

**c)            *Haftung für den Stoff und zufälliger Untergang***

OR 365 befasst sich mit der Haftung des Unternehmers für den Stoff. Er hat nach OR 368 Gewähr zu leisten, er kann also auch zur **Nachbesserung** angehalten werden. Bei Stofflieferungen des Bestellers hat der Unternehmer den Stoff zu prüfen. Werden Mängel erst im Laufe der Verarbeitung offensichtlich, muss der Unternehmer diese anzeigen (OR 365 III). Praktisch bedeutsam ist dies, wenn sich der Baugrund als nicht geeignet erweist. Eine Nichtanzeige macht den Unternehmer schadenersatzpflichtig, er kann auch seinen Vergütungsanspruch verlieren.

OR 376 behandelt den zufälligen Untergang des Werkes vor Ablieferung ohne Verschulden des Unternehmers. Trifft auch den Besteller kein Verschulden, trägt der Unternehmer das Risiko, ausser wenn der Besteller den Stoff geliefert hat. Dann hat der Unternehmer noch Anspruch auf den Ersatz der Auslagen. Die Vergütung für die geleistete Arbeit kann der Unternehmer nur dann fordern, wenn der Besteller in Annahmeverzug gerät, oder wenn dieser eine Ausführungsart vorgeschrieben hat. **Der Unternehmer bleibt vorbeständig OR 378 zur Werkherstellung verpflichtet, wenn er den Untergang verschuldet hat, und er wird auch schadenersatzpflichtig.** Auch ohne Verschulden ist er zur Werkherstellung weiter verpflichtet, ausser der Besteller hat den Untergang zu verantworten.

### 2.6.3. Rechtsstellung des Bestellers

#### a) *Höhe des Werklohnes (OR 373-375)*

Ist keine Preisabmachung getroffen, wird der Preis nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers festgesetzt (OR 374). **Die Norm kommt auch dann zu tragen, wenn die Parteien den Preis ungefähr bestimmt haben.** Eine Abmachung mit Maximalpreis kann auch als Obergrenze verstanden werden. Da der Ungefähr-Preis oftmals vom sachkundigen Unternehmer getroffen wird, kann der Besteller sowohl während als **auch nach der Ausführung des Werkes von Vertrag zurücktreten, wenn er unverhältnismässig überschritten wird** (OR 375 I, beachte aber OR 368 I). **Nicht unverhältnismässig ist i.d.R. eine Kostenüberschreitung von 10%.** Im Falle von OR 368 I erfolgt eine angemessene Herabsetzung des Lohnes. Was für Bauten gilt, gilt auch für Reparaturaufträge, da die nur schwer rückgängig gemacht werden können.

Wurde ein fester Lohn vereinbart, hat der Besteller nur und gerade diesen zu bezahlen, unabhängig von den Kosten des Unternehmers (OR 373 I und III). Eine Einschränkung dieser Regel bringt allerdings OR 373 II, wenn durch ausserordentliche Umstände, die nicht vorausgesehen werden konnten oder die nach den von den Parteien angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren, die Fertigstellung des Werkes für den Unternehmer unerschwinglich oder unzumutbar wird. Der Werklohn ist in diesem Fall zu erhöhen, oder das Vertragsverhältnis ist aufzulösen. Dies soll aber nicht zu einem gewinnbringenden Geschäft des Unternehmers führen.

#### b) *Fälligkeit*

Für die Fälligkeit ist der Vertrag massgebend. Bei grösseren Bauten werden häufig Ratenzahlungen vereinbart. Fehlt es an einer Vertragsbestimmung, bestimmt OR 372, dass die Fälligkeit bei Ablieferung des Werkes eintritt. Da die Unvollendetheit als Mangel gilt, kann der Besteller seine Mängelrechte bei gegebenen Umständen verrechnen.

#### c) *Sicherungsmittel*

Als Sicherungsmittel ist das Bauhandwerkerpfandrecht als wichtigstes zu nennen. Ferner kann der Unternehmer Rabatt und Skonto (für rechtzeitige Zahlung) gewähren.

### 2.6.4. Mängelrechte des Bestellers

#### a) *Allgemeines*

Die Mängelrechte stimmen weitgehend mit denjenigen des Käufers überein. Gleichbleibendes wird daher nur kurz wiederholt. Zentrale Voraussetzung ist ein Mangel oder eine

sonstige Vertragsabweichung (OR 368). Nach Ablieferung des Werkes hat der Besteller es zu prüfen, und muss den Mangel sofort rügen (OR 367 I). Die Rügepflicht gilt auch bei versteckten Mängeln ab deren Entdeckung (OR 370). Der Besteller muss den Mangel jeweils zweifelsfrei festgestellt haben, damit er ihn rügen kann. Zu begrüssen ist die SIA-Norm 118 (Art. 172 ff.), welche eine Rügefrist von zwei Jahren (wie die Garantiefrist) vorsieht.

Die Mängel dürfen nicht vom Besteller selbst verschuldet oder zu verantworten sein (OR 369). Zu beachten ist in diesem Zusammenhang das Weisungsrecht des Bestellers bzw. die Abmahnungspflicht des Unternehmers. Ist die Weisung eines sachkundigen Bestellers fehlerhaft und resultiert daraus ein Werkmangel, wird der Unternehmer von seiner Gewährleistungspflicht auch ohne Abmahnung befreit, ausser er habe die Fehlerhaftigkeit erkannt oder der Fehler sei offenkundig. OR 369 kommt nur dann zum tragen, wenn der Besteller alleine verantwortlich ist.

### *b) Mängelrechte*

Sind die Gewährleistungsvoraussetzungen erfüllt, kann der Besteller die Annahme des mangelhaften Werkes verweigern (OR 368 I) oder einen Minderwert geltend machen (OR 368 II). Diese Regelungen entsprechen der Wandelung und der Minderung beim Kauf. Im Gegensatz dazu kann der Besteller den Unternehmer aber zur **unentgeltlichen Verbesserung des Werkes** anhalten (OR 368 II). Bei Verschulden des Unternehmers hat der Besteller zusätzlich die Möglichkeit, Schadenersatz geltend zu machen, und zwar auch im Umfange, wie sich die Schäden nicht durch Wandelung/Minderung/Nachbesserung beseitigen lassen.

**Nachbesserung** kann nicht verlangt werden, wenn sie dem Unternehmer übermässige Kosten verursachen würde und die Wandlung ist ausgeschlossen bei minder erheblichen Mängeln und bei Bauwerken (OR 368 III). Abgesehen von diesen Fällen hat der Besteller die freie Wahl.

Hat sich der Besteller für Nachbesserung entschieden, kann er unter den Voraussetzungen von OR 107 für die Mängelbeseitigung durch den im Verzug befindlichen Unternehmer verzichten und statt dessen erneut die übrigen Mängelrechte aus OR 368 geltend machen. Dazu kommt auch die Möglichkeit des Schadenersatzanspruches aus OR 107 II, allerdings bezieht sich diesmal das Erfordernis des Verschuldens nicht auf den Mangel, sondern auf den Verzug.

Die ursprünglichen Wahlrechte leben auch dann wieder auf, wenn die Nachbesserung ungenügend gemacht wird (es besteht keine neue Rügeobliegenheit). Wenn sich der Besteller für den Nachbesserungsanspruch entschieden hat, und dann selbst oder durch einen Dritten nachbessert, geht der Anspruch, wie auch natürlich die Wahlrechte, unter. Er hat höchstens noch einen Anspruch aus OR 423.

### *c) Verjährung und OR 366*

Die Verjährung richtet sich nach OR 371 I und II (ein bzw. fünf Jahre). Architekten und Ingenieure unterstehen ebenfalls der fünfjährigen und nicht der zehnjährigen Frist nach OR 127. Die Frist beginnt mit der Ablieferung, Werkvollendung ist nicht vorausgesetzt.



Die Gewährleistungsordnung ist dispositives Recht, so ist insbesondere die SIA-Norm 118 zu beachten (Zweijahresfrist). Sind die Mängel vorauszusehen, kann der Besteller auch vor Fertigstellung des Werkes sich auf die Mängelrechte berufen (vgl. OR 366 II, „sonst vertragswidrige Erstellung“, es fallen aber nur mangelhafte Erstellungen unter die Bestimmung von OR 366 II, andere Vertragswidrigkeiten fallen unter OR 366 I).

## 2.6.5. Beendigung des Werkvertrages

### a) *Unmöglichkeit*

Normalerweise endet der Werkvertrag mit der Erfüllung. Es kann aber auch Unmöglichkeit der Erfüllung eintreten (OR 97, beachte OR 119). OR 378 sieht indessen Ausnahmen von OR 119 vor: Hat die Unmöglichkeit ihre Ursache in Verhältnissen des Bestellers, hat der Unternehmer Anspruch auf Vergütung der geleisteten Arbeit und der im Preis nicht inbegriffenen Auslagen (OR 378 I, z.B. ein behördliches Bauverbot). Bei Verschulden des Bestellers hat er überdies Schadenersatz zugute (OR 378 II).

Stirbt der Unternehmer oder wird er sonst ohne seine Schuld zur Vollendung des Werkes unfähig, erlöscht der Werkvertrag, wenn er mit Rücksicht auf die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers eingegangen worden ist (OR 379, 364 II).

### b) *Rücktrittsrechte*

#### i. Des Bestellers

Der Besteller kann jederzeit vom Werkvertrag zurücktreten, solange das Werk noch nicht vollendet ist (OR 377). Die Vertragsauflösung erfolgt ex nunc. Der Besteller schuldet die Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und die volle Schadloshaltung des Unternehmers (Erfüllungsinteresse, ein Abzug wegen Verschulden des Unternehmers ist möglich). **Der Unternehmer hat das nicht fertige Werk herauszugeben.**

Das gewöhnliche Rücktrittsrecht wegen Verzuges der Ablieferung ergibt sich aus OR 107 ff. (plus OR 366, Herstellerverzug).

Das Rücktrittsrecht des Bestellers gemäss OR 375 kann bei einer übermässigen Überschreitung des ungefähr festgelegten Preises ausgeübt werden.

#### ii. Des Unternehmers

Das Rücktrittsrecht des Unternehmers ergibt sich nur aus den allgemeinen Rücktrittsrechten. Bei Verzuges des Bestellers bei der Stofflieferung oder der Bereitstellung des Baugrundes (OR 91), hat der Unternehmer überdies auch das Recht zur Anwendung von OR 107 ff. Geschuldet ist auch hier das positive Vertragsinteresse (umstritten).

## 2.7. *Verlagsvertrag*

### 2.7.1. **Begriff**

Der Verlagegeber verpflichtet sich, ein wissenschaftliches, literarisches oder künstlerisches Werk zum Zwecke der Herausgabe einem Verleger zu überlassen; dessen Pflicht besteht darin, das Werk zu vervielfältigen und zu verbreiten (OR 380). **Kein Begriffsmerkmal ist das Honorar, und es besteht keine Formvorschrift.** Ein Honorar ist indessen vereinbart, wenn es üblich ist (OR 388).

Durch den Verlagsvertrag überträgt der Urheber gewisse Nutzungsbefugnisse auf den Verleger, nämlich das Recht auf Vervielfältigung und Vertrieb. Die Rechte gehen für so lange über, als es für die Ausführung des Verlagsvertrages nötig ist (OR 381 I, vgl. URG 29 II).

Ein Verlagsvertrag im uneigentlichen Sinne liegt bei Werken vor, die nicht schutzfähig sind. Hierauf beziehen sich OR 381 II und III. Es ist auf das fehlende Urheberrecht hinzuweisen. Ist der Verfasser blosser Gehilfe des Verlegers, liegt kein Verlagsvertrag vor (OR 393).

### 2.7.2. **Wirkungen**

Der Verlagegeber stellt das Werk her, und übergibt es dem Verleger. Bis zur Übergabe des Werkes trägt der Verlagegeber die Gefahr des zufälligen Untergangs (OR 390 I). Der Verlagegeber darf bis zur Erfüllung des Verlagsvertrages nicht mehr über sein Werk verfügen, wenn er damit den Verleger schädigt (vgl. OR 382 III). Ausnahmen sind aber vorgesehen: OR 382 II, 386, 387. Ferner darf der Urheber Verbesserungen vornehmen. Der Verlagegeber gewährt ausserdem, dass ihm die Verlagsrechte zur Zeit des Vertragsschlusses tatsächlich zustanden.

Der Verleger hat die Pflicht zur Vervielfältigung. Dazu gehört auch die angemessene Bekanntmachung. Ist keine Auflagenzahl im Vertrag ersichtlich, hat der Verleger nur zur Veröffentlichung einer Auflage die Berechtigung (vgl. OR 383). Hängt das Honorar vom Absatz des Werkes ab, hat der Verlagegeber ein Mitspracherecht bei der Preisfestsetzung. Bei einer vergriffenen Auflage mit gleichzeitigem Recht mehrerer Auflagen, kann der Verlagegeber dem Verleger eine Frist zur Veröffentlichung setzen, mit deren Ablauf der Vertrag verwirkt (OR 383 III).

### 2.7.3. **Beendigung**

Es gelten die üblichen Beendigungsgründe. Bei Tod des Urhebers gilt OR 392 I und II, bei Konkurs OR 393. **Analog OR 337 II kann der Vertrag auch aus wichtigen Gründen gekündigt werden.** Bei Untergang des Werkes hat der Verleger das Honorar gleichwohl

zu bezahlen, der Verlaggeber muss aber je nach den Umständen das Skript neu erstellen (OR 390). Bei Untergang einer ganzen Auflage hat der Verleger ebenfalls je nach den Umständen bzw. den Kosten einer Auflage, das Recht oder die Pflicht, eine neue Auflage zu produzieren, aber ohne nochmals das Honorar an den Verlaggeber bezahlen zu müssen (OR 391).

## **2.8. Auftrag**

### **2.8.1. Der einfache Auftrag**

#### **a) Begriff**

Der einfache Auftrag (Mandat) ist die vertragliche Übernahme der Geschäftsbesorgung oder Dienstleistung durch den Beauftragten im Interesse und nach dem Willen des Auftraggebers.

Da der Auftrag **subsidiär** ist, darf keine andere Rechtsform erfüllt sein. Inhaltlich muss der Auftrag **in Besorgung fremder Geschäfte** geschehen. Eine Vergütung ist nur geschuldet, wenn sie üblich oder speziell verabredet ist (OR 394 III, vgl. auch OR 320 II). **Das Erfolgshonorar ist unzulässig (z.B. in %), das Honorar kann aber vom Erfolg abhängig gemacht werden.** Bei Anwälten gilt es das BGFA zu beachten.

Ist der Inhalt des Auftrages nicht ausdrücklich festgelegt, ergeben sich die Handlungen des Beauftragten aus der Natur des Geschäfts (OR 396 I). Eine Ermächtigung für Rechtshandlungen ist damit inbegriffen (OR 396 II, vgl. auch III). Der Auftrag bedarf keiner besonderen Form, auch nicht wenn der Auftrag auf Abschluss eines formbedürftigen Rechtsgeschäftes mit einem Dritten gerichtet ist. Wenn sich der Auftraggeber aber mit Abschluss des Auftrages gleichzeitig zum formbedürftigen Rechtsgeschäft entschliesst, müssen die Formvorschriften erfüllt werden.

#### **b) Wirkungen**

##### **i. Rechtsstellung des Beauftragten**

Der Beauftragte muss den Auftrag **getreu und sorgfältig** ausführen (OR 398 II). Ein wesentlicher Aspekt der Treuepflicht ist dabei die **Aufklärungspflicht**, wenn der Beauftragte eine Fachperson ist. Daneben fällt die Geheimhaltungspflicht unter OR 398 II. Das Mass der Sorgfalt verweist auf dasjenige des Arbeitsvertrages (OR 398 I i.V.m. 321e und 321a). **I.d.R. gilt aber ein höherer Sorgfaltsmassstab im Mandatsverhältnis, da kein Subordinationsverhältnis vorhanden ist.** Für die Besorgung eines fremden Geschäfts genügt ferner nicht die Sorgfalt, die der Beauftragte im Normalfall anzuwenden gebraucht (OR 538 I), und OR 99 II wird nicht bzw. nur zurückhaltend angewendet.

Der Beauftragte hat den Weisungen des Auftraggebers zu folgen; weicht er davon ab, hat er die Konsequenzen zu tragen (OR 397 I, und evtl. Anwendung der GoA). Bei unzumutbaren Weisungen hat der Beauftragte als Fachperson den Auftraggeber aufmerksam

zu machen. Der Auftrag muss **persönlich** ausgeführt werden, sofern nicht die Abrede oder die Umstände die Ausführung durch einen Dritten zulassen (OR 398 III). Der Beauftragte haftet für den Dritten nach OR 101. **Von der Haftung für Hilfspersonen ist die Substitution zu unterscheiden, d.h. die Übertragung des Auftrages an einen Dritten zur selbständigen Erfüllung.** Diese ist erlaubt, wenn der Beauftragte zur Übertragung an einen Dritten ermächtigt ist oder durch die Umstände dazu gezwungen oder sie usanzgemäss als zulässig betrachtet wird. Bei zulässiger Substitution gilt die Sonderregel von OR 399 II, d.h. der Beauftragte haftet nur für die Auswahl und Instruktion des Substituten. **Bei unzulässiger Substitution gilt OR 399 I, d.h. dass der Exkulpationsbeweis entgegen OR 101 nicht möglich ist.** Der Auftraggeber kann sich jeweils aber auch immer an den Dritten halten. Das Gesetz verpflichtet den Beauftragten ferner zur **Rechenschaftsablegung** und zur Herausgabe alles dessen, was ihm vom Auftraggeber im Hinblick auf die Ausführung des Auftrages anvertraut wurde (OR 400). Bis zur Rechenschaftsablegung ist auch noch kein Honorar geschuldet, weshalb die Rückgabe retentionsähnlich ist. Im Konkurs des Beauftragten hat der Auftraggeber ein Aussonderungsrecht für das erworbene Fahrnis (OR 401 III). **Die Forderungen gehen mittels Subrogation auf den Auftraggeber über** (OR 401 I und II, Legalzession).

## ii. Rechtsstellung des Auftraggebers

Die vier Hauptpflichten des Auftraggebers sind die Bezahlung des Honorars (OR 394 III, 403 I, sofern der Auftrag entgeltlich ist), der Ersatz der Auslagen und Verwendungen inkl. Zins (OR 402 I), die Befreiung des Beauftragten von den Verbindlichkeiten, welcher dieser zur Erfüllung des Auftrages eingehen musste und der Ersatz des Schadens, welcher der Beauftragte erlitten hat (OR 402 II).

Ist das Ausbleiben des Erfolgs auf eine unsorgfältige Geschäftsführung zurückzuführen, entfällt der Honoraranspruch, bzw. reduziert er sich entsprechend. Bei der Haftung des Auftraggebers folgt das Gesetz OR 97, der Auftraggeber hat daher eine Exkulpationsmöglichkeit. Beim unentgeltlichen Auftrag kann der Richter dem Auftraggeber auch die Übernahme des unverschuldeten Schadens aufbinden.

## c) *Beendigung des Auftragsverhältnisses*

Jede Partei hat ein **freies Widerrufsrecht** (OR 404). Der Widerruf wirkt **ex nunc**. Auf das Widerrufsrecht kann nicht verzichtet werden, und es darf nicht mit einer Konventionalstrafe verhindert werden. Der Widerruf darf nicht zur Unzeit ergehen (OR 404 II). Das ist keine eigentliche Einschränkung, sondern die widerrufende Partei hat der anderen einfach den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen (negatives Interesse, also nicht der Honoraranspruch, strittig). Der Schaden des vorzeitigen Widerrufs kann durch eine Konventionalstrafe abgedeckt werden.

Ausser dem Widerruf nennt das Gesetz den Tod, der Eintritt der Handlungsunfähigkeit und den Konkurs als weitere Endigungsgründe (OR 405 I). Natürlich kann der Auftrag auch einvernehmlich beendet werden. Der Tod des Beauftragten bedeutet dann nicht das Erlöschen des Auftrages, wenn er nur durch dessen Erben beendet werden kann. Selbst nach einem Beendigungsgrund ist der Beauftragte, dessen Erben oder dessen Vertreter verpflichtet, eine Gefährdung der Interessen des Auftraggebers zu verhindern und zu diesem Zweck die Geschäfts solange fortzuführen, bis der Auftraggeber, dessen Erben oder dessen Vertreter in der Lage sind, dies selbst zu tun (OR 405 II, vgl. auch 406).

## 2.8.2. Auftrag zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung

Der Regelungsinhalt ist OR 406a-406h. Die Partnerschaftsvermittlung ist in OR 406a I definiert. Die Vorschriften über den einfachen Auftrag sind ergänzend anzuwenden (OR 406a II). Ferner besteht eine kantonale Vollzugsverordnung. Wesentlich ist, dass die Partnerschaft auf Dauer gedacht ist. Der Partnervermittlungsvertrag bedarf der schriftlichen Form und eines Mindestinhalts, der in OR 406d definiert ist. Sowohl die Rücktrittserklärung und die Kündigung bedürfen ebenfalls der Schriftform. Bei den Pflichten ist besonders die Informationspflicht des Partnervermittlers gegenüber dem Auftraggeber vor und während der Vertragsdauer hinsichtlich besonderer Schwierigkeiten, die im Hinblick auf die persönlichen Verhältnisse des Auftraggebers bei der Auftrags Erfüllung auftreten können (OR 406g I). Die Geheimhaltungspflicht ist in OR 406g II geregelt.

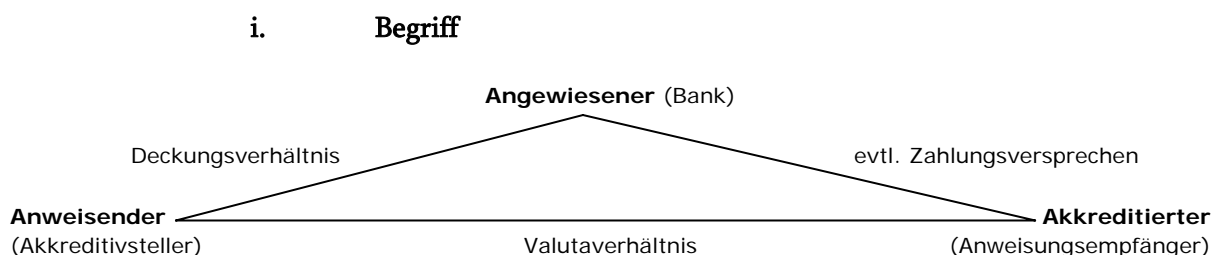
Bei Vermittlung über die Landesgrenze haben die vermittelten Personen Anspruch auf Bezahlung der Rückreise gegenüber dem Beauftragten (OR 406b I, vgl. Abs. 2 bzgl. der Legalzession, wenn das Gemeinwesen für die Rückreise aufkommen muss). Die berufsmässige Vermittlung über die Grenze unterliegt der Bewilligungs- und Aufsichtspflicht einer vom kantonalen Recht bezeichneten Stelle (OR 406c I, Migrationsamt).

## 2.8.3. Kreditbrief und Kreditauftrag

### a) *Kreditauftrag*

**Der Kreditauftrag ist das schriftlich erteilte und von Beauftragten angenommene Mandat, einen Dritten auf eigenen Namen und auf eigene Rechnung, jedoch unter Verantwortlichkeit des Auftraggebers, Kredit zu gewähren (OR 408). Der Auftraggeber haftet ihm wie ein Bürge (vgl. auch OR 411), doch wird sie dadurch verschärft, dass der Auftraggeber sich hier nicht mit der Einrede befreien kann, der Dritte sei bei Eingehung des Schuldverhältnisses handlungsunfähig gewesen (OR 409).**

### b) *Kreditbrief (Akkreditiv)*



Der Kreditbrief ist der dem Beauftragten erteilte und angenommene Auftrag, einem Dritten den von diesem verlangten Betrag auszuzahlen (OR 407). Dem Wesen nach liegt eine Anweisung vor (OR 466 ff.), weshalb diese Normen massgebend sind. Anweisender ist der Akkreditivsteller, Angewiesener ist i.d.R. eine Bank, und Anweisungsempfänger der Akkreditierte.

Neben dem Anweisungsverhältnis besteht oft ein Deckungsverhältnis zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisenden (vgl. OR 407 I). Der Umfang des Betrages ergibt sich aus der Abrede, bei Zweifeln hat sich der Angewiesene beim Anweisenden zu erkundigen (OR 407 II). Zwischen dem Anweisenden und dem Dritten besteht ein Valutaverhältnis. Zwischen dem Dritten und dem Angewiesenen kann evtl. ein Zahlungsverprechen bestehen.

## ii. Rechte und Pflichten

Der Anweisende kann den Auftrag solange widerrufen, bis der Angewiesene dem Dritten nicht ausdrücklich Zahlung versprochen hat (OR 470 II). Erst ab dann besteht eine Verpflichtung des Angewiesenen (OR 407 III). Der Dritte wird regelmässig nicht zur Nutzung des Kredites verpflichtet, sondern nur berechtigt. Beim Dokumentenakkreditiv ist die vorhandene Dokumentenstrenge zu beachten. Dort besteht oftmals noch eine zweite Bank, welche mit der ersten Bank in einem Rechtsverhältnis steht.

### 2.8.4. Der Maklervertrag

#### a) *Begriff*

**Makler ist, wer auf Grund eines entgeltlichen Auftrages dem Auftraggeber Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages nachweisen oder den Abschluss eines Vertrages vermitteln soll.** Der Makler weist daher nur nach oder vermittelt; er schliesst nicht ab (OR 412). Soll er als direkter Stellvertreter den Vertrag für den Auftraggeber abschliessen, muss er dazu bevollmächtigt sein.

Indem der Makler **bloss Tathandlungen und keine Rechtshandlungen** vornimmt, unterscheidet er sich vom Kommissionär, der Verträge abschliesst. Ferner umfasst die Kommission nur bewegliche Sachen und Wertpapiere. **Handelt der „Makler“ seine Tätigkeit dauernd für den gleichen Geschäftsherr aus, wird er zum Agenten.** Für den Erwerb von landwirtschaftlichen Grundstücken bedarf es einer Bewilligung (BGBB 61 f.), weshalb auf diesem Gebiet der Makler unbedeutend ist.

#### b) *Entstehung und Untergang*

Es gilt das Recht des einfachen Auftrags (OR 412 II). Der Vertrag erlischt im Regelfall, wenn das zu vermittelnde Geschäft zustande kommt, oder die Bemühungen während einer Frist erfolglos waren. Bei Widerruf hat der Makler Anspruch auf Ersatz der Auslagen (OR 413 III). Bei arglistigem Verhalten des Auftraggebers ist Schadenersatz geschuldet.

#### c) *Maklerlohn*

Die Vergütung besteht meistens in einer Provision (OR 412). Sie ist im Zweifel dann verdient, wenn das vom Maklervertrag angestrebte Geschäft zwischen Auftraggeber und

Drittem nach Form und Inhalt rechtsgültig und frei von Willensmängeln zustande gekommen ist. Ausserdem muss die **Tätigkeit des Maklers kausal** sein für den Abschluss des Geschäfts (OR 413 I, dispositiv).

Sind mehrere Makler vorhanden, ist die Provision aus Billigkeitsgründen anteilmässig zu entrichten. Bei Bedingungen müssen diese für den Anspruch des Maklerlohnes zuerst eintreten (OR 413 II).

Für die Höhe ist die Abrede massgebend, subsidiär die „Taxen“ (OR 414, d.h. das Übliche). Die Provision ist meistens so hoch, dass zusätzlich keine weiteren Aufwendungen ersetzt werden. Bleiben die Bemühungen des Maklers erfolglos, muss er im Zweifelsfall den Verlust selber tragen. Eine abweichende Regelung ist möglich (vgl. OR 413 III).

#### *d) Treue und Sorgfaltspflichten*

Sie sind weniger hoch als beim Auftrag. Den Makler trifft ohne besondere Abrede keine Pflicht, für den Auftraggeber in irgendeiner Richtung tätig zu werden – ausser es liegt ein Exklusivmaklervertrag vor. Im Einzelfall kann in der Doppelmaklerei ein Verstoss gegen Treu und Glauben liegen.

### 2.8.5. Der Agenturvertrag

#### *a) Begriff*

Agent ist, **wer die Verpflichtung übernimmt, gegen Entgelt dauernd für einen oder mehrere Auftraggeber Geschäfte zu vermitteln oder in ihrem Namen und für ihre Rechnung abzuschliessen, ohne zu den Auftraggebern in einem Arbeitsverhältnis zu stehen** (OR 418a I).

Der Vermittlungsagent ist ähnlich dem Makler, der Abschlussagent ähnlich dem Kommissionär. Zu beachten ist, dass wenn der Agent nur für einen Geschäftsherrn tätig ist, evtl. Arbeitsvertragsbestimmungen zur Anwendung kommen können.

#### *b) Entstehung und Untergang*

Der Agenturvertrag kann formfrei begründet werden. Er erlischt durch Zeitablauf (vgl. OR 418p), durch Tod oder Eintritt der Handlungsunfähigkeit des Agenten, durch Konkurs des Auftraggebers (OR 418s I), durch ordentliche (OR 418q) oder ausserordentliche Kündigung (OR 418r). Sinngemäss angewendet werden die arbeitsvertraglichen Bestimmungen, insbesondere OR 337c (vgl. OR 418r II).

Hat der Agent den Kundenkreis des Auftraggebers erweitert, steht ihm bei der Kündigung eine **Abgangsentschädigung** zu, da (und nur sofern) ihm jetzt die Provisionsansprüche für seine Arbeit entgehen (OR 418u). Keine solche Entschädigung ist geschuldet, wenn der Agent die Auflösung des Vertrages zu vertreten hat.

Nach Beendigung haben beide Parteien eine Rückgabepflicht für alles, was sie für die Rechnung der anderen Partei erhalten haben, unter Vorbehalt allfälliger Retentionsrechte (OR 418v).

### *c) Wirkungen*

Der Agent hat die Interessen des Auftraggebers mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu wahren (OR 418c I und II). Er **kann auch für andere Auftraggeber tätig sein**, sofern er damit nicht gegen seine Treuepflicht verstösst. Er hat aber – auch nach Beendigung des Vertrages – Geschäftsgeheimnisse zu bewahren. Für das Konkurrenzverbot gilt OR 340a-340c. Im Zweifelsfall darf der Agent nur Verträge vermitteln, Mängelrügen und Ähnliches entgegennehmen, nicht aber Verträge abschliessen und Zahlungen für den Auftraggeber entgegennehmen (OR 418e).

Der Auftraggeber hat eine Vergütungspflicht (OR 418g, Provision). Diese ist zwingend. Der Anspruch entsteht, sofern nichts anderes vereinbart ist, mit Abschluss des Geschäfts mit dem Kunden, sofern die Tätigkeit des Agenten dafür kausal war (OR 418g III). **Im Gegensatz zum Maklervertrag bleibt der Provisionsanspruch aber nicht, wenn der Kunde das Geschäft nicht erfüllt. Im Maklervertrag ist deshalb nur der Abschluss wichtig, hier im Agenturvertrag aber die Erfüllung** (OR 418h gibt es nicht im Maklerrecht).

Der Agent kann keinen Ersatz der Kosten und Auslagen verlangen, sofern dies nicht speziell abgemacht ist (OR 418n). Die Schadenersatzpflicht ist in OR 418m statuiert. Hat das Verhältnis mit dem Geschäftsherrn mindestens ein Jahr gedauert, kommt bei Krankheit, Unfall oder Militärdienst OR 324a zur Anwendung (OR 418m II).

Der Agent kann nicht im Voraus auf die Delcredereprovision (OR 418c III), das Entgelt für das Konkurrenzverbot (OR 418d II), das Recht auf Einsicht in die Bücher und Belege (OR 418k II), auf OR 418m, auf das Retentionsrecht (OR 418o) und die Entschädigung für die Kundschaft (OR 418u) verzichten.

## **2.9. Geschäftsführung ohne Auftrag**

### **2.9.1. Allgemeines**

Oftmals nimmt man Geschäfte vor, ohne dazu beauftragt zu sein, oder man überschreitet einen erteilten Auftrag. In diesen Fällen kommen die Normen der Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA, OR 419 ff.) zur Anwendung. Dadurch besteht die Möglichkeit des Geschäftsherrn, die Geschäfte nachträglich zu genehmigen (OR 424).

**Die Regeln der GoA fallen ausser Betracht, wenn ein anderes Rechtsverhältnis besteht.** Für die GoA muss das Geschäft objektiv im Interesse des Geschäftsherrn liegen (OR 422 I).



## 2.9.2. Rechte und Pflichten

### a) *Pflichten*

Die Pflicht des Geschäftsführers ist es, das übernommene Geschäft zum Vorteil des Geschäftsherrn und unter Beachtung von dessen mutmasslichen Willen zu führen (OR 419). Darunter fallen:

- Die Benachrichtigung des Geschäftsführers.
- Die Rechenschaftsablegung.
- Die Herausgabe alles dessen, was zum Vorteil des Geschäftsherrn erlangt worden ist.

Der Geschäftsführer muss trotz OR 99 II für jede Fahrlässigkeit einstehen (OR 420 I), hat aber Anspruch auf Reduktion, wenn er drohenden Schaden abwenden wollte (OR 420 II). Die Haftung verschärft sich aber auf den Zufallsschaden, wenn der Geschäftsführer gegen den ausgesprochenen oder sonst erkennbaren Willen des Geschäftsherrn gehandelt hat (vgl. aber OR 420 III).

Die Haftung des handlungsunfähigen Geschäftsführers beschränkt sich auf den Umfang der Bereicherung (OR 421 I).

### b) *Rechte*

**Die Rechte sind davon abhängig, ob der Geschäftsführer dem Geschäftsherrn die Vorteile der Handlung unentgeltlich zukommen lassen will** (z.B. Schenkung, sittliche Verpflichtung). Dieser Verpflichtungswille ist grundsätzlich zu vermuten, daher hat der Geschäftsherr grundsätzlich die Vorteile auszugleichen.

In zweiter Linie muss die Übernahme der Geschäfte für den Geschäftsherrn in **objektiver** Hinsicht geboten sein. Es muss sich wenigstens um eine dringliche und nützliche Interessenwahrung handeln. Dringlich sind sie vor allem dann, wenn sie zur Schadensverminderung führen (vgl. OR 421 I). Unerheblich für die Geltendmachung eigener Ansprüche ist es, wenn der Geschäftsführer gleichzeitig auch eigene Interessen wahrnimmt.

Wie beim normalen Auftrag kommt es nicht auf den Erfolg an, sondern ob der Geschäftsführer die gehörige Sorgfalt angewendet hat (OR 422 II). Dem Geschäftsführer sollen alle Aufwendungen inklusive Zinsen zurückerstattet werden, sofern sie nützlich und den Verhältnissen angemessen waren.

War die GoA nicht durch das Interesse des Geschäftsherrn geboten, wird die Ersatzpflicht auf denjenigen Betrag beschränkt, zu welchem er bereichert ist (OR 422 III, Verjährung nach bereicherungsrechtlichen Vorschriften!).

### 2.9.3. Unechte Geschäftsführung ohne Auftrag

Die unechte GoA umfasst die **Wahrnehmung eines falsch beurteilten, objektiv nicht vorhandenen Interesses des Geschäftsherrn** (Geschäftsanmassung). Es handelt sich um die Verletzung absoluter Rechte. Im Gegensatz zur echten Geschäftsführung ohne Auftrag war die Geschäftsführung nicht im Interesse des Geschäftsherrn geboten, oder der Geschäftsführer hatte nicht den Willen, die Geschäfte im Interesse oder zum Vorteil des Geschäftsherrn zu machen.

Als Wirkung kann sich der Geschäftsherr die aus der Führung seiner Geschäfte entspringenden Vorteile aneignen, er hat einen **Gewinnherausgabeanspruch** (OR 423 I). Dem Geschäftsführer stehen keine besonderen Rechte zu. OR 423 unterscheidet nicht zwischen gutem oder bösem Glauben.

## 2.10. *Kommission*

### 2.10.1. Allgemeines

Die Kommission ist ein entgeltlicher Auftrag mit beschränktem Inhalt. **Der Kommissionär (Beauftragte) verpflichtet sich dem Kommittenten gegenüber (Auftraggeber), in seinem eigenen Namen, aber auf Rechnung des Kommittenten bewegliche Sachen oder Wertpapiere bei Dritten einzukaufen oder an Dritte zu verkaufen** (OR 425 I).

Grundlage der Kommission ist das Auftragsverhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär. Der Kommissionär handelt als **indirekter Stellvertreter**. Seine Pflichten ergeben sich aus dem Auftrag, eine Pflicht zur Versicherung des Kommissionsgutes besteht nur bei besonderem Auftrag (OR 426). Vgl. auch BEHG 11-20. Allfällige bessere Preise muss er dem Kommittenten herausgeben (OR 428 III). Der Kommissionär macht sich schadenersatzpflichtig und haftet bei Verschulden auch für mittelbaren Schaden (OR 428 II).

Das wichtigste Recht des Kommissionärs ist sein **Entgelt** (Provision, in der jede andere Entlohnung inbegriffen ist, OR 431). **Im Gegensatz zum Makler hat er aber erst einen Anspruch, wenn das Geschäft abgewickelt wurde** (vgl. indes OR 432 beim Widerruf und bei Unverschulden). Der Makler hat bereits einen Anspruch, wenn das Geschäft irrtumsfrei abgeschlossen wurde. Beim Agenten muss das Geschäft erfüllt sein. Der Kommissionär hat ferner Anspruch auf den Ersatz der Auslagen (OR 402). Hat der Kommissionär unredlich gehandelt, fällt der Anspruch auf die Provision dahin (OR 433 I). Die Provision ist durch ein Retentionsrecht gesichert (OR 434).

Besteht die Gefahr, dass das Kommissionsgut verdirbt, ist der Kommissionär berechtigt und verpflichtet, die Sache unter Mitwirkung der zuständigen Amtsstelle des Ortes (Betriebsamt, EG OR 12), wo sie sich befindet, verkaufen zu lassen. Eine allfällige Versteigerung muss vom Gerichtspräsidenten bewilligt werden (OR 435 i.V.m. EG OR 13).

## 2.10.2. Die Verkaufskommission

Hier sendet der Kommittent dem Kommissionär Waren zum Weiterverkauf in Kommissionen zu. Die Ware geht ins Eigentum des Kommissionärs über, kann aber im Konkurs ausgesondert werden (OR 401 III). Da das Gut auf dem Weg leiden kann, muss der Kommissionär die Waren nach ihrem Eintreffen prüfen und ohne Verzug den Kommittenten benachrichtigen (OR 427 I). Der **Kommissionär wird Kaufpreisgläubiger**. Wird der Preis nicht bar bezahlt, hat er die Forderung an den Kommittenten abzutreten (Legalzession OR 401). Vgl. ferner OR 429 und 430.

## 2.10.3. Die Einkaufskommission

Der Einkaufskommissionär soll für die vom Dritten zu beziehende Ware höchstens den Preis einräumen, den der Kommittent angegeben hat. Bezieht er billiger, hat er die Preisdifferenz dem Kommittenten zuzuhalten (OR 428 III). Bei einem nicht Zug-um-Zug Geschäft muss der Kommissionär den Kommittenten benachrichtigen (OR 429 I).

## 2.10.4. Der Selbsteintritt des Kommissionärs

Beim Selbsteintritt tritt der Kommissionär an die Stelle des Verkäufers (Einkaufskommission) oder des Käufers (Verkaufskommission). Er ist an drei Voraussetzungen gebunden:

- Der Kommissionär darf nur zum Markt- oder Börsenpreis (ver-)kaufen.
- Der Kommittent hat den Selbsteintritt nicht verboten (OR 436 I, 438).
- Die **Preisdifferenz** muss immer dem Kommittenten zukommen (OR 428 III).

Das Recht des Selbsteintrittes wird durch normale Angabe des Verkäufers/Käufers ausgeübt, bei Nichtangabe wird der Selbsteintritt vermutet (OR 437). Der Kommissionär behält alle Rechte aus dem Kommissionsgeschäft. Er kann deshalb gleichwohl eine Provision fordern und sogar Unkosten berechnen, die bei Kommissionsgeschäften regelmässig anfallen.

## 2.11. *Frachtvertrag*

### 2.11.1. Begriff, Anwendungsgebiet, Entstehung

Durch den Frachtvertrag **verpflichtet sich der Frachtführer zum Transport von Sachen, der Absender zur Zahlung des Frachtlohnes** (OR 440). Der Transport von

Menschen fällt nicht darunter. Durch die zahlreichen öffentlichrechtlichen Spezialgesetze haben die Bestimmungen des OR an Bedeutung verloren. Ferner sind die Regeln von OR 440 dispositiver Natur, und werden von den Frachtführern oft durch die Verwendung von AGB modifiziert (vgl. aber OR 455).

Der Abschluss des Frachtvertrages kann formfrei erfolgen, der Frachtbrief hat nur Beweisfunktion. Neben dem ordentlichen Frachtvertrag gibt es besondere Frachtverträge: Der Seefrachtvertrag ist indessen wie auch der Chartervertrag im Seeschiffahrtsgesetz geregelt. Es sei darauf verwiesen.

### **2.11.2. Rechtsstellung des Absenders**

Der Absender muss vor dem Transport alle erforderlichen Angaben (Empfänger, Ablieferungsort, Inhalt, Gewicht, Transportweg etc.) machen, bei wertvollen Sendungen auch bezüglich des Wertes (OR 441). Die Verletzung dieser Pflichten entlastet den Frachtführer bezüglich seiner Verantwortlichkeit (OR 441 II). Die gehörige Verpackung obliegt ebenfalls dem Absender (OR 442 I), wobei diese durch den Frachtführer aber geprüft werden muss (OR 442 III).

Der Absender kann die Rückgabe des Frachtgutes fordern, wenn es sich noch auf der Versandstation befindet, und er kann den Transport anhalten; die daraus entstehenden Kosten sind dem Frachtführer aber zu ersetzen (OR 443 I). Dieses Recht geht auf den Empfänger über, wenn dieser bereits den Frachtbrief in den Händen hat oder ihm die Absendung angezeigt wurde (OR 450, vgl. auch SchKG 203).

### **2.11.3. Rechtsstellung des Frachtführers**

Er hat ein Recht auf den Frachtlohn, und ein Retentionsrecht am Frachtgut (OR 451). Schuldner ist der Absender als Vertragspartei (bei Inkassomandat, wo erst der Empfänger bezahlt, siehe OR 444 I).

Der Frachtführer haftet für Verlust, Untergang, Minderung oder Beschädigung des Frachtgutes sowie für die Verspätung der Ablieferung (OR 447-449). Es handelt sich um eine Kausalhaftung mit Entlastungsmöglichkeit. Es besteht eine einjährige Verjährungsfrist (OR 454). Wichtiger ist allerdings die Verwirkung, wenn das Frachtgut vorbehaltlos vom Empfänger angenommen wird, oder die Fracht bezahlt wird (OR 452, 8 Tage).

## **2.12. *Speditionsvertrag***

### **2.12.1. Begriff**

Der Spediteur übernimmt gegen Vergütung die Versendung oder die Weitersendung von Gütern auf Rechnung des Versenders, aber in eigenem Namen (OR 439). Der Spediteur tritt daher zwischen dem Absender und dem Frachtführer. Wirtschaftlich übernimmt er die

Obliegenheiten, die der Absender zu erfüllen hätte. Der Spediteur kann als **Frachtvertragskommissionär** bezeichnet werden und grundsätzlich der Kommission unterstellt werden.

### **2.12.2. Rechtsstellung des Spediteurs**

Je nachdem behandelt er die Vorbereitung oder die Ausführung des Transportes. Bezüglich der Vorbereitung gehören die Entgegennahme und die Aufbewahrung zu den Pflichten des Spediteurs. Ferner können die Einleitung der Versendung, die Weisungen an den Frachtführer und der Abschluss des Frachtvertrages in Betracht kommen. Da der Spediteur den Frachtvertrag auf eigenem Namen abschliesst, ist er Absender; nur ihm stehen dessen Rechte zu. Zum Abschluss einer Versicherung ist der Spediteur nur bei besonderer Abrede verpflichtet (OR 426 II). Bei Weiterversendung oder Zuführung der Waren an den Empfänger muss der Spediteur das Frachtgut prüfen und die Rechte des Versenders wahren (OR 427, Beweis etc.).

Die Ausführung des Transportes gehört nicht in die Pflichten des Spediteurs, sondern ist Sache des Frachtführers. Trotzdem haftet der Spediteur dem Absender dafür (OR 439). Da der Spediteur unter das Kommissionsrecht fällt, hat er mangels anderer Abrede die Möglichkeit des Selbsteintrittes (OR 436).

### **2.12.3. Rechtsstellung des Versenders**

Vgl. dazu die gerade gemachten Ausführungen. Ferner ist der Versender verpflichtet, eine Provision zu entrichten und die Auslagen, Aufwendungen und Vorschüsse zu ersetzen.

## **2.13. *Anweisung***

### **2.13.1. Begriff**

Durch die Anweisung ermächtigt der Anweisende (Delegant) einerseits den Angewiesenen (Delegat) Geld, Wertpapiere oder vertretbare Sachen auf Rechnung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger (Delegatar) zu leisten, und andererseits den Anweisungsempfänger, die Leistung vom Angewiesenen in eigenem Namen zu erheben (OR 466).

Beide Ermächtigungen können mit einem Auftrag verbunden sein. Ohne einen Auftrag ist die Anweisung ein einseitiges Rechtsgeschäft, das keiner Annahme durch den Angewiesenen bedarf. Begriffswesentlich ist die Doppelermächtigung. Im internationalen Verhältnis vgl. IPRG 117.

## 2.13.2. Wirkungen

### a) *Allgemeines*

Oftmals ist bereits im Zeitpunkt der Entstehung zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger ein Valutaverhältnis, und zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen ein Deckungsverhältnis vorhanden.

### b) *Anweisungsempfänger*

Der Anweisungsempfänger **wird zur Erhebung der Zahlung ermächtigt**. Ist er zugleich Gläubiger des Anweisenden, ist er nach Treu und Glauben verpflichtet, dem Anweisenden mitzuteilen, wenn er von der Vollmacht keinen Gebrauch machen will (OR 467 III). Die evtl. vorhandene Schuld geht erst mit der Leistung an den Anweisungsempfänger unter (OR 471 I).

Fehlt ein Grundverhältnis, ist die Zahlung rechtsgrundlos. Ist ein Grundverhältnis vorhanden, ist die Anweisung ein blosser Zahlungsversuch, also eine Hingabe zahlungshalber. Vom Zeitpunkt der Entgegennahme der Anweisung bis zu deren Ablauf, tritt Stundung für die Forderung aus dem Grundverhältnis ein. Der Anweisungsempfänger kann die Forderung erst wieder geltend machen, wenn er sie nicht vom Angewiesenen erhalten hat (OR 467 II).

Der **Anweisungsempfänger erhält kein Forderungsrecht, da der Angewiesene ebenfalls nicht verpflichtet wird** (OR 468 II bezieht sich nur auf das Deckungsverhältnis). Sobald der Angewiesene aber die Zahlung an den Anweisungsempfänger verspricht, entsteht ein neues, abstraktes Schuldverhältnis zwischen den beiden. Der Angewiesene kann nur noch Einreden gegen den Anweisungsempfänger persönlich, und nicht etwa aus dem Deckungs- oder dem Valutaverhältnis (OR 468 I) geltend machen.

### c) *Angewiesene*

Auch der Angewiesene wird nur zur Zahlung ermächtigt (er wäre auch nicht zur Annahme eines Auftrages verpflichtet). OR 468 II sieht indessen vor, dass der Angewiesene verpflichtet wird, sofern seine Rechtslage dadurch nicht verschlechtert wird.

### d) *Anweisende*

Der Anweisende erteilt zwei Ermächtigungen. Insofern kann er diese **jederzeit widerrufen**. Diese Möglichkeit ist aber durch die Interessen des Anweisungsempfängers erheblich eingeschränkt, wenn dieser Gläubiger aus dem Valutaverhältnis ist und die Anweisung bereits angezeigt worden ist. **Die Anweisung kann gegenüber dem Anweisungsempfänger nur widerrufen werden, wenn sie nicht zu dessen Vorteil ausgestellt worden ist** (OR 470 I). Widerruft in diesem Fall der Anweisende beim Angewiesenen, wird er schadenersatzpflichtig.

Gegenüber dem Angewiesenen kann der Anweisende nicht mehr widerrufen, wenn dieser bereits bezahlt oder die Annahme der Anweisung dem Anweisungsempfänger versprochen hat (OR 470 I). Für den Konkurs vgl. OR 470 III.

## **2.14. Hinterlegungsvertrag**

### **2.14.1. Der gewöhnliche Hinterlegungsvertrag**

#### **a) Begriff**

Der Aufbewahrer (Depositär) verpflichtet sich, vom Hinterleger (Deponent) eine bewegliche Sache entgegenzunehmen und sie in dessen Interesse an sicherem Ort aufzubewahren (OR 472). Im Zweifel ist die Hinterlegung unentgeltlich.

Im Unterschied zur Gebrauchsleihe oder zur Miete ist der Zweck nur die Aufbewahrung, welche im Interesse des Hinterlegers ist. Bei der Miete ist die Hinterlegung ferner dauerhaft, und bei der Hinterlegung eher im Einzelfall vorliegend.

#### **b) Rechtsstellung des Aufbewahrers**

Er hat die Pflicht zur **sicheren Verwahrung** (OR 472 I, d.h. es besteht ein Gebrauchsverbot), also zum generellen Schutz der hinterlegten Sache. Ferner hat er die Pflicht zur Rückgabe der Sache, deren Zeitpunkt der Hinterlegungsvertrag bestimmt, oder subsidiär (OR 476 II) jederzeit erfolgen kann. Dies gilt selbst mit einer Abrede, wenn die Verwahrung nicht mehr möglich ist (OR 476 I).

Der Aufbewahrer ist unselbständiger Besitzer, und übt die tatsächliche und ausschliessliche Herrschaft über die anvertraute Sache aus. Behauptet ein Dritter, Eigentum an der Sache zu haben, muss der Aufbewahrer dennoch an den Hinterleger zurückgeben, ausser der Dritte geht gerichtlich vor (OR 479).

#### **c) Rechtsstellung des Hinterlegers**

Der Hinterleger hat beim entgeltlichen Hinterlegungsvertrag die Pflicht, eine Vergütung zu leisten (OR 472 II). Ferner hat er immer die Auslagen des Aufbewahrers zu ersetzen (OR 473 I). Der Hinterleger kann den Vertrag jederzeit aufheben, selbst wenn eine Frist vereinbart wurde (OR 475 I).

Mit Beendigung des Vertragsverhältnisses beginnt die zehnjährige Verjährung für den Rückforderungsanspruch zu laufen. Danach hat der Hinterleger die Möglichkeit, nach ZGB 641 II vorzugehen.

### 2.14.2. Das Bankverwahrungsgeschäft (Depositum irregulare)

Hier ist die Hinterlegung von Geld oder vertretbaren Wertpapieren gemeint. Sie enthält weiter die Abrede, dass der Aufbewahrer **nicht die übergebenen Stücke, sondern die gleiche Geldsumme oder dieselbe Anzahl von Wertpapieren der gleichen Art zurückzugeben habe**. Diese Abrede wird bei unverschlossenen und unversiegelter Hingabe von Geld vermutet, bei Wertpapieren muss sie ausdrücklich vereinbart werden (OR 481 II und III).

Nutzen und Eigentum gehen an den Aufbewahrer über (OR 481 I). Massgebend ist dies vor allem im Konkurs des Aufbewahrers. Ferner hat der Aufbewahrer die Möglichkeit, über die hinterlegten Sachen zu verfügen (entgegen dem Gebrauchsverbot von 474 bei der gewöhnlichen Hinterlegung).

Abgrenzungsschwierigkeiten können sich bezüglich des Darlehens ergeben. Diese Abgrenzung ist bei der Frage der Verrechnung (OR 125 1.). Es ist zu fragen, ob der Geldgeber mehr auf die Anlage seines Kapitals oder auf die sichere Verwahrung des nicht benötigten Kapitals bedacht ist. Die Lehre ist sich in diesem Punkt uneins.

### 2.14.3. Das Lagergeschäft

Das Lagergeschäft beruht ebenfalls auf einem Hinterlegungsvertrag. Die Besonderheiten ergeben sich aus dem Zweck: Weil der Gegenstand Handelsware ist, ist es die Pflicht des Lagerhalters, die Ware **auf Mängel zu prüfen und diese dem Hinterleger zu melden**. Dem Hinterleger muss ferner Zutritt zu den Waren gewährt werden, damit er diese auch prüfen kann (OR 486 I).

Der Lagerhalter hat das Recht auf das Lagergeld, und ferner das Recht auf die Herausgabe von Warenpapieren (Wertpapiere), sofern er sein Gewerbe öffentlich betreibt und von der zuständigen kantonalen Behörde eine Bewilligung zur Ausstellung von Wertpapieren erhalten hat (OR 482 I).

### 2.14.4. Haftung aus dem Beherbergungsvertrag

Dieser ist im Anschluss an den Hinterlegungsvertrag geregelt (OR 487-490). Die Normen regeln die besondere Haftung des Gast- und Stallwirtes ohne Rücksicht darauf, ob ein Hinterlegungsvertrag abgeschlossen wurde oder nicht. Der Beherbergungs- oder Gastaufnahmevertrag selber ist ein gesetzlich nicht geregelter Innominatkontrakt, der Elemente der Miete, des Kaufes, des Auftrages und des Hinterlegungsvertrages beinhaltet.

Die Haftung aus OR 487 I ist eine **Kausalhaftung, die sich aber nur auf CHF 1'000.- erstreckt** (vgl. OR 490 I). Der Entlastungsbeweis ist möglich. Im Gegenzug hat der Beherber/Gastwirt ein Retentionsrecht an den eingebrachten Sachen (OR 491). Der Gast muss seinen Schaden unverzüglich anzeigen.



Liegt kein Beherbergungsvertrag vor, z.B. beim blossen Speisen oder dem Besuch einer Veranstaltung, greift die Kausalhaftung nicht, und es kommt der normale Hinterlegungsvertrag für Waren zum Zuge. Bei Ausschluss der Haftung ist OR 100 f. zu beachten.

## **2.15. Bürgschaft**

### **2.15.1. Begriff**

#### **a) Allgemeines**

Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger des Hauptschuldners, für die Erfüllung der Schuld einzustehen (OR 492 I). Die Bürgschaft ist daher **akzessorisch**.

Im Gegensatz zur Konventionalstrafe oder dem Pfandrecht verpflichtet sich ein Dritter zur zusätzlich möglichen Leistung. **Bei der formfreien Solidarhaftung besteht ein erkennbares Interesse des Dritten an der Verpflichtung** (Eigeninteresse), und nicht nur zur Unterstützung des Schuldners. Insbesondere bürgt der Bürge freiwillig.

#### **b) Insbesondere die Abgrenzung zum Garantievertrag**

Eine besonders schwierige Abgrenzung ergibt sich gegenüber dem Garantievertrag (OR 111). Der Garantievertrag ist nicht akzessorisch. Bei der Garantie besteht wie bei der Solidarhaftung ein Eigeninteresse; im Zweifel ist wegen dem Schutz durch die Formvorschrift eher Bürgschaft anzunehmen. Die Bürgschaft ist schuldnerbezogen, der Garantievertrag gläubigerbezogen und betrifft eher handels- und gesellschaftsrechtliche Verpflichtungen. „Wir zahlen auf erstes Anfordern“ oder „auf erstes Verlangen“ sprechen für die Garantie. Das gewichtigste Unterscheidungsmerkmal ist die Akzessorietät.

### **2.15.2. Entstehung**

Die erste Voraussetzung ist das Vorhandensein einer Hauptschuld. Sie muss genügend bestimmt sein (vgl. OR 492 II). Zweitens **muss der Bürge bürgschaftsfähig sein**. Das trifft bei Personen in Nachlassstundung (SchKG 298 II), Bevormundete (ZGB 408) und auch bei unter elterlicher Sorge stehende Unmündige nicht zu. Vgl. überdies ZGB 395 9. Die Bürgschaft einer verheirateten Person bedarf zur Gültigkeit der schriftlichen Zustimmung des anderen Ehegatten (OR 494 I). Das Gesetz unterscheidet **drei verschiedene Bürgschaftsformen**, welche bei einer Vollmacht auch erfüllt sein müssen (ausgenommen davon ist OR 458 und 462):

- Für **juristische Personen und Kollektiv- und Kommanditgesellschaften** ist **einfache Schriftlichkeit** erforderlich, mit der Bürgschaftssumme in der Urkunde (OR 493 I).

- Für **natürliche Personen ist bis CHF 2'000.-** die **qualifizierte Schriftlichkeit** erforderlich, der Haftungshöchstbetrag ist dabei eigenhändig zu schreiben (OR 493 II).
- Für **natürliche Personen über CHF 2'000.-** bedarf die Bürgschaft der **öffentlichen Beurkundung** (OR 493 II, zuständig ist der Notar [EG BürgG 1]).

Der Höchstbetrag ist nicht nur wegen der Form in der Urkunde anzugeben, sondern er bildet eine Voraussetzung der Bürgschaft selbst (OR 492 IV). Er ist die Grenze für die Inanspruchnahme des Bürgen, Zinsen können ihn nicht überschreiten. Daher wird i.d.R. ein 20% höherer Bürgschaftsbetrag gewählt.

Bezüglich der Willensmängel muss der Gläubiger dem Bürgen eine allenfalls vorliegende hoffnungslose finanzielle Situation des Hauptschuldners offen legen; ansonsten liegt eine Täuschung vor. Will der Gläubiger noch weitere Bürgen einsetzen und gibt er dies einem Bürgen bekannt, wird dieser frei, wenn der Gläubiger es nicht schafft, weitere Bürgen zu finden (Grundlagenirrtum, OR 497 III). Der Richter kann aber auch auf eine angemessene Reduktion entscheiden (OR 497 III). Ohne andere Abrede haftet der Bürge nur für nach der Unterzeichnung eingegangene Schulden des Schuldners (OR 499 III).

### 2.15.3. Arten der Bürgschaft

#### a) *Einfache Bürgschaft*

Die einfache Bürgschaft akzessorisch, und zugleich auch subsidiär. **Der Bürge kann erst in Anspruch genommen werden, wenn allfällige Pfänder gehaftet haben** (OR 495 II, gleich dem beneficium excussionis realis), wenn der Schuldner selbst betrieben worden ist (OR 495 I) oder der Schuldner seinen Wohnsitz ins Ausland verlegt hat (OR 495 I). Massgeblicher Zeitpunkt ist die Ausstellung eines Pfandausfallscheines, eine Verlustscheines oder der Eröffnung des Konkurses. Die Regeln der einfachen Bürgschaft sind dispositiver Natur (OR 495 IV).

#### b) *Solidarbürgschaft*

Sie ist am weitesten verbreitet (OR 496). Der Bürge übernimmt hier eine akzessorische primäre Leistungspflicht. **Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Bürgen ist die erfolglose Mahnung des Schuldners, also dass er sich in Verzug befindet** (OR 496 I). Der Solidarbürge kann vor Verwertung des Grundpfandes angegangen werden (OR 496 II), aber nicht vor Verwertung eines Faustpfandes. Das Verfahren ist summarisch; es entscheidet der Gerichtspräsident (EG BürgG 2, ZPO 11).

#### c) *Mitbürgschaft*

Das ist keine weitere Bürgschaftsart, sondern die Bezeichnung, wenn eine **Mehrheit von Bürgen** vorhanden sind, unabhängig ob Solidarbürgschaft oder eine einfache Bürgschaft vorliegt (OR 497 I). Jeder Bürge haftet für den ganzen Betrag, kann aber anteilmässig Rückgriff nehmen (OR 497 IV).

#### *d) Unterarten*

Dazu gehören die **Nachbürgschaft** (OR 498 I) und die **Rückbürgschaft** (OR 498 II). Der Nachbürge ist der Bürge des Bürgen. Diese Art kommt ebenfalls als einfache Nachbürgschaft oder Solidarbürgschaft vor. Bei der Rückbürgschaft verspricht der Rückbürge dem Bürgen, für die Erfüllung der Ansprüche einzustehen, die der zahlende Bürge auf dem Weg des Rückgriffs gegen den Hauptschuldner geltend machen kann.

Die **Schadlosbürgschaft** ist eine Unterart der einfachen Bürgschaft mit noch ausgeprägterer Subsidiarität. Der Bürge muss nur für den Ausfall eintreten, den der Gläubiger erlitten hat. Beim Konkurs muss deshalb ein definitiver Verlustschein festgestellt sein, oder ein in Kraft getretener Nachlassvertrag. OR 496 III kommt auch hier zur Anwendung. Durch die Leistung von Realsicherheit kann jede Bürgschaft in eine Schadlosbürgschaft umgewandelt werden (OR 501 II).

Bei der Teilbürgschaft bleibt der Haftungsbetrag hinter der Hauptschuld zurück, der Bürge haftet daher begriffsmässig nur für einen Teil.

#### **2.15.4. Umfang der Bürgschaft**

Der Bürge haftet im Rahmen der im Bürgschaftsvertrag angegebenen Höchstsumme für **den jeweiligen Betrag der Hauptschuld** (OR 499 I). Bei Verminderung der Hauptschuld vermindert sich auch der Umfang der Bürgschaft. Der Bürge haftet nicht für das negative Vertragsinteresse, und auch nicht für die Konventionalstrafe, wenn das nicht explizit verabredet ist (OR 499 II). Die Zinsen müssen nur bezahlt werden, wenn sie sich im Rahmen der angegebenen Höchstsumme bewegen.

Für Betreibungs- und Prozesskosten haftet der Bürge nur, wenn der Gläubiger ihm rechtzeitig geboten hat, sie durch Befriedigung des Gläubigers zu vermeiden (OR 499 II 2.). Für die gesetzliche Amortisation siehe OR 500.

#### **2.15.5. Rechtsstellungen**

##### *a) Rechtsstellung des Bürgen gegenüber dem Gläubiger*

Dem Bürgen stehen einmal **sämtliche Einreden und Einwendungen zu, die der Hauptschuldner oder seine Erben geltend machen könnten** (vgl. aber OR 492 III). Ferner kann er auch sämtliche eigenen Einreden und Einwendungen aufgreifen, so z.B. dass die Bürgschaft ungültig ist, dass ein Pfand zu verwerten ist etc.

##### *b) Rechtsstellung des Bürgen gegenüber dem Hauptschuldner*

Hier ist in erster Linie das **interne Verhältnis** massgebend. Ist die Hauptschuld schon fällig, wechselt er den Wohnsitz ins Ausland oder verschlechtert der Hauptschuldner die

Stellung des Bürgen, kann dieser Sicherstellung oder Befreiung von der Bürgschaft verlangen (OR 506).

Leistet der Bürge dem Gläubiger, steht ihm ein Rückgriffsrecht gegen den Hauptschuldner zu (OR 507 I, Subrogation, inkl. den Nebenrechten). Der Bürge verliert sein Rückgriffsrecht, wenn er die Zahlung dem Schuldner nicht anzeigt, und dieser dem Gläubiger ebenfalls leistet (OR 508), oder wenn er Einreden aus der Person des Hauptschuldners nicht erhoben hat (OR 502 III). OR 62 ff. ist anwendbar.

### c) *Rechtsstellung des Bürgen gegenüber den Mitbürgen und Verpfändern*

Mangels anderer Abrede stehen dem Bürger nach dem Bezahlen der Hauptschuld Rückgriffsrechte gegen die Mitbürger zu (OR 497 II). Besteht ein Pfand, und bezahlt der Bürge bevor das Pfand verwertet worden ist, kann er sich aus diesem befriedigen (OR 507 I). Umgekehrt steht dem Pfänder aber kein Rückgriffsrecht gegen den Bürgen zu.

## 2.15.6. Untergang der Bürgschaft

Durch ihre Akzessorietät sind die Untergangsgründe zahlreich: Zum einen gehört der Untergang der Hauptschuld dazu (Ausnahme: OR 117 III), dann die allgemeinen Gründe von OR 114-142, eine allfällige Frist (Achtung: OR 510 III, 509) und der Rücktritt des Bürgen bei Vergrößerung des Risikos durch zukünftigen Forderungen (OR 510 I).

Kein Erlöschungsgrund ist der Tod des Bürgen, die Verpflichtung geht auf die Erben über, welche sich aber durch ZGB 591 schützen lassen können (Inventar). Vgl. ferner OR 512 für die Amts- und Dienstbürgschaft.

## 2.16. *Spiel und Wette*

Die Bestimmungen über Spiel und Wette sind in OR 513-515 festgehalten. Aus Spiel und Wette entsteht **keine klagbare Forderung** (OR 513). Wer aber eine Spielschuld bezahlt, kann sie nicht zurückfordern (vgl. aber OR 514 II). Insofern handelt es sich um eine unvollkommene Obligation.

Auf die Art des Spiels wird keine Rücksicht genommen, ebenfalls nicht auf die Art der Schuld, so fallen insbesondere Darlehen und Vorschüsse auch unter die genannten Bestimmungen (OR 513 II). Bewilligte Lotterien sind dagegen vollkommene Obligationen (OR 515 I). Nicht bewilligungsfähige Lotterien sind verboten und vermögen überhaupt keine Obligation zu schaffen (OR 20). Wer sich für eine Spielschuld verbürgt, kann ebenfalls nicht eingeklagt werden (vgl. OR 502 IV, 507 VI).

Unzulässig ist auch die Verrechnung mit einer Forderung aus Spiel oder Wette.

## 2.17. *Leibrentenvertrag und Verpfändung*

### 2.17.1. **Leibrente**

#### a) *Begriff*

Sie kann auf Urteil des Richters (OR 43, OR 527 III), auf Verfügung von Todes wegen oder auf dem Leibrentenvertrag (OR 516-519) beruhen. Für den Leibrentenvertrag ist **Schriftlichkeit** erforderlich, solange die Rente nicht Teil eines nicht formbedürftigen Geschäftes ist.

Begrifflich ist die Leibrente die **Verpflichtung des Rentenschuldners, dem Rentengläubiger zeitlich wiederkehrende Leistungen zu machen**. Die Verpflichtung ist losgelöst von sonstigen Beziehungen und Verhältnissen unter den Parteien. Je nachdem, ob die Rentenschuld mit dem Leben des Schuldners verbunden ist, geht sie auf die Erben des Rentengläubigers über (OR 516). Dem Leibrentenvertrag liegt stets ein Kausalgeschäft zugrunde (Schenkung, Kauf). Die Rentenansprüche fallen in die Konkursmasse und sind (beschränkt) pfändbar (SchKG 92 7., 93).

#### b) *Wirkungen*

Die Wirkungen beurteilen sich nach dem Vertrag. Im Zweifel ist die Rente halbjährlich im Voraus zu entrichten. Im Voraus bezahlte Renten können bei Tod des Rentenschuldners nicht zurückgefordert werden (OR 518). Bei Verzug ist OR 102 ff. anwendbar. Bei Konkurs des Schuldners ist die Rente in eine Kapitalforderung umzuwandeln (OR 518 III).

Dem Rentengläubiger steht das Stammrecht, also die Rentenverpflichtung als solche zugute. Es ist unübertragbar, unpfändbar und fällt auch nicht in die Konkursmasse. Die einzelnen Renten können aber abgetreten und gepfändet werden, und fallen in Konkurs (OR 519 I).

### 2.17.2. **Verpfändungsvertrag**

#### a) *Allgemeines*

Er begründet die Pflicht des Pfründers, **sein Vermögen oder einzelne Vermögensstücke oder eine bestimmte Geldsumme auf den Pfrundgeber zu übertragen, und die Pflicht des Pfrundgebers, dem Pfründer oder einem Dritten Unterhalt und Pflege auf Lebenszeit zu gewähren**.

Der Vertrag bedarf der Form des Erbvertrages (OR 522, ZGB 512), obwohl keine Erbeinsetzung vorliegt. Bloss bei einer staatlich anerkannten Pfrundanstalt reicht Schriftlichkeit aus (OR 522 II).

**b)           *Rechtstellung des Pfründers***

Er ist zur Übertragung des bezeichneten Vermögens verpflichtet. Der Anspruch des Pfrundgebers verjährt innert 10 Jahren (OR 127). **Handelt es sich um ein Grundstück, entsteht kein Vorkaufsfall!** Zur Sicherung des obligatorischen Anspruchs gegen den Pfrundgeber gewährt das Gesetz dem Pfründer einen Anspruch auf Eintragung eines Grundpfandrechtes zur Sicherung seiner Rechte aus dem Verpfründungsvertrag (OR 523). Im Konkurs kann er die kapitalisierte Rente eingeben, und hat die Möglichkeit des privilegierten Pfändungsanschlusses (OR 529, SchKG 111 I 4.).

**c)           *Rechtsstellung des Pfrundgebers***

Das Mass der Leistungen bestimmt sich nach Vertrag, nach der Pfrundanstalt, nach der genehmigten Hausordnung, nach Massgabe des übertragenen Vermögens und nach der bisherigen Lebensstellung des Pfründers (OR 524 I und III). Die Ansprüche des Pfründers können nicht abgetreten werden (OR 529 I).

**d)           *Untergang***

Das Ende des Verpfründungsvertrages ist der Tod des Pfründers (nicht aber des Pfrundgebers). **Bei Tod des Pfrundgebers kann der Pfründer aber eine Kapitalforderung geltend machen** (OR 528).

Die Kündbarkeit und die Aufhebbarkeit sind in OR 526 f. geregelt. Bei einem Missverhältnis der Leistungen kann auf Ende des Halbjahres die Aufhebung des Vertragsverhältnisses verlangt werden (OR 526 I, Sondertatbestand der Übervorteilung). Bei Nachweis der Schenkungsabsicht ist dies allerdings nicht möglich. Die Aufhebung ist ferner aus wichtigen Gründen möglich (OR 527 I). Dieses Recht steht einem begünstigten Mitpfründer nicht zu. In schweren Fällen hat der schuldlose Teil Anspruch auf das negative Interesse (OR 527 II).

Hat der Pfründer unterstützungspflichtige Angehörige, deren diesbezüglichen Pflichten er nach Übergabe seines gesamten Vermögens nicht mehr nachkommen kann, kann der Richter den Verpfründungsvertrag aufheben oder den Pfrundgeber zur Leistung verpflichten (OR 525 I).

**Die Gläubiger des Pfründers haben die Möglichkeiten von SchKG 285 ff.** (OR 525 III). Die pflichtteilsgeschützten Erben können bei gegebenen Voraussetzungen eine erbrechtliche Herabsetzungsklage anstreben (u.U. gegebene Schenkung, ZGB 527 3. und 4.).

## 2.18. *Innominatkontrakte*

### 2.18.1. **Rechtsanwendungsfragen**

- Ausgangspunkt: der individuelle Vertrag (Auslegung).
- Vertragsergänzung.
  - Normen des AT (Willensmängel, ZGB 2).
  - Hypothetischer Parteiwille.
  - Dispositives Recht.
    - Absorptionstheorie: Wenn ein Element überwiegt, werden seine Normen angewendet. Heute überholt, vor allem würden Probleme auftreten, wenn kein Typus überwiegt.
    - Kombinationstheorie: Kombination der Typen, Probleme bei Widersprüchen.
    - Theorie der Übernahme gesetzlicher Einzelanordnungen: Es wird einzelfallmässig entschieden.
  - Handelsbräuche/Verkehrssitten.
  - Gewohnheitsrecht.
  - Richterliche Eigennormen: Wenn er Gesetzgeber wäre.
- Anwendung zwingender Rechtsnormen, sofern der Schutzbereich der Norm so weit geht.

### 2.18.2. **Leasing**

Das ist eine Mischform aus Miete und Kauf. Man kann es definieren als Überlassung einer Sache auf bestimmte Zeit gegen ein monatlich in Teilbeträgen zu zahlendes Entgelt, wobei Gefahr und Instandhaltungslasten den Leasingnehmer treffen.

Die Sache wird also nicht übereignet, sondern lediglich zum Gebrauch überlassen. Die Gefahr des zufälligen Untergangs trifft den Leasingnehmer, meist hat er die Pflicht, die Sache zu versichern. Beim Konkurs des Leasingnehmers hat der Geber ein Aussondungsrecht. Vgl. im weiteren das **KKG**.

### 2.18.3. Franchising

Ein Produkt, das durch Namen, Warenzeichen, Ausstattung etc. eine weltweite Marktgelung hat, wird **nach einem einheitlichen Marketingkonzept vertrieben**. Das Franchising ist also eine Mischung aus Kauf, Auftrag, Gesellschafts-, Lizenz- und Know-how-Vertrag.

Es ist ein Dauerschuldverhältnis, der Franchisenehmer ist in eigenem Namen und für eigene Rechnung tätig, bezahlt aber für die Franchiseleistung ein Entgelt. Meist ist eine ordentliche Kündigung nicht möglich, eine analoge Anwendung von OR 546 kommt aber in Betracht (sechs Monate). Eine ausserordentliche Kündigung analog zu OR 545 ist möglich. Oft wird ein Konkurrenzverbot vereinbart.

### 2.18.4. Trödelvertrag

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

**Gefahrtragung:** Die Sache steht bei Gewerbsmässigkeit im Risikobereich des Trödlers; bei einem Freundschaftsdienst trägt der Vertrödler das Risiko.

**Sach- und Rechtsmängelgewährleistung:** Der Trödler veräussert die Sache, er haftet wie ein Verkäufer. Vernünftig wäre ein Regress auf den Vertrödler. Der Vertrödler haftet für Rechtsmängel dem Trödler, wie beim Kaufvertrag (gleiche Interessenlage).

**Verfügungsbefugnis:** Der Vertrödler bleibt Eigentümer, die Sache ist dem Trödler anvertraut. Nach aussen erscheint der Trödler wie ein Eigentümer: Er ist zur Eigentumsübertragung an den Drittkäufer ermächtigt (Verfügbungsmacht kraft Ermächtigung). Wenn der Trödler zu billig verkauft, ist mangels Verfügungsbefugnis der derivative Eigentumsübergang gescheitert, aber: originärer Eigentumserwerb kraft Gutgläubensschutzes des Käufers (ZGB 933).



### 3. Gesellschaftsrecht

#### 3.1. *Allgemeines*

##### 3.1.1. Der Begriff der Gesellschaft

###### a) *Personenvereinigung*

Natürliche und juristische Personen, wie auch Personengesamtheiten ohne eigene Rechtspersönlichkeit (z.B. die Erbengemeinschaft oder eine einfache Gesellschaft) können Mitglieder sein.

Die Mindestzahl von Personen beträgt zwei, bei der AG drei und bei der Genossenschaft sogar sieben. Bei juristischen Personen kann die Mitgliederzahl bis auf eins sinken, ohne dass dies die Auflösung zur Folge hätte (ausser ein Gläubiger klagt darauf; das Problem besteht darin, dass das Rechtsschutzinteresse nie vorhanden sein wird). Eine Einpersonengesellschaft kann aber schnell rechtsmissbräuchlich sein.

###### b) *Vertragliche Grundlage*

Die Vertragsmotivation besteht darin, dass die Beteiligten **gemeinsam auf ein frei gewähltes Ziel aktiv hinwirken wollen**. Dies fehlt jenen vertraglichen Personenzusammenschlüssen, die ihre Aufgabe in einem blossen Haben, Nutzen oder Verwalten von Vermögenswerten sehen (z.B. Stockwerkeigentümergeinschaft).

###### c) *Gemeinsamer Zweck*

Das ist die Einigung, dass das Endergebnis der Bemühungen allen Vertragspartnern gehören soll und dass sie auch allfällige negative Ergebnisse gemeinsam tragen wollen. Hierhin gehört auch die Förderungspflicht der Gesellschafter, der gemeinsame Zweck muss also mit gemeinsamen Mitteln und Kräften angestrebt werden.

##### 3.1.2. Körperschaften und Rechtsgemeinschaften

###### a) *Körperschaften*

Eine Körperschaft ist eine Personenverbindung mit Rechtsfähigkeit (juristische Person; allerdings sind nicht alle juristischen Personen Körperschaften). Die Gesellschafter haben

keine dinglichen Rechte an den Sachen des Gesellschaftsvermögens. Für die Forderungen der Gläubiger haftet primär das Gesellschaftsvermögen und nicht das Vermögen der Gesellschafter. Die Körperschaften sind rechtsfähig, handlungsfähig und haften für unerlaubte Handlungen ihrer Organe (ZGB 55). Sie sind mangels Schuldfähigkeit nicht deliktstfähig (vgl. indes StGB 102).

Körperschaften des schweizerischen Privatrecht sind die AG, die Kommandit-AG, die GmbH, die Genossenschaft und der Verein. In Fällen des **Rechtsmissbrauchs** kann auf die hinter der Körperschaft stehenden Personen zurückgegriffen werden. Dieser **Durchgriff** bedeutet das Ausserachtlassen der eigenen Persönlichkeit der juristischen Person. Er wird nur zu Lasten der Beteiligten durchgeführt.

#### *b) Rechtsgemeinschaften*

Ihr Kennzeichen ist, dass **dieselben Rechte mehreren (natürlichen und juristischen) Personen gemeinsam zustehen**. Der häufigste Fall ist das gemeinschaftliche Eigentum an einer Sache. Die Rechtsgemeinschaften sind nicht rechtsfähig, immer werden die Gesellschafter verpflichtet oder berechtigt.

Die Arten sind Bruchteilsgemeinschaften (anteilmässig) und Gesamthandsgemeinschaften (das Recht wird durch die Gemeinschaftler in ihrer Gesamtheit ausgeübt. Gesellschaftscharakter haben folgende Rechtsgemeinschaften des schweizerischen Privatrecht: die einfache Gesellschaft, die Kollektiv- und die Kommanditgesellschaft. Sie werden Personengesellschaften genannt.

#### *c) Die hauptsächlichlichen Unterschiede*

**Die Rechtsgemeinschaften sind von jedem einzelnen Mitglied abhängig, während bei den Körperschaften der Mitgliederwechsel möglich ist.** Die Körperschaft hat die Alleinberechtigung am Gesellschaftsvermögen. Ihre Organisation ist gesetzlich straff festgelegt, es herrscht das Mehrheitsprinzip. Ihr Gesellschaftsvertrag bedarf formeller Voraussetzungen und ist meist gesetzlich zwingend.

### **3.1.3. Personen- und kapitalbezogene Gesellschaften**

**Rechtsgemeinschaften sind stets personenbezogene Gesellschaften.** Umgekehrt ist **eine rein kapitalbezogene Gesellschaft immer eine Körperschaft**. Allerdings ist nicht jede Körperschaft eine Kapitalgesellschaft. So sind die Genossenschaft und der Verein personenbezogen. Die GmbH und die Kommandit-AG sind Mischformen.

Der massgebende Gesichtspunkt der **Unterscheidung** ist die Frage nach den Mitteln, durch welche der gemeinsame Zweck hauptsächlich erreicht werden soll. Bei den personenbezogenen Gesellschaften ist der persönliche Einsatz der Gesellschafter im Mittelpunkt, bei den kapitalbezogenen Gesellschaften ist das Kapital das Mittel.

Gesellschafter von personenbezogenen Gesellschaften haben eine umfassende Beitragspflicht, auch solche nicht finanzieller Natur. Sie haften persönlich, eine Nachschusspflicht kann vorgesehen sein. Die Mitgliedschaftsrechte bemessen sich nach Person und nicht

nach Kapitalanteilen. Der Wechsel der Mitglieder ist nur erschwert möglich. Die Mitglieder untereinander sind in einer gesellschaftsrechtlichen Beziehung, deswegen sind die Auflösung und der Ausschluss auch aus persönlichen Gründen möglich, nicht nur aus sachlichen.

### 3.1.4. **Wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Zweckverfolgung mit oder ohne kaufmännische Unternehmen**

#### a) *Begriff und Arten wirtschaftlicher Zweckverfolgung*

Wirtschaftlicher Zweck heisst das Erstreben von einem ökonomischen Vorteil zugunsten ihrer Mitglieder. Typischerweise wirtschaftlich ist der Zweck bei der AG, der Kommandit-AG, der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft. Der Zweck der GmbH ist immer wirtschaftlich, nach Gesetz derjenige des Vereins nie wirtschaftlich. Die einfache Gesellschaft kann zu einem wirtschaftlichen Zweck oder zu einem anderen bestehen.

#### b) *Der Begriff des kaufmännischen Unternehmens*

Das ist ein selbstständiger, organisierter Geschäftsbetrieb, der sich regelmässig mit dem Handel oder der Fabrikation von Gütern beschäftigt oder eine andere Berücksichtigung kaufmännischer Grundsätze erfordernder Tätigkeit verfolgt. Es genügt dabei entweder die **rechtliche Selbständigkeit bei völliger wirtschaftlicher Abhängigkeit** (z.B. ein Tochterunternehmen) **oder die wirtschaftliche Selbständigkeit bei rechtlicher Abhängigkeit** (z.B. die Zweigniederlassung).

Erzielt ein kaufmännisches Unternehmen einen **Jahresumsatz von mindestens CHF 100'000.-, ist es im Handelsregister einzutragen** (HRegV 54). Erreicht es diese Hürde nicht, ist es nur als Voraussetzung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft (AG, Kommandit-AG, GmbH, Genossenschaft) oder unter den Voraussetzungen von HRegV 54 einzutragen. **Nicht eintragungspflichtig** sind Betriebe der Landwirtschaft, die Tätigkeiten von Angehörigen wissenschaftlicher Berufsarten und Handwerksbetriebe, für welche die persönliche manuelle Tätigkeit im Vordergrund steht.

#### c) *Unterschied Unternehmen und Gesellschaft*

In der Gesellschaft schliessen sich Personen zusammen und dotieren sich mit Mitteln, während im Unternehmen die Personen und Mittel von einer leitenden Instanz eingesetzt werden. Die Gesellschaft ist ein Zusammenschluss, das Unternehmen eine Zusammenfassung. Personen tun sich in einer Gesellschaft zusammen, um ein Unternehmen zu betreiben.

Obwohl das Gesellschaftsrecht hauptsächlich die Gesellschaften regelt, sind Unternehmen zahlreich angesprochen, so z.B. bei der Publizität (OR 934 I), bei der Verantwortlichkeit (OR 716b II) und bei OR 181. Der Unterschied zeigt sich auch daran, dass die Gesellschaft mehrere Unternehmen halten kann (Zweigniederlassung, OR 642, 782, 837, 935, HRegV 69-77). Im umgekehrten Fall spricht man von einem **Konzern**.

### 3.1.5. Der Konzern

#### a) *Allgemeines*

Charakteristisch für den Konzern ist das Zusammentreffen von **wirtschaftlicher Einheit** (des Konzerns) bei gleichzeitiger **juristischer Selbständigkeit** (der zum Konzern zusammengefassten Gesellschaften), welche beiden Faktoren immer wieder zu Widersprüchen und Kollisionen führen können.

Ein Tatbestandsmerkmal des Konzern ist die **tatsächliche Beherrschung** durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise (OR 663e I). Diese Beherrschung kann durch eine **Mehrheitsbeteiligung** bzw. durch eine hohe Beteiligung, durch **personelle Verflechtungen**, durch **Vertrag** oder durch **wirtschaftliche Abhängigkeit** bestehen. Die vier Elemente kommen oftmals in einem Mischverhältnis vor.

#### b) *Abgrenzungen*

Eine  **Holding**  ist ein Unternehmen, dessen Zweck hauptsächlich darin besteht, Beteiligungen an anderen Unternehmen dauerhaft zu halten. Der Begriff der Holding stammt aus dem Steuerrecht, welches mittels des sog. Holdingprivilegs eine steuerliche Mehrfachbelastung (d.h. Besteuerung von Ertrag und Vermögen zunächst bei der gehaltenen Gesellschaft und anschliessend noch einmal bei der Holdinggesellschaft) eliminieren oder zumindest stark mildern will (Art. 28 II StHG). Die Holding bildet keinen Konzern, da sie ihre Beteiligungen nicht zur Beherrschung der gehaltenen Unternehmen nutzt; sie nimmt keine Konzernleitungsfunktion wahr.

Eine **Akquisition** ist die Übernahme von Beteiligungen oder Aktiven und Passiven eines Unternehmens (vgl. FusG 69 ff.). Dies führt nicht zwingend zur Konzernierung, da Unternehmen auch gekauft werden, ohne dass sie anschliessend in den Konzern (oder das kaufende Unternehmen) integriert werden.

Durch eine **Fusion** (zumindest eine echte) entsteht kein Konzern, da die fusionierenden Unternehmen anschliessend auch eine juristische Einheit bilden (vgl. oben).

Ein **Gemeinschaftsunternehmen** ist ein Unternehmen, welches von zwei oder mehreren Partnern gegründet wird, um z.B. erhebliche unternehmerische Risiken oder die Kosten, die für einen Marktteilnehmer allein in einem bestimmten Bereich (Produktion, Lagerung, Vertrieb, Forschung und Entwicklung) zu hoch sind, zu teilen. Am Verhältnis der beiden beteiligten Unternehmen zueinander ändert sich nichts, sie bilden also keinen Konzern. Sofern kein Unternehmen das letzte Wort hat, liegt kein Konzern vor.

Als **Kartelle** (i.S.v. Wettbewerbsabreden) gelten rechtlich erzwingbare oder rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen (Verträge, Statuten von Verbänden oder Vereinen, Verbandsempfehlungen usw.) sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von rechtlich und **wirtschaftlich unabhängigen** Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (KG 4 I). Kartelle bilden folglich deshalb keinen Konzern, weil Wettbewerbsabreden gerade im Übrigen rechtlich und wirtschaftlich unabhängige Unternehmen zu einem bestimmten Verhalten

verpflichten wollen. Umgekehrt können innerhalb eines Konzerns keine unerlaubten Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellrechts getroffen werden, da hier gerade kein Wettbewerb herrscht, der beschränkt werden könnte. Innerhalb eines Konzerns sind deshalb grundsätzlich alle denkbaren Abreden erlaubt.

**Zweigniederlassungen** geniessen zwar eine gewisse wirtschaftliche Autonomie, jedoch nur innerhalb eines bestimmten juristischen Ganzen, d.h. die Zweigniederlassung hat keine juristische Selbständigkeit, womit eines der Kriterien für das Vorliegen eines Konzerns fehlt (OR 663e I).

### c) *Motive zur Konzernbildung*

- **Wirtschaftspolitische Gründe:** Übernationale Unternehmen sind Spieler auf dem durch den Abbau von Handelsschranken nunmehr weltumspannenden Markt, die ohne Rücksicht auf nationale Befindlichkeiten die sich bietenden Standortvorteile (Steuern, Arbeit, Ausbildung usw.) ausnutzen. Wo weiterhin Handelsschranken bestehen, können diese durch die Gründung abhängiger Unternehmen in den jeweiligen Märkten umgangen werden. Diese Unternehmen unterstehen vollständig dem Recht des jeweiligen Staates und geniessen dessen Vor- und Nachteile.
- **Betriebswirtschaftliche Gründe:** In **vertikalen** Strukturen können die Zwischengewinne der verschiedenen Wirtschaftsstufen eliminiert werden können (keine Gewinnmargen). Auf der **horizontalen** Ebene zum andern, d.h. bei Unternehmen der gleichen Wirtschaftsstufe, sind insbesondere **Rationalisierung und Zusammenlegung** von Produktion (Skalenerträge), Logistik (Lieferung just in time), Forschung usw. Antrieb zur Konzernbildung. Verschiedene Einheiten können so zu betriebswirtschaftlich optimalen Gebilden zusammengefasst werden (Beschaffung, Lagerung). Nicht zu vergessen die **Vorteile grosser Marktmacht** z.B. beim Aushandeln günstiger Konditionen. Vorteile bringen oft auch **zentrale Strategien** (z.B. weltweit einheitlicher Auftritt) und der **zentrale Mitteleinsatz** (Kapital, Wissen, Arbeit).
- **Steuerrecht:** Der steuerrechtliche Antrieb zur Bildung von Konzernen besteht insbesondere im **Beteiligungsabzug** (StHG 28 I, DBG 69), dem  **Holdingprivileg** (StHG 28 II) und dem **Domizilprivileg** (StHG 28 III), d.h. der Möglichkeit für eine Holdinggesellschaft bzw. ein herrschendes Unternehmen, Beteiligungen (nahezu) steuerneutral zu halten. Ein weiterer steuerlicher Vorteil besteht darin, dass die Holdinggesellschaft ihren **Sitz irgendwo** haben kann, vorzugsweise in einem steuergünstigen Land oder Kanton.
- **Kartellrecht:** Innerhalb von Konzernen greift, da hier kein Wettbewerb herrscht, das Kartellrecht nicht.
- **Gesellschaftsrechtliche Gründe:** Ein wichtiger Grund für die Beibehaltung der juristischen Selbständigkeit der Konzernunternehmen ist darin zu erblicken, dass grundsätzlich die einzelnen Unternehmen nur mit ihrem eigenen Vermögen als Haftungssubstrat für ihre Verbindlichkeiten haften. Der Konzernierung kommt also auch die Funktion der Haftungsbeschränkung zu (gleich den **Schotten eines Schiffes**); wenn ein Konzernunternehmen in Konkurs fällt, betrifft dies die übrigen Unternehmen des Konzerns nicht.

**d) *Mögliche Gesellschaftsformen***

An das herrschende Unternehmen sind keine besonderen Voraussetzungen gebunden. Allein die einfache Gesellschaft eignet sich nicht als herrschendes Unternehmen im Konzern. Denn **sobald eine einfache Gesellschaft ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt, finden die Bestimmungen über die Kollektivgesellschaft Anwendung**. Damit wird der Hauptzweck der Haftungsschotten verunmöglicht.

Als abhängige Unternehmen eignen sich hingegen bloss die Aktiengesellschaft (als die weitaus am häufigsten genutzte Rechtsform), die GmbH und gewisse Genossenschaften, da nur diese beherrschbar sind. Theoretisch wäre die Beherrschung einer Kollektivgesellschaft durch wirtschaftliche Abhängigkeit oder Vertrag möglich, doch würde sich nie ein unbeschränkt solidarisch haftender Gesellschafter in einer solchen Art verpflichten.

**e) *Die Stellung des fiduziarischen Verwaltungsrates im Aktienrecht***

Kernproblem der Führung eines Konzerns ist die Durchsetzung der Vorgaben des herrschenden Unternehmens in den einzelnen abhängigen Unternehmen. Das Problem besteht zunächst darin, dass das herrschende Unternehmen nicht selbst im Verwaltungsrat der abhängigen Unternehmen Einsitz nehmen kann, sondern natürliche Personen als ihre Abgeordnete (im Auftragsverhältnis) in den Verwaltungsrat dieser Gesellschaften entsenden muss (OR 707 III). Zudem fallen dem Verwaltungsrat gewisse unübertragbare und unentziehbare Aufgaben zu (OR 716a), bei denen die Entscheidung im Grunde nicht dem herrschenden Unternehmen überlassen werden dürfte, obwohl es gerade diejenigen sind, die als die typischen Aufgaben einer Konzernleitung bezeichnet wurden.

Sodann müssen die Vertreter des herrschenden Unternehmens in „ihrer“ Gesellschaft u.U. Weisungen durchsetzen, die zwar im Interesse des Konzerns sind, aber gegen die Interessen des abhängigen Unternehmens selbst verstossen. In solchen Fällen sind die Mitglieder des Verwaltungsrates der Gesellschaft und ihren Aktionären für Schäden persönlich haftbar (OR 754 i.V.m. 717 I).

Für den Fall einer Verantwortlichkeitsklage können sich die Verwaltungsratsmitglieder von abhängigen Unternehmen einerseits über eine Haftpflichtversicherung absichern (wobei die Schadenssumme meist nicht allzu hoch angesetzt werden kann) oder sich durch das herrschende Unternehmen von der Haftung befreien lassen: dies geschieht durch eine Klausel (sog. hold harmless clause) im Auftragsverhältnis, in welcher das herrschende Unternehmen für den Fall einer Verantwortlichkeitsklage die Befreiung von der Schadenersatzforderung verspricht (jedenfalls soweit sich das betreffende Verwaltungsratsmitglied im Rahmen der Weisungen der Konzernleitung bewegt hat). Widerrechtlich jedenfalls ist das Befolgen von Weisungen des herrschenden Unternehmens nicht, denn der Konzern wird auch vom Gesetzgeber vorausgesetzt.

**f) *Die Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung***

Erfüllt ein Konzern die Voraussetzungen von OR 663e II (Überschreiten von zwei der angegebenen Kriterien: Bilanzsumme 10 Mio. Fr., Umsatzerlös 20 Mio. Fr., 200 Arbeitnehmer bzw. Auftreten am Kapitalmarkt), hat er eine konsolidierte Jahresrechnung zu erstellen.

Konsolidierung bedeutet nicht, einfach alle Zahlen der zum Konzern gehörenden Unternehmen zu addieren. Vielmehr sind konzerninterne Transaktionen zu neutralisieren: insbesondere Forderungen und Schulden der Gesellschaften untereinander; Beteiligungswerte und das entsprechende Eigenkapital der Gesellschaften; konzerninterne Aufwendungen und Erträge; Dividenden von konsolidierten Gesellschaften.

Das BEHG (durch das KR) und das BankG sehen für Konzerne zusätzlich verschärfte Regeln vor. International kotierte Grosskonzerne gehen regelmässig über diese Anforderungen hinaus, da z.B. für die amerikanische Börse noch schärfere Vorschriften gelten.

### *g) Durchgriff*

Der Durchgriff im Konzern, d.h. die Inanspruchnahme des Vermögens des herrschenden Unternehmens für Verpflichtungen einer rechtlich selbständigen Konzerngesellschaft, ist eine Rechtsfigur, die nur ganz ausnahmsweise zur Anwendung kommt: dann nämlich, wenn das abhängige Unternehmen vom herrschenden Unternehmen in rechtsmissbräuchlicher Weise verwendet wird, sodass die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person gegen ZGB 2 verstösst. Die Voraussetzungen sind also das Vorliegen eines **Konzernverhältnisses** und der **Rechtsmissbrauch**.

Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn das abhängige Unternehmen mit einem für die übertragenen Aufgaben zu kleinen Kapital ausgestattet wird (**bewusste Unterkapitalisierung**); das abhängige Unternehmen durch Ausschüttung aller Gewinne und Reserven zugunsten des herrschenden Unternehmens „**ausgehöhlt**“ wird, sodass für Gläubiger kein Haftungssubstrat übrig bleibt; oder wenn die Vermögen von abhängigem und herrschendem Unternehmen derart **durchmischt** werden, dass eine Zuordnung nicht mehr möglich ist. Eine weitere Haftung kann aus einer Patronatserklärung oder aus erwecktem Konzernvertrauen folgen.

### **3.1.6. Die Handlungsvollmachten OR 458 ff.**

Soweit spezielle Normen zu der Prokura oder der Handlungsbevollmächtigung fehlen, ist Stellvertretungsrecht anzuwenden. Regelmässig sind die Bevollmächtigten mittels Arbeitsvertrag eingestellt. Im internen Verhältnis kann die Vertretung eingeschränkt werden, auch mit Eintragung im Handelsregister (vgl. OR 460).

**Prokura:** Alles, was der Zweck des Unternehmens mit sich bringen kann (Geschäftsbereich). Eine Schranke ist die Veräusserung und Belastung von Grundstücken (OR 459) und das Verbot des Selbstkontrahierens. Unterschrift mit ppa oder pers proc („Hero, ppa Meier“).

**Handlungsvollmacht i.e.S.:** Alles was der Zweck des Unternehmens (bzw. das Anstellungsverhältnis) gewöhnlich mit sich bringt (vgl. OR 462). Aussergewöhnlich ist das, was nicht üblich ist, wie das, was die Grundlage des Unternehmens berührt. Spezialermächtigung bei Wechselverbindlichkeiten, bei der Darlehensaufnahme und bei der Prozessführung. Unterschrift mit i.V., i.A. oder per („Hero, i.V. Meier“ oder „per Hero, Meier“).

## 3.2. *Einfache Gesellschaft*

### 3.2.1. **Begriff**

#### a) *Allgemeines*

Das Gesetz umschreibt in OR 530 I zunächst die Eigenschaften einer jeglichen Gesellschaft. Erst in OR 530 II wird die einfache Gesellschaft von den andern Gesellschaften abgegrenzt: eine Gesellschaft ist eine einfache, wenn sie unter keine andere Gesellschaftsform subsumiert werden kann (**Auffangtatbestand**).

Die Normen der einfachen Gesellschaft gelten im Innenverhältnis auch für die Kollektiv- und die Kommanditgesellschaft. Ausserdem für Körperschaften in Gründung und solche, deren Gründung misslungen ist (ZGB 62). Die einfache Gesellschaft ist also ein sehr offenes Gebilde. Merkmale sind:

- keine eigene Rechtspersönlichkeit;
- keine Aktiv- oder Passivlegitimation;
- es gibt kein Eigentum der Gesellschaft, sondern nur Eigentum zur gesamten Hand der Gesellschafter;
- keine Eintragung ins Handelsregister (OR 934 und HRegV 10).

#### b) *Tatbestandselemente*

##### i. **Zwei oder mehrere Personen**

Für die einfache Gesellschaft genügen zwei Gesellschafter. Gesellschafter können natürliche oder juristische Personen sein, aber auch Gesellschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit (z.B. eine einfache Gesellschaft) und schliesslich auch blosse Gesamthandschaften ohne gesellschaftliche Struktur (z.B. Erbgemeinschaften).

##### ii. **Gesellschaftsvertrag**

Der Gesellschaftsvertrag ist an keine besondere Form gebunden. Eine solche ist nur erforderlich, wenn ein Geschäft im Rahmen der Gesellschaftsgründung dies erfordert (z.B. das Einbringen eines Grundstückes). Der Mindestinhalt des Gesellschaftsvertrages umfasst die **Benennung der Mitglieder**, den **Zweck der Gesellschaft** und die **Art der Leistungen**, die von den Mitgliedern in die Gesellschaft eingebracht werden.

Alles andere braucht an sich nicht geregelt zu werden, da das Gesetz darüber bereits Bestimmungen enthält. Eine einfache Gesellschaft kann u.U. sogar von Gesetzes wegen ohne Gesellschaftsvertrag entstehen (z.B. ZGB 62).



### iii. **Gemeinsamer Zweck**

Der gemeinsam Zweck kann innerhalb der Grenzen von OR 20 alles denkbare umfassen. Dies gilt sowohl für wirtschaftliche wie für nichtwirtschaftliche Zwecke. Allerdings ist ihr **untersagt, ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe zu betreiben**, weil sie nicht im Handelsregister eingetragen werden kann.

Betreibt eine „einfache Gesellschaft“ dennoch ein kaufmännisches Unternehmen, finden auf sie, sofern sie sich aus natürlichen Personen zusammensetzt, die Bestimmungen über die Kollektivgesellschaft Anwendung.

Setzt sich eine einfache Gesellschaft auch aus juristischen Personen zusammen, kann sie nicht unter das Recht der Kollektivgesellschaft fallen (OR 552). Obwohl die Führung eines kaufmännischen Gewerbes für eine einfache Gesellschaft nicht zulässig wäre, werden diese Gebilde von der Praxis geduldet und das Recht der einfachen Gesellschaft auf sie angewendet. Die ist jedoch insofern bedenklich, als der einfachen Gesellschaft die Pflicht (bzw. sogar das Recht) zum Handelsregistereintrag fehlt, und ihr somit jegliche Publizität abgeht. Ausserdem ist die einfache Gesellschaft deshalb auch nicht zur kaufmännischen Buchführung verpflichtet. Es stünden genügend andere passende Gesellschaftsformen zur Verfügung.

### iv. **Weitere Voraussetzungen**

- Der gemeinsame Einsatz von Mitteln (Beiträge).
- Keine andere Gesellschaftsform (subsidiär zu andern Gesellschaftsformen).

## 3.2.2. **Das Innenverhältnis**

### a) ***Beiträge***

Jeder Gesellschafter hat einen Beitrag zu leisten (OR 531 I). Beitrag kann alles sein, was irgendwie den Zweck der Gesellschaft fördert. Nach dem Gesetz haben alle Gesellschafter gleiche Beiträge zu leisten, und zwar in der Art und dem Umfang, wie es der vereinbarte Zweck erfordert (OR 531 II). In der Praxis werden Art und Umfang der Beiträge zumeist im **Gesellschaftsvertrag** geregelt.

### b) ***Gewinn- und Verlustbeteiligung***

Nach Gesetz ist Gewinn und Verlust **nach Köpfen** zu verteilen, nicht nach dem Umfang der Beiträge (OR 533 I). Wird nur die Verteilung von Gewinn bzw. Verlust im Gesellschaftsvertrag geregelt, gilt der gewählte Verteilungsschlüssel auch für den Verlust bzw. Gewinn (OR 533 II). **Verboten ist die Abrede, ein Gesellschafter solle zwar am Gewinn beteiligt sein, nicht aber am Verlust** (OR 532). Eine Ausnahme kann gemacht werden, wenn ein Gesellschafter als Beitrag Arbeit leistet: in diesem Fall ist der Ausschluss einer Verlustbeteiligung im Gesellschaftsvertrag möglich (OR 533).

c) ***Gesellschaftsbeschlüsse***

Gesellschaftsbeschlüsse werden nach Gesetz einstimmig gefasst (OR 543 I). Im Gesellschaftsvertrag **kann ein Mehrheitsprinzip vereinbart werden** (OR 534 II), jedoch immer nur nach Köpfen, nicht etwa nach dem Umfang der Beiträge. Das Mehrheitsprinzip ist zwingendes Recht; alles andere würde der Natur der einfachen Gesellschaft (u.a. unbeschränkte, persönliche Haftung der Gesellschafter) widersprechen.

Nicht jede einzelne Entscheidung der einfachen Gesellschaft braucht aber von allen bzw. der Mehrheit der Gesellschafter „abgesegnet“ zu werden. Im Rahmen der Geschäftsführung kann jeder einzelne Gesellschafter alleine Entscheidungen treffen. Das Gesetz sieht die gemeinsame Beschlussfassung vor bei der Bestellung eines Generalbevollmächtigten und bei Rechtshandlungen ausserhalb des Gesellschaftszweckes (OR 535 III). Gemeinsame Beschlüsse sind wohl auch bei sehr weitreichenden Entscheidungen innerhalb des Gesellschaftszwecks erforderlich.

d) ***Geschäftsführung (Leitung eines Geschäftes nach innen)***

Sofern nichts anderes vereinbart ist, sind alle Gesellschafter zur Geschäftsführung befugt (OR 535 I). Möglich ist aber die Übertragung der Geschäftsführung an einzelne Gesellschafter oder an Dritte. Ist die Befugnis zur Geschäftsführung einem Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag erteilt worden, kann diese ihm nicht entzogen werden (OR 539). Ist die Befugnis hingegen durch Beschluss erteilt worden, kann sie entzogen werden. Dritten kann sie auch entzogen werden, wenn sie im Gesellschaftsvertrag erteilt wurde.

Jeder Gesellschafter hat ein unentziehbares Recht auf Einsicht in die Geschäftsführung (OR 541), und jeder geschäftsführende Gesellschafter hat ein Vetorecht bezüglich aller geschäftlichen Handlungen die noch nicht vollendet sind (OR 535). Wird dennoch weiter gehandelt, kann dies zu Schadenersatzansprüchen führen.

Das Verhältnis zwischen den geschäftsführenden und den nicht geschäftsführenden Gesellschaftern richtet sich nach Auftragsrecht (OR 394 ff.) bzw. nach dem Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag (OR 419 ff). Die Geschäftsführer haben ein **Recht auf Vergütung ihrer Auslagen im Zusammenhang mit der Geschäftsführung** (OR 537).

e) ***Verantwortlichkeit gegenüber den anderen Gesellschaftern***

Jeder Gesellschafter hat gegenüber der Gesellschaft eine umfassende Treue- und Sorgfaltspflicht (OR 538 I). **Er hat dabei aber nur (!) diejenige Sorgfalt aufzuwenden, die er in eigenen Angelegenheiten aufzuwenden pflegt** (diligentia quam in suis). Eine solche konkrete, subjektive Sorgfaltspflicht kennt nur die einfache Gesellschaft. Ein geschäftsführender Gesellschafter – der ja für seine Tätigkeit eine Vergütung erhält – haftet allerdings nach Auftragsrecht (und damit evtl. nach Dienstvertragsrecht; OR 538 III i.V.m. 398 OR und 321a).

Die Gesellschafter unterstehen überdies einem **umfassenden Konkurrenzverbot**; sie haben alle Tätigkeiten zu unterlassen, welche den Zweck der Gesellschaft beeinträchtigen könnten (OR 536).

### 3.2.3. Aussenverhältnis (Vertretung: „Geschäftsführung“ nach aussen)

Für die zur Geschäftsführung befugten Gesellschafter wird vermutet, sie seien auch zur Vertretung der einfachen Gesellschaft nach aussen befugt (OR 543 III). Für die Vertretung der einfachen Gesellschaft gelten die Bestimmungen der bürgerlichen Vertretung (OR 32 ff.: die Gesellschaft haftet nur für das rechtsgeschäftliche Handeln ihrer Vertreter). **Bei allen andern Gesellschaften handeln die Gesellschafter als Organe**, weshalb die Gesellschaft auch für ihr deliktisches Handeln in Ausübung der Geschäftsführung haftet (ZGB 55), und Dritte vertreten die Gesellschaft nach den Regeln der kaufmännischen Stellvertretung (OR 458 ff.).

### 3.2.4. Beendigung der Gesellschaft

#### a) *Auflösung*

Die Auflösungsgründe sind in OR 545 I aufgeführt: Die Gesellschaft wird aufgelöst,

- wenn der Zweck, zu welchem sie gegründet wurde, erreicht oder unmöglich geworden ist;
- wenn ein Gesellschafter stirbt und für diesen Fall nicht schon vorher vereinbart wurde, dass die Gesellschaft mit den Erben fortbestehen soll;
- wenn der Liquidationsanteil eines Gesellschafters zur Zwangsverwertung gelangt oder ein Gesellschafter in Konkurs fällt oder bevormundet wird;
- durch gemeinsam Übereinkunft;
- durch Ablauf der Zeit, auf deren Dauer die Gesellschaft eingegangen worden ist;
- durch Kündigung seitens eines Gesellschafters, wenn solche im Gesellschaftsvertrag vorbehalten ist
- wenn die Gesellschaft auf unbestimmte Dauer oder auf Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen worden ist;
- durch Urteil des Richters im Falle der Auflösung aus einem wichtigen Grund. Art. 545 II OR ermöglicht es einem Gesellschafter zudem, die Gesellschaft fristlos aufzulösen, wenn ihm die Zusammenarbeit mit den andern Gesellschaftern nicht mehr zuzumuten ist. Ausserdem können auf unbestimmte Dauer gegründete einfache Gesellschaften von einem Gesellschafter mit einer Kündigungsfrist von 6 Monaten aufgelöst werden (OR 546).

Die einzige Form (sofern weitere nicht im Gesellschaftsvertrag vorgesehen sind), wie ein Gesellschafter aus einer einfachen Gesellschaft austreten kann, ohne dadurch die Gesellschaft selbst aufzulösen, besteht im Eintritt eines neuen Gesellschafters anstelle des alten (OR 542 II). Dies bedarf allerdings der Zustimmung der übrigen Gesellschafter. Der

ausgetretene Gesellschafter haftet noch während zweier Jahre für zum Zeitpunkt seines Austritts bestehende Verbindlichkeiten (OR 181).

#### *b) Liquidation*

Die Folge der Auflösung einer einfachen Gesellschaft ist deren Liquidation: Schulden müssen beglichen, Auslagen entschädigt, Beiträge zurückerstattet und etwaige Gewinne bzw. Verluste verteilt werden. Bei der Rückerstattung der Beiträge besteht kein Anspruch auf Realrestitution (OR 548 I). Bei Ehegatten wird angenommen, dass sie sich hälftig an einer einfachen Gesellschaft beteiligen, **d.h. wenn jemand mehr als die Hälfte bezahlt, kommt ZGB 206 zur Anwendung.**

### **3.2.5. Eintritt, Ausscheiden und Ausschluss von Gesellschaftern**

Der **Eintritt** eines neuen Gesellschafter bedarf der Zustimmung aller übrigen Gesellschafter (OR 542 I). Der neu eingetretene Gesellschafter haftet für alle Verbindlichkeiten, die nach seinem Eintritt entstehen.

Der **Austritt** eines Gesellschafter ist im Gesetz nicht vorgesehen. Er führt deshalb – sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht – zur Auflösung der Gesellschaft (OR 545 f.). Der ausgetretene Gesellschafter haftet noch während zweier Jahre für zum Zeitpunkt seines Austritts bestehende Verbindlichkeiten (OR 181). Ein Gesellschafter kann nur **ausgeschlossen** werden, wenn's im Gesellschaftsvertrag steht.

### **3.2.6. Exkurs: Die stille Gesellschaft**

#### *a) Begriff und Abgrenzung von anderen Erscheinungsformen*

Die stille Gesellschaft ist im Gesetz nicht geregelt: Sie ist eine grundsätzlich nach den Regeln über die einfache Gesellschaft zu beurteilende gesellschaftliche Verbindung, bei der sich jemand (der stille Gesellschafter) an der geschäftlichen Tätigkeit eines andern (des Hauptgesellschafter) mit einer in dessen Vermögen übergehenden Einlage gegen Anteil am Gewinn beteiligt. Die stille Gesellschaft ist eine reine Innengesellschaft, bei der nach aussen nur der Hauptgesellschafter auftritt und er allein aus der Geschäftstätigkeit berechtigt und verpflichtet wird.

**Im Unterschied zum partiarischen Darlehensgeber ist der stille Gesellschafter auch am Verlust beteiligt und hat am Willen, ein gemeinsames Ziel zu erreichen, teil.** Der partiarische Darlehensgeber hat kein Mitspracherecht. Der stille Gesellschafter hat den vollen Status eines Gesellschafter.

#### *b) Die Besonderheiten der stillen Gesellschaft*

- Der Hauptgesellschafter als **Alleineigentümer** des Gesellschaftsvermögens: Im Unterschied zur einfachen Gesellschaft entsteht an den Vermögenswerten **kein**

**Eigentum zur gesamten Hand.** Der Hauptgesellschafter wird Alleineigentümer und Alleinberechtigter.

- Das Betreiben eines nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes: Die stille Gesellschaft **kann ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben**; der Hauptgesellschafter tritt als Einzelkaufmann auf und kann sich deshalb ins Handelsregister eintragen lassen.
- Die Mitwirkungsrechte des stillen Gesellschafters im Innenverhältnis: Der stille Gesellschafter hat im Innenverhältnis mindestens die gleichen Rechte wie der Hauptgesellschafter; oft ist es sogar so, dass im Innenverhältnis der stille Gesellschafter allein das Sagen hat, und der Hauptgesellschafter bloss nach aussen auftritt (sog. Strohmanngesellschaft).
- Dabei sind aber z.B. die Bestimmungen über die **Offenlegung von Beteiligungen** zu beachten (BEHG 20 oder die Bestimmungen über die Geldwäscherei in StGB 305bis).
- Die **Haftung des stillen Gesellschafters**: Nach aussen haftet allein der Hauptgesellschafter; er kann – als Alleinberechtigter am Vermögen der Gesellschaft – Gläubiger auch aus dem Vermögen des stillen Gesellschafters befriedigen.

c) *Die wirtschaftliche Bedeutung der stillen Gesellschaft:*

Als eine Form der Kapitalanlage (Vorteil: der Anleger hat Einfluss auf die Geschäftstätigkeit); Mitarbeiterbeteiligung am Geschäft; Familiengesellschaften, bei welchen nicht alle Gesellschafter nach aussen auftreten wollen; allenfalls kann bei Sanierungen die Form der stillen Gesellschaft gewählt werden, weil die Fremdbeteiligung in diesem Fall nach aussen nicht sichtbar wird; oder die stille Gesellschaft eignet sich für Beteiligungen an Unternehmen in Bereichen, wo man nicht mit Namen auftreten möchte (z.B. Rotlichtmilieu).

### **3.3. Kollektivgesellschaft**

#### **3.3.1. Der Begriff**

Die Kollektivgesellschaft ist eine Vereinigung unbeschränkt haftender natürlicher Personen. Bei allen andern Gesellschaften können sich auch juristische Personen beteiligen. **Ihre Merkmale sind die Führung einer gemeinsamen Firma, sowie der Betrieb eines kaufmännischen Gewerbes** (kaufmännischer Betrieb mit geordneter Buchführung, letzteres nicht obligatorisch). Die Kollektivgesellschaft kann sowohl wirtschaftliche wie auch nichtwirtschaftliche Zwecke verfolgen.

Der Eintrag ins Handelsregister ist für die Kollektivgesellschaft zwar Pflicht, er ist aber nicht konstitutiv, sondern bloss deklaratorisch. Betreibt die Kollektivgesellschaft jedoch kein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe, entsteht sie erst mit dem Eintrag (dieser ist in einem solchen Fall konstitutiv; OR 553). Diese Unterscheidung dient dem

Schutz gutgläubiger Dritter, wenn die Gesellschaft ihr Gewerbe bereits vor Eintrag ins Handelsregister aufnimmt; diese könnten sich sonst nur auf die Behelfe der einfachen Gesellschaft stützen, und es würden nur die Regeln der bürgerlichen Vertretung (OR 32 ff.) zur Anwendung kommen.

Die Pflicht zum Handelsregistereintrag bringt zugleich die Pflicht zur Buchführung (OR 957 ff.) mit sich. Mit dem Eintrag wird die Firma der Gesellschaft geschützt (OR 944 ff.) und die Gesellschaft wird konkursfähig (SchKG 39 II Ziff. 6). Nach aussen tritt die Gesellschaft als Einheit auf, sie kann unter ihrer Firma Rechte erwerben, Verbindlichkeiten eingehen und vor Gericht klagen oder beklagt werden (OR 562).

Das Vermögen der Gesellschaft bildet ein vom Vermögen der Gesellschafter getrenntes **Sondervermögen** (OR 570). Die Gesellschafter handeln als Organe und nicht als Vertreter (OR 567 III und ZGB 55).

Die Kollektivgesellschaft nimmt eine zwitterhafte Stellung zwischen der reinen Personengesellschaft (einfache Gesellschaft) und den juristischen Personen ein, da sie als Personengesellschaft in eigenem Namen auftritt.

### 3.3.2. Das Innenverhältnis

#### a) *Die Beiträge der Gesellschafter*

Ist nichts anderes vereinbart, richten sich die zu leistenden Beiträge nach dem Recht der einfachen Gesellschaft (OR 531 II): jeder Gesellschafter hat einen Beitrag in der gleichen Höhe zu leisten, und zwar so wie es der Gesellschaftszweck erfordert.

#### b) *Das Gesellschaftsvermögen*

Das Gesellschaftsvermögen steht nicht im Eigentum der Gesellschaft, sondern es steht den Gesellschaftern zur gesamten Hand, d.h. den Gesellschaftern selber in ihrer Gesamtheit, zu. Die einzelnen Gesellschafter können also nicht über ihren Vermögensanteil verfügen. Dies bedarf der Zustimmung aller Mitgesellschafter.

Den Gesellschaftern stehen, wenn dies vertraglich vorgesehen ist, Zinse für ihren Kapitalanteil zu (OR 558 II). Dieser Anteil setzt sich zusammen aus den geleisteten Beiträgen (und deren Surrogaten), den Honorarforderungen, den nicht entnommenen Gewinnen und den nicht ausgerichteten Zinsen. Abgezogen werden davon Verlustanteile und Kapitalentnahmen.

#### c) *Die Gesellschaftsschulden*

Primär sind Schulden der Gesellschaft aus dem Gesellschaftsvermögen zu begleichen (OR 570 I), erst anschliessend kann auf die Gesellschafter gegriffen werden (OR 568 III). Die Bedingungen dafür sind, dass die Gesellschaft entweder aufgelöst worden, erfolglos betrieben oder in Konkurs geraten ist.

Neu eintretende Gesellschafter haften für die gesamten Schulden der Gesellschaft, auch für jene Schulden, die schon vor dem Eintritt bestanden (OR 569). Und nach dem Austritt haftet ein Gesellschafter noch während fünf Jahren für die zur Zeit seines Austritts bestehenden Verpflichtungen (OR 591). Dies ist insbesondere für die Gläubiger sehr vorteilhaft, da sie in solchen Fällen, d.h. wenn ein neuer und ein gerade ausgeschiedener Gesellschafter für alle bestehenden Verpflichtungen haften, doppelt abgesichert sind.

#### *d) Gewinn- und Verlustbeteiligung*

Anders als die einfache Gesellschaft untersteht die Kollektivgesellschaft der Buchführungspflicht, d.h. sie hat eine Bilanz und eine Erfolgsrechnung zu erstellen (OR 957 ff.).

**Unabhängig von Gewinn oder Verlust haben die Gesellschafter Anspruch auf Entschädigung für ihre Arbeit** (Honorare, Löhne, Zinsen; OR 558 ff.). Diese wird in der Erfolgsrechnung als Aufwand verbucht und hat demnach nichts mit der Gewinn- bzw. Verlustbeteiligung zu tun.

Ist bezüglich der Verteilung von Gewinn und Verlust nichts anderes vereinbart, erfolgt die Verteilung – wie bei der einfachen Gesellschaft – nach Köpfen (OR 533 I).

#### *e) Gesellschaftsbeschlüsse und Geschäftsführung*

Für die Gesellschaftsbeschlüsse und die Geschäftsführung gelten die Regeln der einfachen Gesellschaft.

#### *f) Verantwortlichkeit*

Für die Haftung innerhalb der Gesellschaft gelten ebenfalls die Regeln der einfachen Gesellschaft (OR 538). Daneben trifft auch hier die Gesellschafter eine allgemeine Treuepflicht (ZGB 2). **Das Konkurrenzverbot der Kollektivgesellschaft ist strenger als dasjenige der einfachen Gesellschaft: ein Gesellschafter darf sich nicht an einer andern Gesellschaft im gleichen Geschäftsbereich beteiligen; auch dann nicht, wenn dies der Gesellschaft nicht schadet oder schaden kann** (OR 561).

### **3.3.3. Das Aussenverhältnis**

#### *a) Allgemeines*

Nach aussen zeigt die Kollektivgesellschaft korporative Elemente: sie tritt als Einheit auf, sie ist handlungsfähig (wenn auch nicht rechtsfähig) und sie besitzt eine Firma. Nicht die Gesellschaft wird vertreten (sie ist keine juristische Person), sondern die **Gesamthand-**  
**schaft**.

**b) Die Vertretung durch Gesellschafter**

Enthält das Handelsregister keine entgegenstehenden Einträge, wird vermutet, alle Gesellschafter seien zur Alleinvertretung befugt (OR 563). Die Vertretungsmacht umfasst alle Geschäfte, welche der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann (OR 564 I). Einem Gesellschafter kommt die Vertretungsbefugnis entweder ganz zu oder gar nicht (was im Handelsregister einzutragen ist), **inhaltliche Beschränkungen der Vertretungsmacht sind gegenüber gutgläubigen Dritten ohne Wirkung** (OR 564 II). Die Gutgläubigkeit Dritter kann z.B. durch das Bekanntgeben des Organisationsreglements der Gesellschaft zerstört werden.

Die Vertretungsbefugnis kann einem Gesellschafter aus wichtigen Gründen (insbesondere wenn es den Mitgesellschaftern nicht mehr zuzumuten ist, sich bzw. die Gesellschaft noch weiter durch diesen Gesellschafter vertreten zu lassen) durch den Richter entzogen werden (OR 565).

**c) Die Vertretung durch Dritte**

Die Gesellschaft kann sich durch Vertreter mit eingeschränkter Vertretungsmacht vertreten lassen (OR 566: Prokura, OR 458 ff.; Handlungsbevollmächtigte, OR 462). Zur Bestellung dieser Vertreter ist die Einwilligung aller zur Vertretung befugter Gesellschafter nötig; jeder einzelne von ihnen kann jedoch die Vertretungsbefugnis den Dritten wieder entziehen. Die Bestellung eines Generalbevollmächtigten bedarf der Zustimmung aller Gesellschafter (OR 535).

**d) Die Haftung für die Vertreter**

Die Haftung richtet sich nach den Bestimmungen über die Organhaftung (ZGB 55): die Gesellschaft haftet nicht nur für in ihrem Namen getätigte Rechtsgeschäfte, sondern auch für unerlaubte Handlungen, die ein Gesellschafter bzw. ein Organ in Ausübung geschäftlicher Verrichtungen begeht (OR 567). Die Grenze der Haftung ist durch den Gesellschaftszweck bestimmt.

Passivlegitimiert ist die Gesellschaft, ausser der Gesellschafter erfüllt zusätzlich OR 41. Aus Vertrag haftet der Gesellschafter nicht. Gemäss dem Obergericht muss der Gesellschafter bei einem Vorgehen gegen ihn aufgrund vertraglicher Basis selbst beweisen, dass der Vertragspartner (Kläger) wissen musste, der Kollektivgesellschaftler sei nicht passivlegitimiert.

**e) Exkurs: Konkurs**

Es ist streng zwischen dem Konkurs der Gesellschaft selbst und dem Konkurs der Gesellschafter zu unterscheiden (OR 571): Im Konkurs der Gesellschaft haben nur Gesellschaftsgläubiger Anspruch auf Befriedigung aus der Konkursmasse, die Gläubiger der einzelnen Gesellschafter nicht (OR 570 I). Für ihre Ansprüche auf verfallene Zinsen, Honorare und Auslagen gelten die Gesellschafter ebenfalls als Gläubiger der Gesellschaft, nicht jedoch für ihre Beiträge und die laufenden Zinsen (OR 570 II).



Ist die Gesellschaft nicht eingetragen, muss das Betreibungsamt beim Handelsregister abklären, ob ein Eintrag notwendig ist. Bei Bejahung dieser Frage ist die Kollektivgesellschaft zugleich einzutragen und der Konkurs ist durchzuführen.

Die Privatgläubiger eines Gesellschafters sind nicht befugt, das Gesellschaftsvermögen zu ihrer Befriedigung oder Sicherstellung in Anspruch zu nehmen (OR 572 I). Der Konkurs der Gesellschaft ist im Übrigen Voraussetzung für die Belangbarkeit der Gesellschafter (OR 568 III).

### **3.3.4. Die Beendigung der Kollektivgesellschaft**

#### **a) *Die Auflösung der Kollektivgesellschaft***

Die Auflösungsgründe für die Kollektivgesellschaft entsprechen denjenigen der einfachen Gesellschaft (OR 574 I i.V.m. 545 f.). Zusätzlich erfolgt die Auflösung im Falle des Konkurses (OR 574 I). Überdies können (mit sechsmonatiger Kündigungsfrist) der Gläubiger eines Gesellschafters – und die Konkursverwaltung – bei dessen Zahlungsunfähigkeit die Auflösung der Gesellschaft verlangen, wenn ihm der Gesellschaftsanteil seines Schuldners verpfändet war (OR 575).

Allerdings können die Mitgesellschafter die Auflösung abwenden, wenn sie den Zahlungsunfähigen Gesellschafter ausschliessen und ihm seinen Liquidationsanteil auszahlen (OR 578), oder indem die Gesellschaft oder die Mitgesellschafter die Konkursmasse oder den Gläubiger des Zahlungsunfähigen Gesellschafters befriedigen (OR 575 III).

#### **b) *Die Durchführung der Liquidation***

Die Liquidation folgt den OR 582 ff., soweit nicht etwas anderes vereinbart worden oder die Gesellschaft in Konkurs gefallen ist. Die Liquidation wird von den zur Vertretung befugten, also von vermutungsweise allen Gesellschaftern besorgt.

### **3.3.5. Ausschluss und Ausscheiden von Gesellschaftern**

#### **a) *Das Ausscheiden von Gesellschaftern***

Grundsätzlich hat das Ausscheiden von Gesellschaftern für die Kollektivgesellschaft die gleichen Folgen wie für die einfache Gesellschaft. Eine Ausnahme bildet einzig OR 576. In der Praxis macht dies jedoch keinen Unterschied aus: Ob die Gesellschafter gemeinsam beschliessen, nach dem Austritt eines Gesellschafters die Gesellschaft weiter zu führen, oder ob die Gesellschaft durch den Austritt aufgelöst wird und die verbleibenden Gesellschafter sogleich eine neue Gesellschaft gründen, sieht nach aussen gleich aus. (Allenfalls Steuernachteile durch die Liquidation und Neugründung wegen der aufzulösenden stillen Reserven).

Nach innen erlöschen die Mitgliedsrechte des ausgetretenen Gesellschafters und das Vermögen im Gesamthandsverhältnis wächst vollständig den andern Gesellschaftern an. Dem Ausgetretenen steht ein Anspruch in der Höhe seines Liquidationsanteiles gegen die Gesellschaft zu. Nach aussen fällt die Vertretungsmacht dahin, die Haftung für alle zum Zeitpunkt des Austrittes bestehenden Verpflichtungen besteht während 5 Jahren weiter.

#### *b) Der Ausschluss eines Gesellschafters*

Bei Konkurs eines Gesellschafters, oder wenn dessen Gläubiger die Auflösung der Gesellschaft verlangen kann (OR 578), ist ein Ausschluss durch die andern Mitgesellschafter möglich. Der Ausschluss aus wichtigem Grund, also wenn ein Verbleib des Gesellschafters in der Gesellschaft für die andern als unzumutbar anzusehen ist, muss durch den Richter erfolgen (OR 577, 579 II).

#### *c) Umwandlung in Einzelfirma*

Bleibt nach dem Austritt eines Gesellschafters nur noch ein Gesellschafter übrig, geht die Gesellschaft nahtlos in die Form der Einzelfirma über. Das Gesamthandsvermögen wird „normales“ Eigentum des verbleibenden „Gesellschafters“ (Rechtsformumwandlung ohne Liquidation).

### **3.4. Kommanditgesellschaft**

#### **3.4.1. Der Begriff**

Die Kommanditgesellschaft ist gleich der Kollektivgesellschaft eine Personengesellschaft, die unter eigener Firma ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt (OR 594). Die Besonderheit dieser Gesellschaftsform besteht in den zwei verschiedenen Kategorien von Gesellschaftern: **Zum einen die persönlich und unbeschränkt haftenden Komplementäre und zum andern die nur beschränkt (d.h. bis zu einer festgelegten Summe) haftenden Kommanditäre.** Diese können auch juristische Personen sein.

Der Handelsregistereintrag ist für die Kommanditgesellschaft, wie für die Kollektivgesellschaft, soweit sie ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt, nur deklaratorisch (OR 594 bzw. 595).

Die Beschränkung der Haftung für die Kommanditäre tritt allerdings erst nach dem Eintrag ein! Bis dahin haften auch die Kommanditäre wie die Komplementäre bzw. wie Gesellschafter einer Kollektivgesellschaft.

Die Firma der Kommanditgesellschaft muss mindestens aus dem Namen eines Komplementärs bestehen plus einem das Gesellschaftsverhältnis anzeigenden Zusatz (Co. oder Cie.; OR 947 III). Die Namen von Kommanditären dürfen in der Firma nicht enthalten sein – ansonsten haften sie nach aussen wie Komplementäre (OR 607 i.V.m. 947 IV).

Die gesetzlichen Regeln über die Kommanditgesellschaft befinden sich in OR 594 ff., aber auch im Recht der Kollektivgesellschaft und – über Verweise innerhalb der Kollektivgesellschaft – im Recht der einfachen Gesellschaft.

### 3.4.2. Das Innenverhältnis

#### a) *Gesellschafterbeschlüsse und Geschäftsführung*

Für die Beziehungen der Komplementäre untereinander kann vollumfänglich auf die Ausführungen über die Kollektivgesellschaft verwiesen werden. Gesellschaftsbeschlüsse werden **einstimmig** gefasst (OR 598 II i.V.m. 557 II und 534 I, dispositiv). **Die Geschäftsführung hingegen erfolgt ausschliesslich durch die Komplementäre** (OR 599 und 600 I). Den Kommanditären kommt im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes (d.h. bei denjenigen Geschäften, die keines einstimmigen Gesellschaftsbeschlusses bedürfen) kein Vetorecht zu (OR 600 II).

#### b) *Die Informations- und Kontrollrechte des Kommanditärs*

Für die Beschränkungen bezüglich der Geschäftsführung hat der Kommanditär im Gegenzug ein (allerdings eher beschränktes) Kontrollrecht (OR 600 III).

#### c) *Kommanditsumme und Kommanditeinlage*

Kommanditsumme und Kommanditeinlage sind strikte zu unterscheiden (obwohl dies auch der Gesetzgeber im OR nicht geschafft hat): Die Kommanditeinlage ist der in die Gesellschaft eingelegte Beitrag des Kommanditärs (Geld, Arbeit, Eigentum usw.); sie kann eine beliebige Höhe haben. Die Kommanditsumme ist die im Handelsregister eingetragene oberste Haftungssumme des Kommanditärs (OR 596).

#### d) *Gewinn- und Verlustbeteiligung*

Über die Gewinn- und Verlustbeteiligung entscheidet der Richter, sofern diese Frage nicht vom Gesellschaftsvertrag beantwortet wird oder darüber keine Einigung der Gesellschafter erfolgt (OR 601 II).

#### e) *Die Haftung*

Primär haftet das Gesellschaftsvermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Sekundär haften die Komplementäre persönlich und unbeschränkt (OR 604). Die Kommanditäre haften auch gegenüber Dritten nur bis zur Höhe ihrer im Handelsregister eingetragenen Kommanditsumme (OR 608 I). Hat ein Kommanditär Dritten gegenüber eine höhere Kommanditsumme angegeben, haftet er für diesen Betrag (Derogation der positiven Rechtskraft des Handelsregisters; OR 608 II).

Es besteht dieselbe Treuepflicht wie bei der Kollektivgesellschaft. Im Konkurs sind nur die Komplementäre und nicht die Kommanditäre konkursfähig (SchKG 39 I 3.). Die Kommanditsumme kann herabgesetzt werden; diese kleinere Summe gilt aber erst nach dem Eintrag ins Handelsregister und **nur für Verbindlichkeiten die nach dem Eintrag entstanden sind** (OR 609). Der Kommanditär haftet in drei Fällen unbegrenzt:

- Tritt ein Kommanditär nach aussen im Namen der Gesellschaft auf und gibt nicht zu erkennen, dass er bloss als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter handelt, haftet er nach aussen wie ein Komplementär (OR 605).
- Der Name eines Kommanditärs erscheint in der Firma (OR 607).
- Solange die Kommanditgesellschaft nicht im Handelsregister eingetragen ist, haften nach aussen alle Gesellschafter wie Kollektivgesellschaftler (OR 606).

### 3.4.3. Das Aussenverhältnis

Nach aussen sind **allein die Komplementäre zur Vertretung befugt** (OR 603 i.V.m. 563). Die Kommanditäre können die Gesellschaft aber als Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte (OR 458 ff.) vertreten. Diese Unterscheidung in der Vertretung ist von praktisch geringer Bedeutung, da der Prokurist nahezu die gleichen Vertretungsbefugnisse hat, wie ein geschäftsführender Komplementär (Ausnahme: OR 459 II Grundstückskaufvertrag, wobei auch eine diesbezügliche Ermächtigung erfolgen kann).

### 3.4.4. Beendigung der Gesellschaft und Gesellschafterwechsel

Für die Beendigung der Kommanditgesellschaft gelten die Regeln der Kollektiv- bzw. der einfachen Gesellschaft (OR 619 I i.V.m. 574 und 545 f.). Tod oder Entmündigung eines Kommanditärs haben aber nicht die Auflösung der Gesellschaft zur Folge (OR 619 II).

## 3.5. *Kommanditaktiengesellschaft*

Die Kommanditaktiengesellschaft hat in der Praxis keine Bedeutung, es gibt ihrer kaum ein halbes Dutzend (z.B. Bank Sarasin). **Die Kommanditaktiengesellschaft ist eine Kommanditgesellschaft, deren Kommanditsumme in Aktien aufgeteilt ist, und deren Verwaltungsrat unbeschränkt haftet** (OR 764). Die übrigen Aktionäre haften im Rahmen der Aktien. Die unbeschränkt haftenden Verwaltungsräte sind in den Statuten zu nennen und im Handelsregister einzutragen (OR 765). Da die Verwaltung durch Gesetz bestimmt ist, kann sie sich nicht frei wählen (OR 765 I). Bei den Generalversammlungsbeschlüssen ist die Zustimmung aller unbeschränkt Haftenden erforderlich (OR 766), wenn der Zweck geändert wird. Die Aufsichtsstelle (Revision) überwacht zusätzlich die Geschäftsführung (OR 768 II) und kann sogar Mitglieder belangen (OR 769). Bezüglich der Auflösung steht einem unbeschränkt haftenden Gesellschafter ein Kündigungsrecht zu (OR 770 f.).

## **3.6.      *Aktiengesellschaft***

### **3.6.1.    Begriff und Wesen der AG**

#### **a)         *Die AG als Körperschaft***

Die Aktiengesellschaft ist diejenige Körperschaft des Handelsrechts, welche eine vollständige Trennung zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern (den Aktionären) kennt.

#### **b)         *Die AG als kapitalbezogene Organisation***

Im Zentrum der Aktiengesellschaft steht das Kapital und seine Vermehrung zugunsten der Aktionäre (shareholder value). Die Person des Aktionärs spielt in der Aktiengesellschaft keine Rolle (ausser bei den Aktionärbindungsverträgen, die allerdings mit der Gesellschaft als solcher nichts zu tun haben und nur Vereinbarungen unter den Aktionären sind, und den vinkulierten Namenaktien).

Das Aktienkapital, als das minimalste Haftungssubstrat, sollte nicht unterschritten werden, zu diesem Zweck hat der Gesetzgeber zahlreiche Schutzbestimmungen aufgestellt:

- Getätigte Einlagen sind von den Aktionären nicht mehr rückforderbar (OR 680 II);
- nur beschränkter Kauf eigener Aktien durch die Gesellschaft (OR 659 ff.);
- auf das Aktienkapital dürfen keine Zinse bezahlt werden (OR 675 I);
- es dürfen keine Dividenden aus dem Aktienkapital ausbezahlt werden (OR 675 II);
- Pflicht zu Sanierungsmassnahmen, wenn die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt sind (OR 725 I);
- Benachrichtigung des Richters bei Überschuldung (OR 725 II);
- die Rechnungslegung folgt dem Transparenzgebot (OR 662 ff.);
- spezielle Vorschriften über Sacheinlagen (OR 634);
- Regelung der Herabsetzung des Aktienkapitals (OR 732 ff.).

Die Aktiengesellschaft kennt aber nicht nur Massnahmen zur Sicherung des Kapitals, sondern auch solche, die explizit der Eigenkapitalbildung dienen, so z.B. die Bildung von Reserven, die nur für bestimmte Zwecke (Deckung von Verlusten, Massnahmen in schlechten Zeiten, Verhinderung von Arbeitslosigkeit [OR 671 III]) verwendet werden dürfen (OR 671 ff.).

c) *Der wirtschaftliche Zweck*

Die Aktiengesellschaft dient in der Regel ausschliesslich der Erzielung von Gewinn und dessen Ausschüttung an die Aktionäre. Die Aktiengesellschaft muss aber nicht zwingend wirtschaftliche Zwecke verfolgen, andere (auch ideelle) Zwecke sind möglich (OR 620 III, vgl. auch ZGB 60 I).

**Gewinnstrebigkeit bedeutet, möglichst viel Gewinn zur Ausschüttung an die Aktionäre erzielen zu wollen.** Die Ausschüttung kann in Form der Dividende, als Kapitalerhöhung mit Gratisaktien für die Aktionäre usf. erfolgen. Ein wirtschaftlicher Zweck ist auch ohne Gewinnstrebigkeit möglich, wenn z.B. Vergünstigungen an die Aktionäre schon vor Gewinnausschüttung als Aufwand der Gesellschaft erscheinen. Der Gewinn ist dann um diese Vergünstigungen kleiner. Steuerrechtlich ergibt sich kein Unterschied, auch diese Vergünstigungen muss die Gesellschaft als Gewinn versteuern. Ebenso die Aktionäre, welche diese als Einkommen zu versteuern haben. **Die Gewinnstrebigkeit der Aktiengesellschaft kann nur durch einstimmigen Beschluss der Aktionäre aufgegeben werden** (OR 706). Dieser Beschluss ist deswegen praktisch kaum zu erreichen.

d) *Die Führung eines nach kaufm. Art geführten Unternehmens*

Die Führung eines nach kaufmännischer Art geführten Unternehmens ist für die Aktiengesellschaft zwar die Regel, aber nicht notwendig. Das betriebene Gewerbe kann z.B. zu klein sein (d.h. Umsatz kleiner als 100'000 Fr.), oder es erfordert keine geordnete Buchführung (z.B. eine Makler AG mit zwei grossen Geschäften pro Jahr). Vgl. Art. 52 ff. HRV.

e) *Die Zerlegung des Aktienkapitals in Aktien*

Die Mitgliedschaftsrechte sind in handelbaren Wertpapieren verbrieft (Inhaberaktien sind Inhaberpapiere, d.h. die Übertragung ist die Erklärung selbst; Namenaktien sind Ordrepapiere, d.h. die Übertragung erfolgt per Indossament). Das Aktienkapital muss mindestens CHF 100'000.- betragen (OR 621).

Inhaberaktien müssen vor der Ausgabe immer voll liberiert sein (OR 683 I); Namenaktien müssen mindestens zu 20 Prozent liberiert sein (OR 632). In jedem Fall müssen alle geleisteten Einlagen zusammen mindestens CHF 50'000 betragen. Stimmrechtsaktien müssen vor der Ausgabe voll liberiert sein (OR 693). Ebenso Namenaktien bei einer bedingten Kapitalerhöhung (OR 653a II). Bei Banken in der Rechtsform der Aktiengesellschaft müssen alle Aktien zu Beginn bzw. vor der Umwandlung in eine Bank voll liberiert werden; das Mindestkapital beträgt 10 Mio. Fr. (BankG 3 II a i.V.m. BankV 4).

Über den Zeitpunkt der Aufliberierung von nicht voll liberierten Aktien entscheidet der Verwaltungsrat (OR 634a I). Kann der Aktionär die Liberierung nicht vornehmen, verfallen seine Aktien (Kaduzierung [OR 681 f.]).

Das Aktienkapital ist in Aktien zu einem bestimmten Nennwert aufgeteilt (mindestens 1 Rappen, wobei diese Grenze im Rahmen einer Sanierung unterschritten werden kann, das Aktienkapital insgesamt darf allerdings nicht weniger als CHF 100'000 betragen).

- **Nennwert** der Aktien: Das AK geteilt durch die Anzahl der Aktien (sofern nur 1 Art von Aktien).
- **Substanzwert** der Aktie: Das Reinvermögen der Gesellschaft geteilt durch die Anzahl der Aktien.
- **Innerer Wert** der Aktie: Substanzwert der Gesellschaft unter Berücksichtigung der Ertragsprognosen geteilt durch die Anzahl der Aktien.
- **Kurswert**: Preis, der für eine Aktie an der Börse gezahlt wird (Preis am Markt). Der Kurswert multipliziert mit der Anzahl der Aktien (Preis, den der Markt für das Unternehmen zu zahlen bereit wäre) ist die **Börsenkaptalisierung**.
- **Emissionspreis**: Preis, den die Aktionäre bei der Ausgabe für die Aktien zu bezahlen haben. Möglich ist als Emissionspreis der Nennwert („pari“-Emission), der Kurswert oder ein Preis dazwischen. Liegt der Emissionspreis zwischen Nennwert und Kurswert, heisst die Differenz zwischen Nennwert und Emissionspreis **Agio** (Gewinn den die Gesellschaft bei dieser Transaktion macht); die Differenz zwischen Kurswert und Emissionspreis ist der Bezugswert („Gewinn“ den der Aktionär bei dieser Transaktion macht). Eine unter-pari-Emission ist unzulässig.

#### *f) Die Haftung für Verbindlichkeiten der AG*

Die Haftung beschränkt sich allein auf das Gesellschaftsvermögen. Es gibt keine persönliche Haftung der Aktionäre. Die einzige Pflicht des Aktionärs ist die Leistung des Ausgabebetrages der Aktien (OR 630 Ziff. 2). Jede weitere Verpflichtung der Gesellschaft gegenüber ist nichtig (OR 680 I; vgl. aber die Meldepflicht nach BEHG 20).

#### *g) Die eigene Firma*

Die Firma der Aktiengesellschaft kann frei gebildet werden (OR 950 I). Wird die Firma aus Personennamen gebildet, muss die Abkürzung „AG“ beigefügt werden. Wird die Gesellschaftsbezeichnung vor den Personennamen gestellt werden, ist sie auszusprechen (OR 950 II, z.B. Aktiengesellschaft F. Hoffmann-La Roche & Co.).

### **3.6.2. Die Gründung der AG**

#### *a) Die Elemente der Gründung (Art. 629 ff. OR)*

##### **i. Die Zahl der Mitglieder**

Die Aktiengesellschaft muss (auch bei der Gründung) mindestens drei Aktionäre haben (OR 625 I). In der Praxis ist diese Bedingung oft nicht erfüllt, insbesondere bei Konzernen, deren herrschendes Unternehmen oft alleine Aktionär des abhängigen Unternehmens ist. Die diesbezügliche Sanktionsmöglichkeit des Auflösungsbegehrens (OR 625 II) ist in der Praxis mangels Rechtsschutzinteresses ohne Bedeutung.

## ii. Die Gründungsstatuten

Der gesetzlich vorgeschriebene Inhalt (OR 626):

- Der **Zweck** der Gesellschaft muss den konkreten Geschäftsbereich umschreiben, in welchem jene tätig sein will (Ziff. 2). Der Zweck sollte aber auch nicht zu eng umschrieben sein, da sonst die Vertretungsmacht der Organe sehr beschränkt ist.
- Da der Verwaltungsrat über die Auflöberung entscheidet, kommt ihm insofern auch die **Befugnis zu, die Statuten zu ändern** (Ziff. 3).
- Das alte Aktienrecht kannte für Verwaltungsräte eine Pflichtaktie, die, soweit eine Inhaberaktie, zu hinterlegen war. Daran ist weiter festzuhalten, da nur Verwaltungsrat sein kann, wer auch Aktionär ist (OR 707 I), und die Kontrolle gerade bei Inhaberaktien unmöglich wäre.
- Die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen werden in der Regel im SHAB veröffentlicht; es kommen aber auch etwa die NZZ, die FuW oder die Handelszeitung in Frage (Ziff. 7).

Der nur bedingt notwendige Statuteninhalt, d.h. dasjenige, was zwingend in die Statuten aufgenommen werden muss, wenn es geregelt werden soll, ist in OR 627 aufgeführt. Doch finden sich solche Bestimmungen auch ausserhalb dieses Artikels:

- Sacheinlagen und -übernahmen und besondere Gründervorteile (OR 628);
- Schutz der Wandel- und Optionsberechtigten (OR 653d);
- Vertretung von Aktionärskategorien und -gruppen im Verwaltungsrat (OR 709);
- Vertretung der Partizipanten im Verwaltungsrat (OR 656e). Da die sie an der GV nicht teilnehmen können, muss ihr Vertreter vorher in einer eigenen Partizipantenversammlung bestimmt werden.
- über die gesetzlichen hinausgehende Reserven (OR 672).

## iii. Die Zeichnung der Aktien

Die Zeichnung von Aktien kann nicht an Bedingungen geknüpft werden, der Aktionär verpflichtet sich bei der Zeichnung zur bedingungslosen Bezahlung des Emissionspreises (OR 630 2.). Die Bezahlung des Emissionspreises ist die einzige Leistung, die der Aktionär zu erbringen hat (OR 680 I).

## iv. Die Leistung der Einlagen

**Mindesteinlagen:** Bei der Errichtung der Gesellschaft muss die Einlage für jede Aktie mindestens 20% ihres Nennwertes betragen, und es müssen gesamthaft mindestens CHF 50'000.- eingezahlt werden (OR 632). Inhaberaktien dürfen erst nach der vollen Liberierung ausgegeben werden (OR 683). Dasselbe gilt für Stimmrechtsaktien (OR 693 II).



**Leistung von Bareinlagen:** Damit die Gründung vollzogen werden kann, muss die Einlage bei einer Bank zur Verfügung der Gesellschaft deponiert worden sein. Die Bank stellt eine Einzahlungsbestätigung aus, die bei der öffentlichen Beurkundung vorzulegen ist. Sie gibt den Betrag erst frei, wenn der Eintrag ins Handelsregister vollzogen ist (OR 633). Zur Sicherstellung einer einwandfreien Gründung sieht das Gesetz eine Haftung für alle an der Gründung beteiligten Personen vor (OR 753).

#### v. Die Organbestellung

Die Generalversammlung setzt sich aus den an der Gründung beteiligten Aktionären zusammen. Der erste Verwaltungsrat und die erste Revisionsstelle muss in den Gründungsstatuten aufgeführt sein (OR 626 6.).

#### vi. Errichtungsakt und Belege

Die Gesellschaft wird errichtet, indem die Gründer in öffentlicher Urkunde erklären, eine Aktiengesellschaft zu gründen, darin die Statuten festlegen und die Organe bestellen (OR 629 I).

#### vii. Abschluss von Rechtsgeschäften vor der Gründung

**Handeln im eigenen Namen:** Handelt eine Person vor der Gründung nach aussen selbständig und in eigenem Namen, wird sie gemäss OR 543 I allein berechtigt und verpflichtet. Intern steht ihr nach OR 537 I die Möglichkeit des Rückgriffs auf die andern Mitglieder der Gründergemeinschaft zu. Handelt die Person im Namen der Gründergemeinschaft (einfache Gesellschaft), werden die Mitgründer insoweit mitberechtigt oder mitverpflichtet, als es die Bestimmungen der bürgerlichen Stellvertretung (OR 32 ff.) mit sich bringen (OR 543). Eine Übernahme der eingegangenen Forderungen und Verbindlichkeiten durch die gegründete Gesellschaft ist nur nach den **Regeln über die indirekte Stellvertretung möglich. Forderungen müssen zediert (OR 164 ff.) und Schulden unter Zustimmung des Vertragspartners (bzw. Gläubigers) übernommen werden (OR 175 ff.)**. Wird die Gesellschaft nicht gegründet, gibt der Gläubiger die Zustimmung zur Schuldübernahme nicht oder ist eine Forderung nicht übertragbar, kann der Verpflichtete (oder die Gründergemeinschaft) u.U. nach den Irrtumsregeln (OR 23 ff.) vom Vertrag zurücktreten. **Er haftet nach OR 26 für den Schaden, den der andere dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut hat**. Ist ein Rücktritt nicht möglich, haften die Verpflichteten dem Vertragspartner für sein Erfüllungsinteresse.

**Handeln im Namen der künftigen Gesellschaft:** Werden von den Handelnden Geschäfte im Namen der künftigen Gesellschaft abgeschlossen, treten die Rechtswirkungen dennoch zunächst direkt bei ihnen ein, d.h. die Handelnden selbst werden berechtigt und verpflichtet und zwar so, wie die Aktiengesellschaft selbst Partei wäre (OR 645 I). Sie haften für die Erfüllung ihrer Verpflichtungen persönlich und solidarisch (nach den Regeln der einfachen Gesellschaft) für das Erfüllungsinteresse ihres Vertragspartners. Scheitert die Gründung der Gesellschaft, können die Handelnden allenfalls nach den allgemeinen Irrtumsregeln, unter **Haftung nach OR 26**, vom Vertrag zurücktreten, sofern der Vertrag nicht bereits unter der Bedingung der Gründung der Gesellschaft geschlossen wurde. **Auch wenn die Gründung der Gesellschaft vollzogen ist, bleiben zunächst die Handelnden aus vor der Gründung eingegangenen Rechtsgeschäften berechtigt**

**und verpflichtet.** Allein für den Fall, dass diese Verpflichtungen unter Hinweis auf die erst bevorstehende Gründung eingegangen worden sind, sieht das Gesetz in OR 645 II die Übernahme der Verpflichtungen durch die Gesellschaft und damit die Befreiung der Handelnden auch ohne Zustimmung des Vertragspartners vor (soweit die Übernahme innerhalb von drei Monaten nach der Eintragung erfolgt). Wurde auf die erst bevorstehende Gründung nicht hingewiesen (oder erfolgt die Übernahme mehr als **drei Monate** nach der Eintragung), ist eine Übernahme der Verpflichtungen durch die Gesellschaft nicht ohne die Zustimmung des Vertragspartners möglich (OR 176 I). Tritt die Gesellschaft nicht in die Rechtsverhältnisse ein, bleiben die Handelnden selbst berechtigt und verpflichtet. **Auf die Übernahme durch die Gesellschaft haben weder die Handelnden noch der Vertragspartner einen Anspruch.** Die Handelnden können eine persönliche Inanspruchnahme ausschalten, indem sie das Geschäft von der Entstehung der Gesellschaft und der Übernahme durch sie abhängig machen (**zwei Bedingungen**). Allenfalls können die Handelnden nach den allgemeinen Irrtumsregeln (OR 23 ff.), unter Haftung nach OR 26, vom Vertrag zurücktreten, sonst haften sie für das Erfüllungsinteresse des Vertragspartners.

**b) Die qualifizierte Gründung**

**i. Die Sacheinlage**

Wenn die Liberierung nicht in bar, sondern mittels Sacheinlage (Einbringung eines andern geldwerten Wirtschaftsgutes: Sache, Immaterialgüterrecht usw.) erfolgt, muss dies in die Statuten aufgenommen werden (OR 628 I). Ausserdem muss ein öffentlich beurkundeter Sacheinlagevertrag und ein Gründungsbericht (OR 635) mit Prüfungsbestätigung eines Revisors (OR 635a) vorliegen (OR 634). Die Gesellschaft muss sofort nach der Gründung über die Sache verfügen können (OR 634 2.). Diese strengen Vorschriften erklären sich aus dem doch grossen **Missbrauchspotential**.

**ii. Die Sachübernahme**

Die Sachübernahme ist (im Gegensatz zur Sacheinlage) keine Liberierung. Die Liberierung erfolgt in bar, doch wird im Rahmen der Gründung ein geldwertes Wirtschaftsgut von einem Aktionär oder einem Dritten durch die Aktiengesellschaft gekauft (oder zu kaufen beabsichtigt). Dies bedarf ebenfalls der Aufnahmen in die Statuten (OR 628 II). Ebenso ist über Art und Zustand und die Angemessenheit der Bewertung der Sache ein **Gründungsbericht zu erstellen, der von einem Revisor geprüft wird** (OR 635 f.).

Die „Absicht zur Sachübernahme“ im Zeitpunkt der Gründung ist weit auszulegen, da die Sachübernahme ebenfalls ein grosses Missbrauchspotential in sich birgt. **Die Formvorschriften sollten bereits dann eingehalten werden, wenn im Zeitpunkt der Gründung zwar nicht schon die konkrete Absicht besteht, sich die Möglichkeit einer Sachübernahme aber bereits abzeichnet** (also keine plötzliche „Erleuchtung“ drei Tage nach der Gründung). Sonst kann eine Umgehung der Formvorschriften vorliegen und die Gründung ist ungültig. Rechtsverhältnisse, welche vor der Gründung eingegangen wurden und unter die Vorschriften der Sachübernahme fallen, können nicht nach OR 645 II von der Gesellschaft übernommen werden, da sonst die Formvorschriften verletzt würden. Es empfiehlt sich deshalb, für solche Geschäfte bereits die entsprechende Form einzuhalten, was für die Handelnden zudem den Vorteil hat, dass diese damit automatisch mit der Gründung durch die Gesellschaft übernommen sind.

### iii. **Besondere Vorteile**

Werden bei der Gründung zugunsten der Gründer (was die Regel ist) oder Dritter bestimmte Vorteile eingeräumt, sind die Begünstigten namentlich in den Statuten aufzuführen und die Vorteile nach Inhalt und Wert genau zu umschreiben (OR 628 III). Solche Gründervorteile widersprechen in Prinzip der gebotenen Gleichbehandlung aller Aktionäre (OR 706 II 3. und 717 II).

### iv. **Liberierung durch Verrechnung**

Die Liberierung durch Verrechnung bedarf ebenfalls der qualifizierten Gründungsform, da nicht in bar liberiert wird (OR 635 2., 652e 2.).

### v. **Gemeinsame Sondervorschriften für die qualifizierte Gründung**

**Formvorschriften:** Dem Errichtungsakt (OR 631 I) sind die Statuten, der Gründungsbericht (OR 635), die Prüfungsbestätigung (OR 635a), die Sacheinlageverträge (OR 634 1.) und allfällige Sachübernahmeverträge in der je geforderten Form beizulegen. Diese Vorschriften gelten analog bei einer Schuldübernahme (im Zusammenhang mit einer Vermögensübernahme [OR 181]) und bei der Verrechnungsliberierung.

**Gründungsbericht:** Der Gründungsbericht gibt Rechenschaft über die Art, Zustand und Bewertung von Sacheinlagen oder -übernahmen, über die Verrechenbarkeit der Schulden und über Begründung und Angemessenheit von besonderen Vorteilen (OR 635).

**Gründungsprüfung:** Der Gründungsbericht ist von einem Revisor zu überprüfen (OR 635a). Die Prüfung umfasst allerdings nicht die materielle Richtigkeit des Berichts (keine zweite Bewertung), sondern es ist nur dessen Plausibilität zu prüfen. Der Revisionsbericht muss den Bericht ohne Vorbehalte gutheissen, sonst ist die Gründung nichtig. Der Revisor haftet wie die übrigen an der Gründung Teilnehmenden (OR 753)

**Publizität:** Sacheinlage, Sachübernahme, Verrechnung und besondere Vorteile sind ins Handelsregister einzutragen (OR 641 6.). Durch die Öffentlichkeit des Handelsregisters (OR 930 und HRegV 9) und die Veröffentlichung dieses Eintrages im SHAB (OR 931 und HRegV 113 ff.) ist diesbezüglich eine umfassende Publizität gewährleistet.

## c) ***Eintragung ins Handelsregister***

### i. **Allgemeines**

Die Eintragung hat konstitutive Wirkung (OR 643 I), die Gründung ist – zum Schutze Dritter – sogar dann wirksam, wenn Gründungsvoraussetzungen fehlen (OR 643 II).

Die Wirksamkeit gegenüber Dritten beginnt am ersten Arbeitstag nach der Veröffentlichung im SHAB (OR 932 II); Statutenänderungen werden auch Dritten gegenüber am Tage der Eintragung wirksam (OR 647).

## ii. Bedeutung des Registereintrags

Mit der Eintragung beginnt gleichzeitig der Firmenschutz (OR 946 i.V.m. 951), es werden die gesperrten Einlagen frei (OR 633 II) und die Frist von drei Monaten für die Übernahme von vor der Eintragung eingegangenen Verpflichtungen beginnt zu laufen (OR 645 II). Aktien die vor der Eintragung ausgegeben wurden, sind nichtig (OR 644).

Die **Anmeldung** hat am Sitzort (bzw. im Handelsregisterkreis, dem die politische Gemeinde des Sitzes zugehört) der Gesellschaft durch den Verwaltungsrat zu erfolgen (OR 640). Die Verwaltungsräte können vertreten werden, sie müssen ihre Unterschrift aber notariell beglaubigen lassen.

Es erfolgt eine strenge formelle Prüfung durch den Handelsregisterführer; eine Zurückweisung wegen materiellen Mängeln ist nur bei Offensichtlichkeit möglich. Zum Inhalt des Eintrages vgl. OR 641. **Zweigniederlassungen** können ebenfalls eingetragen werden. Der Eintrag muss jedoch stets mit Bezug auf den Hauptsitz erfolgen (OR 642, 782, 837, 935).

### d) *Statutenänderungen*

Für die Änderung der Statuten ist die Generalversammlung der Aktionäre zuständig (OR 698 II 1.). Sie fasst ihre Beschlüsse grundsätzlich mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Stimmen (OR 703). In besonderen Fällen müssen die Beschlüsse mit mindestens **zwei Dritteln** der vertretenen Stimmen und der absoluten Mehrheit des vertretenen Kapitals gefasst werden (OR 704 I, sog. Doppelhürde). **Höhere Quoren können beschlossen werden**, bedürfen aber der Aufnahme in die Statuten und müssen mit demjenigen Quorum gefasst werden, dass beschlossen werden soll (OR 704 II).

In Ausnahmefällen kann auch der Verwaltungsrat eine Statutenänderung vornehmen, es handelt sich dabei jedoch um blosse Vollzugsanpassungen, die von der Generalversammlung bereits früher beschlossen sind: bei der Auflöberierung (OR 634a I) und der Kapitalerhöhung (OR 652g). Statutenänderungen müssen **öffentlich beurkundet** werden (OR 647 I). Die Änderung von Statuten tritt auch gegenüber Dritten mit Eintrag ins Handelsregister (und **nicht erst mit Veröffentlichung im SHAB**) **in Kraft** (OR 647 III).

Widerrechtliche oder gegen die Statuten verstossende Beschlüsse der Generalversammlung können angefochten werden (OR 706). Sie werden aber gültig, wenn innerhalb zweier Monate nach der Generalversammlung keine Anfechtung erfolgt (OR 706a I). Nichtig, d.h. auch ohne Anfechtung ungültig, sind die in OR 706b aufgeführten Beschlüsse.

## 3.6.3. Aktienkapital, Kapitalerhöhung und -herabsetzung

### a) *Das Aktienkapital*

Das Aktienkapital ist das minimalste Haftungssubstrat der Aktiengesellschaft (OR 621). Mindestens Fr. 50'000.- müssen liberiert sein (OR 632 II).

## *b) Die Aktien*

### **i. Der Nennwert**

Das Aktienkapital kann in Aktien zerlegt werden, deren Nennwert mind. 1 Rappen betragen muss (OR 622).

### **ii. Die Arten von Aktien**

**Inhaberaktien:** Inhaberaktien sind Inhaberpapiere, sie müssen vollständig liberiert werden (OR 622 I i.V.m. 683). Ihre Übertragung erfolgt durch Tradition.

**Namenaktien:** Namenaktien sind anders als es der Name vermuten lassen könnte, Ordrepapiere. Sie werden durch Indossament übertragen und unterliegen z.T. gesetzlichen (OR 685) und statutarischen (OR 685a ff.) Übertragungsbeschränkungen (Vinkulierung).

**Unverbriefte Namenaktien:** Die grossen Publikumsgesellschaften kennen heute kaum mehr Aktien in physischer Form, sie existieren nur noch als elektronische Buchungen bei der Bank des Aktionärs und bei der SEGA. Rechtlich handelt es sich um Aktien mit aufgeschobenem Titeldruck, d.h. de iure könnte eine Aktie in physischer Form verlangt werden (was aber niemals getan wird). Die Übertragung der Aktionärsrechte erfolgt mittels Zession (OR 164 ff.). Das Formerfordernis der Schriftlichkeit (OR 165 I) wird erfüllt, indem der Aktionär jeweils schon nach dem Kauf gegenüber seiner Bank eine Blankozession ausstellt, die von dieser im Falle des Verkaufs nur noch mit dem Namen des Käufers vervollständigt werden muss.

**Vinkulierte Namenaktien:** Die Übertragbarkeit von Namenaktien kann von Gesetzes oder von Statuten wegen beschränkt sein (OR 685 ff.). Durch das Aktienrecht, welches grundsätzlich dem Prinzip der Einheitlichkeit der Aktiengesellschaften folgt, d.h. alle, von der grössten bis zu kleinsten, gleich behandeln will, verläuft hier ein bedeutender Riss: das Recht stellt für börsenkotierte Gross-AGs andere Regeln auf als für Klein-AGs.

**Stimmrechtsaktien:** Auf jede Aktien fällt eine Stimme (one share, one vote, Grundsatz des Aktienrechts). Die Aktiengesellschaft kann aber Aktien mit verschiedenen Nennwerten einführen, sodass mit dem gleichen Kapitaleinsatz u.U. mehr Aktien, d.h. Stimmrechte erworben werden können. Die Aktien mit dem kleineren Nennwert, d.h. diejenigen, die im Verhältnis zum Nennwert mehr Stimmkraft haben, nennt man **Stimmrechtsaktien**; sie sind **zwingend Namenaktien** (OR 693). Die höhere **Stimmkraft ist nicht in jedem Fall ausübbar**: in besonderen Fällen gilt stets die Stimmkraft nach dem Gesamtnennwert der Aktien die ein Aktionär besitzt und nicht nach der Zahl seiner Aktien (OR 693 III). Ebenfalls eingeschränkt sind die Stimmrechtsaktien im Fall der sog. Doppelhürde bei der Beschlussfassung (OR 704). Ausserdem haben alle Kategorien von Aktien Anrecht auf mindestens einen Sitz im Verwaltungsrat (OR 709). Die Aktien ohne Stimmrechtsvorteil, d.h. die „normalen“ Aktien heissen Stammaktien.

**Vorzugsaktien:** Bestimmten Aktien können bei der Gründung oder durch Statutenänderung besondere, ausschliesslich finanzielle Vorteile eingeräumt werden (OR 654 f.). Für die diesbezügliche Statutenänderung genügt das absolute Mehr (OR 703 i.V.m. 704 e contrario).

**"Gratisaktien"**: Die Gesellschaft kann eine Kapitalerhöhung aus eigenen Mitteln finanzieren und die Aktien „gratis“ proportional an die Aktionäre abgeben (OR 652d). Die Aktiengesellschaft kann dies z.B. tun, wenn sie liquide Mittel benötigt, sie braucht dann keine solchen an die Aktionäre als Dividende auszuschütten. Für die Aktionäre sind diese Aktien allerdings **nur fast „gratis“**, denn sie werden zum vollen Wert als Einkommen versteuert.

**Vorratsaktien**: Der Begriff der Vorratsaktie stammt aus der Zeit des alten Aktienrechts, als nur die ordentliche Kapitalerhöhung möglich war. Brauchte man zwar Geld, welches man sich über eine Kapitalerhöhung beschaffen wollte, wusste aber den genauen Zeitpunkt des Bedarfs noch nicht, liess man durch die Generalversammlung eine Kapitalerhöhung genehmigen und führte sie anschliessend aus eigenen Mitteln durch. Die Aktien legte man weg, um sie im richtigen Zeitpunkt verkaufen zu können. Dies bedeutete eine enorme Kapitalbindung, was wirtschaftlich gesehen ziemlicher Blödsinn ist. Heute kennt das Aktienrecht neben der ordentlichen, die genehmigte und die bedingte Kapitalerhöhung, welche die Vorratsaktie überflüssig gemacht haben.

**Interimsschein (Promesse)**: Früher diente der Interimsschein dem Aktionär als Zeichnungsbestätigung in der Zeit zwischen Aktienzeichnung und Titelausgabe. Auch der Interimsschein gehört, weil die Titel gar nicht mehr gedruckt werden, der Vergangenheit an.

**Aktienzertifikat**: Für eine grosse Anzahl von Aktien (ein Aktienpaket) wurde früher aus Gründen der Praktikabilität ein sog. Zertifikat ausgestellt, d.h. eine Bestätigung über eine bestimmte Anzahl von Aktien. (Die Leute hätten sonst mit dem Handkarren bei der Börse vorfahren müssen.) Bei kleineren Gesellschaften mit nur wenigen Aktionären ist dies auch heute noch üblich. Solche Zertifikate können für alle Aktienarten erstellt werden, und es sind mit ihnen erhebliche Erleichterungen im Rechtsverkehr zu erzielen. (Bei der Übertragung eines Zertifikats über Namenaktien braucht z.B. nur ein einziges Indossament unterschrieben zu werden.) Aktienzertifikate stehen rechtlich den entsprechenden Einzeltiteln gleich.

### c) *Partizipationsscheine*

#### i. **Begriff**

Partizipationsscheine sind Beteiligungen an einer Aktiengesellschaft ohne Stimmrecht (OR 656a I; sog. „stimmrechtslose Aktien“). Die Partizipationsscheine sind allerdings etwas „ausser Mode“ gekommen, weil sie im Zuge der Aktienrechtsrevision ziemlich stark reglementiert („zu Tode reglementiert“) worden sind.

Auf die Partizipationsscheine sind die Bestimmungen über das Aktienkapital, die Aktie und den Aktionär anzuwenden, soweit keine Sondernorm etwas anderes regelt (OR 656a II).

#### ii. **Das Partizipationskapital**

Eine Aktiengesellschaft kann neben dem Aktienkapital ein Partizipationskapital besitzen, das ebenfalls aus einzelnen Anteilen besteht (OR 656a I). Ein Mindestkapital ist bei den Partizipationsscheinen nicht erforderlich, da immer auch ein dem Gesetz entsprechendes Aktienkapital vorhanden sein muss.

Für den Erwerb eigener Aktien (OR 659 ff.), für die Reserven (OR 671 ff.), bei der Einleitung einer Sonderprüfung gegen den Willen der Generalversammlung (OR 697b) und bezüglich eines Kapitalverlustes oder einer Überschuldung (OR 725) ist das Partizipationskapital dem Aktienkapital zuzurechnen (OR 656b).

### iii. Die Rechtsstellung der Partizipanten

Die **Mitwirkungsrechte**: Die Partizipanten haben **kein Stimmrecht** (und es ist nicht erlaubt, ihnen ein solches statutarisch zuzugestehen). **Die übrigen Mitwirkungsrechte können ihnen statutarisch eingeräumt werden** (OR 656c I, II). Falls ihnen diese Rechte nicht eingeräumt werden, haben die Partizipanten das gesetzliche Recht, ein Begehren um Auskunft, Einsicht oder Einleitung einer Sonderprüfung schriftlich zuhanden der Generalversammlung einzureichen (OR 656c III).

Die Statuten **können den Partizipanten den Anspruch auf einen Vertreter im Verwaltungsrat einräumen** (OR 656e): in diesem Fall wird ein Partizipant von der Partizipantenversammlung zum Kandidaten gewählt, der aber anschliessend auch noch von der Generalversammlung zum Verwaltungsrat gewählt werden muss. Bei der Wahl muss der Kandidat nicht Aktionär der Gesellschaft sein: **der Aktienbesitz ist nicht Wählbarkeits-, aber Antrittsvoraussetzung** (OR 707 I, II). Nach seiner Wahl wird der Partizipant demnach eine Aktie kaufen müssen (möglich ist natürlich die fiduziarische Übereignung einer Aktie für die Dauer des Amtes).

Eigenständige Rechte der Partizipanten sind: das Recht auf Bekanntgabe der Einberufung der Generalversammlung und der zugehörigen Traktandenliste und Anträge (OR 656d I), das Recht auf schriftliche Anträge zuhanden der Generalversammlung bezüglich Auskunft, Einsicht und Sonderprüfung (OR 656c III) sowie das Einsichtsrecht in die Beschlüsse der Generalversammlung (OR 656d II).

Die **Vermögensrechte**: Die Partizipanten dürfen vermögensrechtlich nicht schlechter gestellt werden als die am schlechtesten gestellten Aktionäre (OR 656f II). Soll die Stellung der Partizipanten verschlechtert werden, kann dies nur geschehen, wenn gleichzeitig die Stellung der ihnen gleichgestellten Aktionäre ebenfalls verschlechtert wird (OR 656f III). Dies bedarf, wenn die Statuten nichts anderes bestimmen, der Zustimmung der Partizipantenversammlung (OR 656f IV).

Wird neues Aktienkapital geschaffen, haben die Partizipanten ebenfalls ein **Bezugsrecht** (OR 656f I), ebenso die Aktionäre bei der Schaffung neuen Partizipationskapitals (OR 656g I). Werden beide Kapitalarten gleichzeitig, aber nicht im gleichen Verhältnis erhöht, ist darauf zu achten, dass die Aktionäre und die Partizipanten nachher im gleichen Verhältnis wie vorher am Gesamtkapital der Gesellschaft beteiligt sind (OR 656g III).

### d) *Genussscheine*

Genussscheine (OR 657) sind weder Aktien noch Partizipationsscheine: sie besitzen keinen Nennwert, und ihre Ausgabe erfolgt nicht gegen eine Einlage. Sie können zu einem Anteil am Bilanzgewinn, am Liquidationsanteil oder zu einem Bezugsrecht berechtigen (OR 657 II). Ausgegeben werden Genussscheine meist im Zusammenhang mit Sanierungen, um den Aktionären eine gewisse Abfindung für die von ihnen zu tragenden Kapitalverluste zu geben.

e) *Der Erwerb eigener Aktien*

Beim Erwerb eigener Aktien bindet die Aktiengesellschaft betriebsnotwendige Mittel durch eine Beteiligung an sich selbst. Sie wird damit abhängig vom Kurs der eigenen Aktien (wenn der Kurs fällt, verringern sich die Aktiven der Gesellschaft!). Das neue Aktienrecht lässt den Kauf eigener Aktien nur sehr beschränkt zu (OR 659 ff.):

- Es dürfen höchstens 10% eigener Aktien im Besitz der Aktiengesellschaft sein (ausnahmsweise 20%: OR 659 II i.V.m. 685b I, gemäss h.L. ist dies bloss eine Ordnungsvorschrift; dies bedeutet, dass das Halten von mehr als 20% der Aktien zulässig sein muss, wenn die anderen Vorschriften eingehalten werden können [für ein rechtliches Vorgehen dagegen **fehlt es am Rechtsschutzinteresse**]);
- die **Finanzierung** des Kaufs darf weder aus Aktienkapital, noch aus Partizipationskapital oder aus gesetzlichen oder statutarischen Reserven erfolgen;
- die Gesellschaft muss gleichzeitig in der Höhe des Kaufpreises eine **Reserve** bilden (OR 659a II);
- und im Anhang des Jahresberichts müssen über den Kauf eigener Aktien Angaben über Erwerb, Veräusserung und Anzahl publiziert werden (OR 663b 10.).

**Das gleiche gilt, wenn eine abhängige Gesellschaft Aktien ihrer herrschenden Gesellschaft kauft (OR 659b I, II); die Reserven sind nicht bei der abhängigen, sondern bei der herrschenden Gesellschaft zu bilden (OR 659b III).**

Zusätzlich von Bedeutung ist in der Praxis die Frage der Gleichbehandlung der Aktionäre: es fällt auf, wenn die Gesellschaft z.B. nur Aktien des Hauptaktionärs kauft. Als Sanktion gegen die Verletzung der Einschränkung des Kaufs eigener Aktien steht den Aktionären die **Verantwortlichkeitsklage** (OR 754) gegen den Verwaltungsrat auf Schadenersatz zur Verfügung, was aber insofern problematisch ist, als selten ein Schaden wird nachgewiesen werden können. Daneben erlaubt die **Sonderprüfung** (OR 697b II) zumindest die Feststellung und die Publikation der Übertretung. Was den **zivilrechtlichen Vertrag** zwischen der Gesellschaft und dem veräussernden Aktionär angeht, kann dieser wohl **nicht als ungültig im Sinne von OR 20** angesehen werden, denn es wird dem Verkäufer kaum zuzumuten sein, zuerst zu prüfen, ob die Gesellschaft über genügend Eigenmittel für den Kauf verfügt, oder ob sie schon eigene Aktien besitzt, sodass der Vertrag zumindest mit dem gutgläubigen Veräusserer gültig sein dürfte.

f) *Beschränkungen der Übertragbarkeit bei Namenaktien*

i. **Allgemeines**

Bezüglich der Vinkulierung von Aktien ist einleitend Folgendes festzuhalten: Inhaberaktien sind nie vinkuliert; Namenaktien sind in der Regel auch nicht vinkuliert. Nur ausnahmsweise sind Namenaktien entweder durch Gesetz oder durch Statuten in ihrer Übertragbarkeit beschränkt.



Die gesetzliche Vinkulierung (OR 685) betrifft die Übertragbarkeit der Aktien überhaupt, d.h. über sie kann nicht verfügt werden. Die statutarische Vinkulierung betrifft bei börsenkotierten Namenaktien nur die Ausübung des Stimmrechts und anderer mit dem Stimmrecht verknüpfter Rechte: die Aktien sind im Übrigen ohne Einschränkung übertragbar. Nur bei nicht börsenkotierten Namenaktien verhindert die statutarische Vinkulierung auch die Verfügung über die Aktien.

## ii. Gesetzliche Vinkulierung (OR 685)

Die gesetzliche Übertragungsbeschränkung betrifft nur die nicht voll liberierten Namenaktien: Die Aktiengesellschaft kann die rechtsgeschäftliche Übertragung der Aktien verweigern; aber nur wenn ihr die Zahlungsfähigkeit des Erwerbers zweifelhaft erscheint und er von ihr geforderte Sicherheitsleistungen nicht erbringt (OR 685 II). Die gesetzliche Vinkulierung besteht nicht bei erb- und eherechtlichem Übergang und bei der Zwangsvollstreckung (OR 685 I).

## iii. Statutarische Vinkulierung börsenkotierter Namenaktien

Als börsenkotiert gelten Aktien, die an einer Börse regelmässig gehandelt werden. Der statutarischen Vinkulierung sind durch das Gesetz enge Grenzen gesetzt, da diese Aktien möglichst frei gehandelt werden sollen: Vor allem geht es nur um die Beschränkung der Ausübung des Stimmrechts und von mit dem Stimmrecht verbundenen Rechten.

Der Eintritt in die übrige Rechtsstellung als Aktionär (insbes. in die Vermögensrechte) ist nicht beschränkbar. Wiederum gilt, dass keine Vinkulierung möglich ist bei erb- und eherechtlichem Übergang und bei der Zwangsvollstreckung (OR 685d III).

### Beschränkung der Übertragbarkeit:

- bei prozentmässiger Beschränkung des Stimmrechts (**Prozenthürde**: z.B. 5%) ist die Gesellschaft nicht verpflichtet, einen Aktionär für mehr als 5% als stimmberechtigt in das Aktienbuch einzutragen, auch wenn er mehr als 5% der Anteile an der Gesellschaft besitzt (OR 685d I; über die 5% hinaus Eintrag als stimmrechtsloser Aktionär);
- die Gesellschaft kann die Eintragung eines Aktionärs als stimmberechtigt auch verweigern, wenn dieser **keine Auskunft über die „wahren“ Eigentumsverhältnisse** bzw. die wahre wirtschaftliche Berechtigung an den Aktien geben will, oder wenn er diesbezüglich falsche Angaben macht (OR 685d II: Treuhanderkklärung);
- und schliesslich kann die Gesellschaft die Eintragung eines Aktionärs als stimmberechtigt ins Aktienbuch verweigern, **wenn dessen Anerkennung als stimmberechtigter Aktionär die Gesellschaft daran hindern könnte, „eine schweizerisch beherrschte Aktiengesellschaft zu sein“**, was insbesondere bezüglich der „Lex Friedrich“ (BewG 6) oder des Bankengesetzes (BankG 3ter) von Bedeutung sein kann.

Bei einem Verstoß gegen die statutarische Beschränkung gemäss OR 685d II oder Art. 4 SchIBest. wird die Eintragung im Aktienbuch gestrichen (OR 686a). Der Aktionär kann aber den Gegenbeweis seiner Berechtigung antreten. Lehnt die Gesellschaft das Gesuch

eines Aktionärs um Eintragung als stimmberechtigt nicht innert 20 Tagen ab, ist er als stimmberechtigter Aktionär anerkannt (OR 685g). Dem Aktionär steht die Möglichkeit der Klage auf Eintragung und Schadenersatz zu (OR 685f IV), wobei es sich meist als schwierig erweisen dürfte, einen konkreten Vermögensschaden nachzuweisen.

#### Rechtsübergang:

- **Börsenmässiger Erwerb der Aktien:** Die Veräussererbank teilt die Veräusserung der Aktien der Gesellschaft mit, diese streicht den Veräusserer als Aktionär in ihrem Aktienbuch: damit gehen dessen Rechte als Aktionär unter (OR 685e). Die Rechte gehen mit der Übertragung der Aktien auf den Erwerber über, das Stimmrecht und andere damit verbundene Rechte ruhen jedoch bis zur Eintragung ins Aktienbuch (OR 685f I, II). In allen übrigen Rechten ist der neue Aktionär nicht eingeschränkt (OR 685f II). Auch wenn er nicht stimmberechtigt sein will, wird er sich mit einem Gesuch um Eintrag ins Aktienbuch an die Gesellschaft wenden müssen, damit diese weiss, an wen sie z.B. die Dividenden auszahlen muss. Aktien, von denen die Gesellschaft nicht weiss, wem sie gehören (weil der Veräusserer im Aktienbuch gestrichen worden ist und ein Erwerber sich [noch] nicht gemeldet hat), nennt man Dispo-Aktien. Bei grossen Gesellschaften (z.B. Nestlé) können diese einen Anteil von bis zu einem Drittel ausmachen.
- **Nicht börsenmässiger Erwerb der Aktien:** Der Veräusserer behält alle seine Aktionärsrechte bis zum Zeitpunkt, da der Erwerber bei der Gesellschaft sein Gesuch um Eintragung ins Aktienbuch eingereicht hat (OR 685f I). Die Stimmrechte ruhen wiederum bis zur Anerkennung des Aktionärs als stimmberechtigt (OR 685f II).

#### iv. Statutarische Vinkulierung nicht börsenkotierter Namenaktien

##### Beschränkung der Übertragbarkeit:

- Zunächst kann die Gesellschaft wie schon bei den börsenkotierten Aktien die Eintragung eines Aktionärs verweigern, wenn dieser sich **weigert über die „wahren“ Eigentumsverhältnisse an den Aktien Auskunft zu geben**, oder wenn er diesbezüglich falsche Angaben macht (OR 685b III: Treuhanderklärung);
- im Unterschied zu den an der Börse kotierten Gesellschaften kann die Eintragung eines Aktionärs ins Aktienbuch aus wichtigen, **in den Statuten genannten Gründen** verweigert werden (OR 685b I). Als wichtige Gründe können u.a. Bestimmungen über die Zusammensetzung des Aktionärskreises im Zusammenhang mit dem Zweck oder der wirtschaftlichen Unabhängigkeit des Unternehmens gelten;
- die Eintragung kann **selbst ohne Grund verweigert werden, wenn die Gesellschaft dem Veräusserer (!) der Aktien anbietet, die Aktien auf eigene Rechnung, auf Rechnung anderer Aktionäre oder auf Rechnung Dritter zum wirklichen Wert im Zeitpunkt des Gesuchs zu übernehmen** (OR 685b I). Sind die Aktien durch Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung erworben worden, kann die Gesellschaft das Gesuch um Eintrag ins Aktienbuch nur ablehnen, wenn sie dem Erwerber die Übernahme zum wirklichen Wert der Aktien anbietet; einen andern Grund kann sie nicht geltend machen (OR 685b IV).

## Rechtsübergang:

- **Rechtsgeschäftlicher Erwerb der Aktien:** Bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung von vinkulierten, nicht börsenkotierten Aktien bleiben alle Rechte (d.h. auch die Vermögensrechte usf.) beim Veräusserer (OR 685c I). Trägt die Gesellschaft den „Erwerber“ nicht ein, bleibt der „Veräusserer“ Eigentümer der Aktien; er kann die vertragliche Pflicht zur Übertragung nicht erfüllen (weshalb sich die Zustimmung der Aktiengesellschaft als vertragliche Bedingung empfiehlt).
- **Erb-, ehe- oder zwangsvollstreckungsrechtlicher Erwerb der Aktien:** Beim Erwerb durch Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung gehen das Eigentum und die Vermögensrechte sogleich, die Mitwirkungsrechte erst mit der Zustimmung der Gesellschaft auf den Erwerber über (OR 685c II).

## *g) Erhöhung des Aktienkapitals*

### **i. Ordentliche und genehmigte Kapitalerhöhung**

In der Praxis ist eine Kapitalerhöhung schwierig „auf einen Schlag“ durchzuführen (Aktionäre sind in den Ferien, im Ausland oder tot usf.), weshalb meist ein Bankenkonsortium die gesamte Kapitalerhöhung zeichnet (Festübernahme) und anschliessend die Aktien an die Aktionäre weiter verteilt. Dies entspricht zwar nicht dem Gesetz, wird aber in der Praxis so gemacht.

**Ordentliche Kapitalerhöhung:** Eine ordentliche Kapitalerhöhung wird von der Generalversammlung beschlossen und innerhalb von **drei Monaten** durchgeführt (OR 650 I). Der Beschluss ist öffentlich zu beurkunden und muss die in OR 650 II aufgeführten Punkte umfassen. Die Generalversammlung kann in ihrem Beschluss den Verwaltungsrat ermächtigen, den Ausgabebetrag (Emissionspreis) festzulegen (OR 650 II Ziff. 3). Dies ist meist von Vorteil, da der Verwaltungsrat damit auf die Verhältnisse am Finanzmarkt reagieren und einen optimalen Preis festlegen kann. Wird der Beschluss nicht innert dreier Monate ausgeführt, fällt er dahin (OR 650 III).

**Genehmigte Kapitalerhöhung:** Bei der genehmigten Kapitalerhöhung wird der Verwaltungsrat von der Generalversammlung ermächtigt, eine Kapitalerhöhung (bis zu einer bestimmten Obergrenze, nicht höher als 50% des bestehenden Aktienkapitals) jederzeit vorzunehmen (OR 651). Diese Möglichkeit entbindet die Gesellschaft davon, sich Vorratsaktien anlegen zu müssen.

- Die Ermächtigung gilt während zweier Jahre und die Obergrenze darf die Hälfte des bestehenden Aktienkapitals nicht übersteigen (OR 651 I und II);
- die Aktienzeichnung folgt den allgemeinen Regeln (OR 652 I i.V.m. 630)
- werden die Aktien öffentlich zur Zeichnung angeboten, muss ein Emissionsprospekt mit bestimmten Angaben ausgegeben werden (OR 652a);
- die Leistung der Einlagen richtet sich nach den Bestimmungen der Gründung (OR 652c i.V.m. 632 ff. );

- die Kapitalerhöhung kann auch durch Umwandlung frei verfügbaren Eigenkapitals vorgenommen werden (Gratisaktien [OR 652d]);
- der Verwaltungsrat muss zwingend einen schriftlichen Rechenschaftsbericht über die Kapitalerhöhung geben (OR 652e);
- der Kapitalerhöhungsbericht ist von der Revisionsstelle zu prüfen und zu bestätigen; die Prüfungspflicht besteht nicht, wenn die Einlage in Geld erfolgt, das neue Kapital nicht zu einer Sachübernahme verwendet wird und die Bezugsrechte nicht eingeschränkt werden (OR 652f).

Ist die Kapitalerhöhung vollzogen und liegen die nötigen Berichte vor, dann ändert der Verwaltungsrat die Statuten und trägt die Änderungen in das Handelsregister ein (OR 652g f.). Vor der Eintragung ausgegebene Aktien sind nichtig (OR 652h III).

## ii. Bedingte Kapitalerhöhung

Die bedingte Kapitalerhöhung ist „massgeschneidert“ für den Fall, dass die Gesellschaft Wandel- oder Optionsanleihen oder Optionen für Mitarbeiteraktien ausgeben will.

**Wandelanleihen** sind Obligationen (OR 1156 ff.), welche das Recht beinhalten, sie am Ende ihrer Laufzeit (oder unter anderen Bedingungen) in Aktien der Gesellschaft umzuwandeln. **Optionsanleihen** sind Obligationen (OR 1156 ff.), welche das Recht (Option) beinhalten, am Ende der Laufzeit (oder unter anderen Bedingungen) eine Aktie der Gesellschaft zu einem bestimmten Preis zu erwerben.

Die Gesellschaft muss nicht auf Vorrat Aktien schaffen. (Im Konzern kann die abhängige Gesellschaft z.B. auch Optionen für die Aktien der herrschenden Gesellschaft ausgeben.) In solchen Fällen ist die Kapitalerhöhung durch die Ausübung der Optionen bedingt, was nicht auf einen Schlag, sondern „tropfenweise“ geschehen wird, d.h. es steht nicht im Voraus fest, um welchen Betrag das Kapital am Ende effektiv erhöht sein wird.

- Die Aktien müssen immer voll liberiert werden (OR 653a II);
- das bedingte Kapital darf nicht mehr als die Hälfte des bestehenden Aktienkapitals betragen (OR 653a );
- eine allfällige Vinkulierung muss, wenn sie gelten soll, bereits im Emissionsprospekt der Anleihen aufgeführt sein (OR 653d I);
- die Wandel- oder Optionsrechte dürfen nur „verwässert“ werden, wenn die Gesellschaft dafür einen entsprechenden Ausgleich bietet, oder wenn die Aktionäre gleichermaßen betroffen sind (OR 653d II).

Die Wandel- oder Optionsrechte werden durch schriftliche Erklärung ausgeübt; sobald der Ausübende seine Einlage bei einer Bank vollständig getätigt hat, entstehen die Aktionärsrechte (OR 653e).

Die Gesellschaft lässt die bedingte Kapitalerhöhung jährlich durch einen besonders befähigten Revisor (OR 727b) prüfen (OR 653f). Anschliessend passt der Verwaltungsrat die Statuten entsprechend an (OR 653g). Die Erhöhung ist im Geschäftsbericht aufzuführen (OR 663d II).

### iii. Die Einschränkung des Bezugsrechts

Die Aktionäre sollen bei einer Kapitalerhöhung nicht benachteiligt werden, sie sollen im Verhältnis ihrer bisherigen Beteiligung neue Aktien beziehen können (OR 652b I). Dazu kennt das Aktienrecht materielle und formelle Schutzschranken. Die Einschränkung oder der Entzug solcher Bezugsrechte soll nicht schon in den Statuten generell festgelegt werden können, sondern es bedarf bei jeder Kapitalerhöhung eines neuen Beschlusses.

**Bei der ordentlichen und genehmigten Kapitalerhöhung:** Grundsätzlich hat jeder Aktionär Anspruch auf einen Anteil am neuen Kapital, der seiner bisherigen Beteiligung entspricht (OR 652b I). **Aus wichtigen Gründen kann die Generalversammlung die Bezugsrechte aufheben**, z.B. wegen Unternehmensübernahmen oder Beteiligung der Mitarbeiter (OR 652b II). Es darf aber niemand in unsachlicher Weise benachteiligt oder bevorzugt werden. **Übernahmen** können durch eine Kapitalerhöhung finanziert werden, doch müssen die neu geschaffenen Aktien direkt gegen Aktien des andern Unternehmens getauscht werden (shares for shares); die Schaffung von Übernahmekapital durch eine Kapitalerhöhung und Verkauf der Aktien an der Börse rechtfertigt den Ausschluss von Bezugsrechten nicht. **Formell bedarf der Entzug von Bezugsrechten zudem der Überwindung der sog. Doppelhürde** (OR 704 I Ziff. 6), und der Verwaltungsrat hat in einem Bericht Rechenschaft über die Einhaltung des Beschlusses der Generalversammlung abzulegen (OR 652e Ziff. 4). Statutarische Vinkulierungsbestimmungen gelten nicht, wenn einem Aktionär Bezugsrechte eingeräumt worden sind (OR 652b III). Für die ordentliche Kapitalerhöhung ist eine Delegation des Beschlusses über den Entzug der Bezugsrechte an den Verwaltungsrat nicht erlaubt (OR 650 II 8. e contrario). **Im Fall der genehmigten Kapitalerhöhung muss dies jedoch möglich sein, denn da die Aufhebung der Bezugsrechte jeweils zu begründen ist (OR 652e), und im Moment des Beschlusses der Generalversammlung noch nicht genau bekannt ist, wofür die Kapitalerhöhung verwendet werden wird, erscheint eine Delegation auch des Entscheides über die Aufhebung der Bezugsrechte an den Verwaltungsrat als sinnvoll** (der Entzug von Bezugsrechten fehlt aber in OR 651 III). Die Generalversammlung muss aber immerhin bestimmen, für welche Art der Einschränkung die Delegation an den Verwaltungsrat erfolgt.

**Bei der bedingten Kapitalerhöhung:** Bei der bedingten Kapitalerhöhung ist ein **Ausschluss der Bezugsrechte zwingend, weil die Erhöhung für die Anleiensgläubiger oder die Mitarbeiter reserviert ist**. Den Aktionären ist als Ersatz aber ein Vorwegzeichnungsrecht auf die Anleihen einzuräumen, das nur wegen wichtiger Gründe (auch durch den Verwaltungsrat) entzogen werden darf (OR 653c I, II). Durch den Entzug darf aber niemand in unsachlicher Weise benachteiligt oder bevorzugt werden (OR 653c III). Anders als bei den Bezugsrechten für Aktien, kann die Ausübung des Vorwegzeichnungsrechts wegen einer Beschränkung der Übertragbarkeit von Namenaktien verwehrt werden, sofern dies in den Statuten und im Emissionsprospekt vorbehalten worden ist (OR 653d I).

### *h) Die Kapitalherabsetzung*

#### i. Arten der Kapitalherabsetzung

Eine Kapitalherabsetzung kann sowohl Sinn machen, wenn die Gesellschaft einen Kapitalüberschuss hat, wie auch wenn sie in der Bilanz einen Verlust ausweist.

**Kapitalüberschuss:** Der Abbau von Kapital wird hier meist zur Verschlinkung der Kapitalstruktur verwendet: je geringer das Eigen-, bzw. das Aktienkapital ist, desto grösser ist die Eigen-, bzw. Aktienkapitalrendite (RoE: Return on Equity) und die übrigen Kennzahlen des Unternehmens, was sich auch auf den Börsenkurs positiv auswirken kann (Gefahr von Missbräuchen!).

**Sanierungsfall:** Im Gegensatz dazu dient die Kapitalherabsetzung im Falle eines Verlustes der Beseitigung desselben durch Kapitalvernichtung, d.h. auf Kosten der Aktionäre: die „Schulden“ ihnen gegenüber werden kleiner, ohne dass sie einen Gegenwert erhalten.

## ii. Formen der Kapitalherabsetzung

**Herabsetzung des Nennwertes** (sog. „Herabstempeln“ der Aktien): Der Nennwert einer Aktien kann im Sanierungsfall sogar unter 1 Rappen gesenkt werden, d.h. sogar bis auf 0.- Fr., sofern andere Kategorien von Aktien vorhanden sind, die weiterhin ein Kapital von 100'000.- Fr. ausmachen (OR 622 IV i.V.m. 621). Zu beachten ist aber immer das Gleichbehandlungsgebot; es müssen immer wichtige Gründe vorliegen, die eine ungleiche Behandlung verschiedener Kategorien von Aktionären rechtfertigen.

**Reduktion der Anzahl Aktien:** Bei der Reduktion der Anzahl Aktien bietet die Gesellschaft den Aktionären an, ihnen ihre Aktien zu einem bestimmten Preis abzukaufen, um sie anschliessend zu vernichten. Wiederum sind die Aktionäre gleich zu behandeln, d.h. die Einladung zur Einlieferung hat an alle Aktionäre zu ergehen, und die Abnahme muss proportional zur jeweiligen Beteiligung erfolgen. Die Aktionäre sind im Übrigen nicht verpflichtet, ihre Aktien der Gesellschaft zu verkaufen (OR 680 I). Die Einschränkung des Erwerbs eigener Aktien (OR 659) gilt nach h.L für den Fall der Kapitalherabsetzung nicht (vgl. letzten Satz von OR 659 II). Allerdings müssen die Aktien allein zu diesem Zweck gekauft und tatsächlich vernichtet werden. Ebenfalls gilt in diesem Fall nicht, dass der Kauf eigener Aktien aus eigenen Mitteln zu geschehen hätte.

## iii. Das Verfahren der Kapitalherabsetzung

Zum Verfahren vgl. die OR 732 ff.: zu beachten ist insbesondere die dreimalige Aufforderung an die Gläubiger (OR 733). Es erfolgt zuerst der Beschluss, danach die Statutenänderung und zuletzt die Bestätigung des Revisionsberichts, dass die Forderungen der Gläubiger gedeckt sind.

### 3.6.4. Die Organe der Aktiengesellschaft

#### a) *Die Generalversammlung (OR 698–706)*

##### i. Allgemeines

An der Generalversammlung sind die „Eigentümer“ der Gesellschaft, die Aktionäre unter sich (allenfalls kann den Partizipanten ein Besuchsrecht eingeräumt werden [OR 656c I, II]). Den Aktionär trifft gegenüber der Gesellschaft keine Treuepflicht, er kann ganz in seinem eigenen Interesse stimmen.

## ii. Die Stellung der Generalversammlung in der AG

Die Generalversammlung ist das oberste Organ der Aktiengesellschaft (OR 698 I), sie hat **unübertragbare Kompetenzen**, insbesondere die Kompetenz, die Statuten zu genehmigen, den Zweck der Gesellschaft zu bestimmen, über die finanziellen Mittel zu entscheiden und den Verwaltungsrat und die Revisionsstelle zu wählen bzw. abzuwählen; doch hat **auch der Verwaltungsrat unübertragbare und unentziehbare Kompetenzen** (OR 716a) **und zudem die sog. Subsidiärkompetenz**, d.h. ihm fallen alle Aufgaben zu, die nicht durch das Gesetz oder die Statuten einem andern Organ übertragen sind (OR 716 I, Paritätsprinzip).

## iii. Einberufung und Traktandierung

Die Einberufung der Generalversammlung: Die Generalversammlung **wird primär vom Verwaltungsrat einberufen**; will oder kann er nicht, ist es auch der Revisionsstelle möglich die Einberufung vorzunehmen (OR 699 I). In Sonderfällen können auch die Liquidatoren oder die Anleiensgläubiger die Generalversammlung einberufen.

Das Recht auf Einberufung einer Generalversammlung: Neben der ordentlichen Generalversammlung, die einberufen und abgehalten werden muss (OR 699 II), können jederzeit ausserordentliche Versammlungen verlangt werden: von Aktionären, sofern sie mindestens **10% des Aktienkapitals** vertreten (OR 699 III). Das Recht, eine Generalversammlung einzuberufen, beinhaltet logischerweise auch das Traktandierungsrecht (es wäre kaum sinnvoll, eine Versammlung einzuberufen und dann über nichts zu schweigen oder zu reden).

Wer **über eine Million Franken Aktienkapital** vertritt, kann zuhanden der Generalversammlung die Traktandierung von Verhandlungsgegenständen verlangen (OR 699 III). Falls diese Million nicht 10% des Aktienkapitals ausmacht, beschränkt sich das Traktandierungsrecht auf die ordentlichen oder sonstwie einberufenen Generalversammlungen. Falls der Verwaltungsrat die Generalversammlung aufgrund des Einberufungsrechts der Aktionäre nicht einberufen will, kann der Richter diese anordnen (OR 699 IV). Die Partizipanten sind über die Generalversammlungen und ihre Beschlüsse zu informieren (OR 656d).

Zeitpunkt der Generalversammlung: Neben der ordentlichen GV, die innerhalb der ersten sechs Monate nach dem Ablauf des Geschäftsjahres (meist in Übereinstimmung mit dem Kalenderjahr) abgehalten werden muss, können jederzeit ausserordentliche Generalversammlungen abgehalten werden (OR 699 II).

**Formelle Vorschriften:** Die Generalversammlung ist spätestens 20 Tage vor dem Versammlungstag einzuberufen (OR 700 I). In der Einberufung sind die Verhandlungsgegenstände und Anträge von Verwaltungsrat und Aktionären bekannt zugeben (OR 700 II). Die Zustellung des Geschäftsberichtes und anderer Unterlagen, wie es der Praxis entspricht, wäre an sich nicht erforderlich: die Auflage zur Einsicht am Geschäftssitz mindestens 20 Tage vor der Generalversammlung würde ausreichen (OR 696 I). Nicht angekündigte Anträge im Rahmen traktandierter Verhandlungsgegenstände an der Generalversammlung sind möglich. **Anträge ausserhalb bekannt gegebener Verhandlungsgegenstände sind, mit Ausnahme des Antrags auf Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung und des Antrags auf Durchführung einer Sonderprüfung, unzulässig** (OR 700 III).

#### iv. Die Universalversammlung

Die Universalversammlung, d.h. eine Generalversammlung, an der **alle Aktionäre** anwesend sind ist von allen Formvorschriften bezüglich der Einberufung und Abhaltung der Versammlung befreit (OR 701).

#### v. Die Vertretung des Aktionärs

**Allgemeine Grundsätze der Vertretung:** Jeder Aktionär kann sich an der Generalversammlung durch eine beliebige andere Person vertreten lassen (OR 689 II und 689a I). Zwischen dem Aktionär und dem Vertreter besteht ein Auftragsverhältnis (mit Vollmacht zur Vertretung); der Vertreter muss die Weisungen des Aktionärs befolgen (OR 689b I). Wer Inhaberaktien aufgrund einer Verpfändung, Hinterlegung oder Leihe besitzt, darf die Mitwirkungsrechte nur mit schriftlicher Bevollmächtigung des Aktionärs ausüben (OR 689b II).

**Der Organvertreter:** Aktionären, die nicht an der Generalversammlung teilnehmen wollen oder können, kann die Gesellschaft ein Organ als Vertreter vorschlagen, welches mit ihren Stimmen im Sinne des Verwaltungsrates stimmt. In diesem Fall hat die Gesellschaft ihnen zugleich einen (im Sinne von OR 727c) unabhängigen Vertreter vorzuschlagen, welcher von den Aktionären entsprechend beauftragt werden kann, wenn sie sich nicht vom Organvertreter vertreten lassen wollen (OR 689c). Der Organvertreter (bzw. der unabhängige Vertreter) sind reine Stimmrechtsvertreter, sie stellen keine Anträge und geben keine Voten ab an Stelle des Aktionärs.

**Der Depotvertreter:** Unter dem alten Aktienrecht waren die Depotstimmen von grosser Bedeutung, weil die Banken die Depotstimmen in ihrem Interesse abgeben konnten. Dies führte zu einer auffälligen „Überpräsenz“ von Bankvertretern in den Verwaltungsräten schweizerischer Gesellschaften. Das Depotstimmrecht ist heute faktisch bedeutungslos geworden, weil die Depotinhaber nun verpflichtet sind, die Hinterleger um Weisungen anzufragen (OR 689d I). Dies bedeutet für die Banken einen derartigen Aufwand, dass sie das Depotstimmrecht nur noch gegen eine Gebühr wahrnehmen (welche selten ein Aktionär zu zahlen bereit sein wird). Zudem sind die Banken gehalten, im Sinne des Verwaltungsrates zu stimmen (OR 689d II).

**Bekanntgabe der Vertretungsverhältnisse:** Neben diesen Einschränkungen für die Depotvertreter treten Offenlegungspflichten, welche alle institutionellen Stimmrechtsvertreter treffen: Diese müssen Anzahl, Art, Nennwert und Kategorie der von ihnen vertretenen Aktien bekannt geben. Unterbleibt diese Bekanntgabe, sind die Beschlüsse der Generalversammlung anfechtbar (OR 689e I i.V.m. 691). Die Angaben sind der Generalversammlung mitzuteilen. Unterbleibt die Mitteilung, können, wenn zumindest ein Aktionär die Mitteilung verlangt hat, die Beschlüsse der Generalversammlung angefochten werden (OR 689e II).

#### vi. Beschlussfassung und Wahlen

**Allgemeine Beschlüsse:** Die Generalversammlung fasst ihre allgemeinen Beschlüsse und vollzieht die Wahlen, soweit die Statuten nichts anderes bestimmen, mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen (OR 703). **Selbst bei minimaler Präsenz ist die Generalversammlung beschlussfähig.** Beschlussquoren können jedoch in den



Statuten vorgesehen werden. Der Einführung eines solchen Quorums ist allerdings mit Vorsicht zu begegnen, weil ein Präsenzquorum, einmal (mit einfachem Mehr!) beschlossen, oft nur schwer wieder aus den Statuten zu entfernen ist, da zu seiner Abschaffung gerade dieses Präsenzquorum erforderlich sein wird. Die Besuchstreue der Aktionäre wird nämlich immer kleiner, und es ist bei börsenkotierten Gesellschaften mit einer grossen Zahl sogenannter Dispo-Aktien zu rechnen (z.B. bei Nestlé im Durchschnitt ein Drittel aller Aktien). Die Statuten können für den Präsidenten des Verwaltungsrates den **Stichentscheid** vorsehen, wenn sich gleich viele Stimmen gegenüberstehen. Es handelt sich dabei um die einzige Stimme ohne Aktie im Aktienrecht.

**Wichtige Beschlüsse:** Wichtige Beschlüsse müssen mit mindestens zwei Dritteln der vertretenen Stimmen und der Mehrheit der vertretenen Nennwerte gefasst werden (sog. Doppelhürde [OR 704 I]). Dies zur Korrektur der Übermacht von Stimmrechtsaktien, die hier ihr Stimmprivileg verlieren. **Die Statuten können höhere (aber keine niedrigeren) Quoren vorsehen.** Die Einführung höherer Quoren erfolgt oftmals im Zusammenhang eines Abwehrdispositivs gegen Übernahmen (sog. lock up-clauses: zu diesen gehören auch die Schaffung von vinkulierten Namenaktien, eine hohe Amtsdauer des Verwaltungsrates). Um diese Quoren einzuführen (und um sie wieder abzuschaffen [Siegwart-Regel]) bedarf es des vorgesehen höheren Quorums (OR 704 II). Als wichtige Beschlüsse gelten (vgl. OR 704 I): die Zweckänderung der Gesellschaft (z.B. Konzernierung) und die Einführung der Stimmrechtsaktien.

#### vii. **Leitung der Generalversammlung und Protokoll**

**Die Leitung der Generalversammlung:** Es ist nicht speziell geregelt, wem die Leitung der Generalversammlung obliegt, aber aufgrund der OR 716a I 6. und 702 kann geschlossen werden, dass dies der VR ist. **Der Verwaltungsrat hat die Anzahl, Art, Nennwert und Kategorie der vertretenen Aktien festzustellen** (OR 702 I i.V.m. 702 II 1.). Zu Beginn der Generalversammlung kann dies relativ leicht durch Kontrolle der Zutrittskarten geschehen; zu grösseren Problemen können jedoch Stimmen führen, die während der Dauer der Versammlung (zeitweilig) weggehen (z.B. zur Toilette). Bei grossen Gesellschaften werden zu diesem Zweck elektronische Zählsysteme eingesetzt.

**Die Auskunftspflicht des Verwaltungsrats gegenüber den Aktionären:** Der Verwaltungsrat ist an der Generalversammlung gegenüber den Aktionären zur Auskunft verpflichtet (OR 697). Wird die Auskunft verweigert, kann der Richter sie anordnen (siehe auch Sonderprüfung).

**Das Protokoll der Generalversammlung** (OR 702 II): Das Protokoll der Generalversammlung ist im Wesentlichen ein Beschlussprotokoll. Es dient zusätzlich der Beweissicherung, beispielsweise betreffend das Abstimmungsverhalten einzelner Aktionäre (für die Klagen gemäss OR 706 ff. und 754 sowie für 704 III), soweit sie diesbezüglich eine Erklärung zu Protokoll geben.

#### b) ***Der Verwaltungsrat (OR 707–726)***

##### i. **Die Zugehörigkeit zum Verwaltungsrat**

Der Verwaltungsrat besteht aus mindestens einer Person, die von der Generalversammlung zu wählen ist (OR 707 I i.V.m. 698 II 2.). Mitglied des Verwaltungsrats kann **nur**

**eine natürliche Person sein**; an der Gesellschaft beteiligte juristische Personen haben einen Vertreter zu bestimmen, der als Person in den Verwaltungsrat gewählt wird und nicht ausgetauscht werden kann (OR 707 III).

Der Verwaltungsrat muss mehrheitlich aus Schweizerbürgern mit Wohnsitz in der Schweiz bestehen (OR 708 I und III). Dieses Relikt aus Zeiten des Heimatschutzes ist vor allem deshalb beibehalten worden, um den Steuerbehörden (wegen der Haftung für die Verrechnungssteuern) den Zugriff auf die Mitglieder des Verwaltungsrates zu ermöglichen. Die Nationalität ist eine Wählbarkeitsvoraussetzung, soweit mit der Wahl einer bestimmten Person diese Bedingung nicht mehr erfüllt wäre. Sind diese Bedingungen (nachträglich) nicht mehr erfüllt, weil z.B. ein Verwaltungsrat seinen Wohnsitz ins Ausland verlegt, hat der Handelsregisterführer eine Frist zu Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes zu setzen und nach unbenutztem Ablauf der Frist die Gesellschaft aufzulösen (OR 708 IV). Bei Banken muss zusätzlich die Bedingung erfüllt sein, dass die mit der Verwaltung der Bank betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten (BankG 3 II lit. c).

**Jedes Mitglied des Verwaltungsrats muss Aktionär sein** (OR 707 I), welches jedoch keine Wählbarkeits-, sondern blosses Amtsantrittsvoraussetzung ist (OR 707 II). Deshalb können z.B. auch Partizipanten als Verwaltungsratsmitglieder gewählt werden, die aber, bevor sie ihr Amt antreten können, Aktionäre werden müssen (etwa durch Überlassung einer Aktie zu treuen Händen). Inhaberaktien sind auf ein Sperrdepot zu hinterlegen, damit die Aktionärsenschaft stets erhalten bleibt und nachgewiesen werden kann.

**Mindestens ein Mitglied des Verwaltungsrats muss zur Vertretung befugt sein** (OR 718 III), und mindestens eines der zur Vertretung befugten Mitglieder muss in der Schweiz seinen Wohnsitz haben (OR 708 II). Bestehen in Bezug auf das Stimmrecht oder die vermögensrechtlichen Ansprüche verschieden Kategorien von Aktien (die Unterteilung in Namen- und Inhaberaktien allein genügt noch nicht), haben die Statuten jeder Kategorie mindestens einen Vertreter im Verwaltungsrat zu sicher (OR 709 I). Ausserdem können die Statuten andern Minderheiten oder Aktionärsgruppen (z.B. Mitarbeiteraktionären, Minderheitsaktionären) die Vertretung im Verwaltungsrat sichern (OR 709 II).

Die Bestimmung über die **Amtsduer** in OR 710 ist aufgrund der Möglichkeit der Wiederwahl ohne praktische Bedeutung. Zwingend hingegen ist die jederzeitige Absetzbarkeit der Mitglieder des Verwaltungsrates (OR 705 I). Die Wahl in den Verwaltungsrat begründet ein Auftragsverhältnis, sodass die Abberufung eine Kündigung zur Unzeit darstellen und zu Schadenersatzansprüchen in der Höhe der für die gesamte verbleibende Amtszeit vorgesehenen Entschädigung führen kann (OR 705 II i.V.m. 404 II).

## ii. Die Organisation des Verwaltungsrats

Ausser der Wahl des Präsidenten ist die Organisation des Verwaltungsrates (OR 712 II) allein seine Sache. Jedes Mitglied des Verwaltungsrates hat das Recht, jederzeit eine Sitzung zu verlangen (OR 715). Dies kann, wenn der Präsident die Sitzung nicht einberufen will, mittels einer Leistungsklage durchgesetzt werden. Die Einberufung ist formfrei möglich. Die **Beschlussfassung im Verwaltungsrat erfolgt nach Köpfen und mit der Mehrheit der Stimmenden**. Der Präsident hat, soweit die Statuten nichts anderes vorsehen, den Stichtscheid (OR 713 I). Hat der Präsident keinen Stichtscheid und ist die Entscheidungsfindung durch zwei gleich grosse Fraktionen blockiert, könnte eine Gesellschaft allenfalls aufgelöst oder z.B. verbeiständet werden (OR 736 4. i.V.m. ZGB 393).

Die Mitglieder können sich an der Sitzung des Verwaltungsrates **nicht vertreten lassen**, ebensowenig ist die schriftliche Stimmabgabe möglich. Einzig Zirkulationsbeschlüsse (mit Protokollierung an der darauf folgenden Sitzung) sind möglich, sofern kein Mitglied eine mündliche Beratung verlangt (OR 713 II).

Jeder Verwaltungsrat bezeichnet einen Sekretär, der nicht Mitglied sein muss (OR 712 I). Der Sekretär führt das Protokoll der Verwaltungsratssitzungen (OR 713 III). Dieses Protokoll ist in erster Linie ein Beschlussprotokoll, soll aber auch die Argumente der Diskussion bestimmter Vorhaben wiedergeben. Insbesondere ist das Protokoll Beweismittel im Falle von Klagen nach OR 754 I i.V.m. 717. Wird der Verwaltungsrat aufgrund einer Fehlplanung zur Verantwortung gezogen, können sich Mitglieder, die gegen diesen Plan gestimmt haben, von der Verantwortlichkeit befreien. **Mitglieder die durch Verschulden nicht anwesend waren oder sich der Stimme enthalten haben, haften ohne Weiteres.**

Für die Beschlüsse des Verwaltungsrates gelten sinngemäss die gleichen Nichtigkeitsgründe wie für die Beschlüsse der Generalversammlung (OR 714 i.V.m. 706b). Eine Anfechtungsklage gegen Verwaltungsratsbeschlüsse gibt es hingegen nicht: der Verwaltungsrat soll in seinen Entscheiden und der Unternehmensführung nicht dauernd durch drohende Anfechtungsklagen behindert werden können.

Jedem Mitglied des Verwaltungsrates steht ein **umfassendes Einsichts- und Auskunftsrecht** zu: Es kann im Rahmen einer Verwaltungsratssitzung Auskunft über alle Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen, die übrigen Mitglieder und die Geschäftsleitung sind zur Auskunft verpflichtet (OR 715a I, II). Ausserhalb einer Verwaltungsratssitzung können die Mitglieder von der Geschäftsführung allgemeine Auskünfte über den Geschäftsgang und mit Einwilligung des Präsidenten über einzelne Geschäfte verlangen (OR 715a III). Sie können sich unter gewissen Bedingungen auch die Bücher und Akten vorlegen lassen (OR 715a IV). Verweigert der Präsident die Einwilligung, entscheidet der Verwaltungsrat (OR 715a V). Tritt der Verwaltungsrat zu diesem Entscheid zusammen, kann das Mitglied, welches die Auskunft verlangt hat, direkt an der Sitzung diese Auskunft verlangen, wo sie ihm nicht verweigert werden darf, da an der Sitzung über alle Angelegenheiten der Gesellschaft Auskunft verlangt werden kann.

Dieses umfassende Auskunftsrecht ist den Mitgliedern des Verwaltungsrates insbesondere deshalb gegeben worden, weil sie, wenn sie schon für ihre Entscheide haften, im Gegenzug Einsicht in die Geschäfte erhalten sollen. Ausnahmen sind denkbar im Falle von Fusions- oder Verkaufsverhandlungen sowie bei bevorstehenden Akquisitionen, wenn die Geheimhaltung im Interesse der Gesellschaft vordergründig ist. **Problematisch** ist das Auskunftsrecht auch dann, wenn einzelne Mitglieder des Verwaltungsrats in Interessenkonflikten stehen, d.h. wenn z.B. ein Konkurrent als Inhaber einer grösseren Beteiligung im Verwaltungsrat sitzt. Allerdings widerspricht das Einholen einer Auskunft im eigenen Interesse der Sorgfalts- und Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft (OR 717) und kann zur Haftung führen (OR 754). Jedes Mitglied des Verwaltungsrates hat im Interesse der Gesellschaft zu handeln.

### iii. Die Aufgaben des Verwaltungsrats

Der Grundsatz: Der Verwaltungsrat übernimmt alle Aufgaben, die nicht (durch Gesetz oder Statuten) einem andern Organ zugewiesen worden sind (**Subsidiärkompetenz** des Verwaltungsrates [OR 716 I]).

Die **Geschäftsführung obliegt den Mitgliedern des Verwaltungsrates gesamthaft** (OR 716 II i.V.m. 716b III), soweit sie nicht statuarisch an andere Personen (bzw. einzelne Mitglieder des Verwaltungsrates) übertragen worden ist (OR 716 II i.V.m. 716b I). Der Verwaltungsrat muss, ob die Geschäftsführung delegiert wird oder nicht, **ein Organisationsreglement erlassen** (OR 716b II). Die Vertretung kann der Verwaltungsrat ohne Ermächtigung durch die Statuten in einem Organisationsreglement einzelnen Mitgliedern oder Dritten übertragen (OR 718).

Banken in der Rechtsform der Aktiengesellschaft sind sogar dazu verpflichtet, die Geschäftsführung auf andere Personen zu übertragen, d.h. eine strikte Trennung zwischen Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle (Verwaltungsrat) und Geschäftsführung einzuhalten (BankG 3 i.V.m. BankV 8: Bewilligungsvoraussetzung).

Die unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrates: Die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates gemäss OR 716a können auch von der Generalversammlung nicht an sich gezogen werden. Diese Zuweisung bedeutet (im Vergleich zu früher) eine Stärkung der Rolle des Verwaltungsrates, aber auch eine grössere Verantwortung (und Haftung). Dem Verwaltungsrat obliegt insbesondere:

- Oberleitung (Unternehmensstrategie) und Erteilung der nötigen Weisungen (OR 716a I 1.);
- Festlegung der Organisation (Unternehmensstruktur [OR 716a I 2.]);
- Finanzverantwortung (Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle und der prospektiven Finanzplanung [OR 716a I 3.]);
- Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und Vertretung betrauten Personen, Oberaufsicht bzw. Organisation der erforderlichen Aufsicht über die Geschäftsleitung (OR 716a I 4. und 5., 721);
- Benachrichtigung des Richters und weitere Massnahmen bei Unterdeckung und Überschuldung (OR 725);
- Einberufung nachträglicher Leistungen auf nicht voll liberierte Aktien (OR 634a I);
- Entscheide im Rahmen von Kapitalerhöhungen (Beschlussfassung über die Erhöhung [OR 651 IV], Feststellen der erfolgreichen Durchführung und Statutenänderungen [OR 651a, 652g, 653g]);

#### iv. **Die Pflicht des Verwaltungsrats zu Sorgfalt, Treue und Gleichbehandlung**

OR 717 stellt eine Widerrechtlichkeitsnorm dar für die Klage nach OR 754.

**Die Sorgfaltspflicht:** Es sind insbesondere vier Sorgfaltspflichten zu unterscheiden, welche die Mitglieder des Verwaltungsrates treffen: Sorgfalt in der Annahme des Mandats; Sorgfalt in der Aufgabenerfüllung; Sorgfalt in der Organisation der Gesellschaft und Sorgfalt in der Auswahl der Unterstellten. Das Mass der jeweils geforderten Sorgfalt ergibt sich aus der Praxis; sie ist **stets eine abstrakte Sorgfaltspflicht**: Wie hätte ein sorgfältiges Verwaltungsratsmitglied in der jeweiligen Situation gehandelt? Eine *diligentia quam in suis* kommt nicht in Frage.

**Die Treuepflicht:** Die Verwaltungsratsmitglieder haben ihrer Gesellschaft gegenüber eine Treuepflicht; sie dürfen nichts tun, was gegen die Interessen der Gesellschaft verstösst (vgl. auch StGB 161). Insbesondere problematisch ist die Stellung eines an der Gesellschaft beteiligten Konkurrenten, der Mitglied des Verwaltungsrats ist. Im Grunde dürfte er sich gar nicht wählen lassen, weil die Gefahr eines Interessenkonflikts nicht im Interesse der Gesellschaft liegen kann. Eine Ausstandspflicht für Verwaltungsratsmitglieder gibt es im Aktienrecht explizit nicht, sie ergibt sich aber wohl indirekt aufgrund der Treuepflicht. Auch ein Mehrheitsaktionär hat als Mitglied des Verwaltungsrates die Interessen der Gesellschaft zu vertreten und nicht seine eigenen (wie es ihm als Aktionär erlaubt ist).

**Die Pflicht zur Gleichbehandlung:** Der Verwaltungsrat hat die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln (OR 717 II). Eine Ungleichbehandlung aus sachlichen Gründen ist hingegen möglich.

#### v. Die Vertretung der Gesellschaft durch den Verwaltungsrat

**Die Vertretungsberechtigten:** Schreiben die Statuten oder das Organisationsreglement nichts anderes vor, steht die volle Vertretungsbefugnis jedem einzelnen Mitglied des VR zu (OR 718 I). Diese Regelung ist jedoch selten, in den meisten Fällen wird die Vertretung einzelnen Mitgliedern des VR (OR 718 II) oder Dritten (den Geschäftsführern) übertragen. Die Übertragung der Vertretung bedarf eines Verwaltungsratsbeschlusses (OR 718 II). Mindestens ein Mitglied des VR muss zur Vertretung befugt sein (OR 718 III). **Die Ernennung von Prokuristen und Bevollmächtigten (OR 458 ff.) bedarf ebenfalls eines Verwaltungsratsbeschlusses** (OR 721)! In der Praxis werden diese aber weitgehend von der Geschäftsleitung bestimmt und dem Verwaltungsrat vorgeschlagen, der diese Vorschläge bloss noch bestätigt.

**Der Umfang und die Beschränkung der Vertretungsbefugnis:** Die Vollunterschriftsberechtigten können im Namen der Gesellschaft alle Rechtshandlungen vornehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann (OR 718a I). Beschränkungen haben gegenüber gutgläubigen Dritten keine Wirkung. Ausgenommen sind die im Handelsregister eingetragenen Bestimmungen über die ausschliessliche Vertretung der Hauptniederlassung oder einer Zweigniederlassung oder über die gemeinsame Vertretung (Kollektivzeichnung) der Gesellschaft (OR 718a II). Die übrigen Vertretungsbefugnisse richten sich nach den jeweils für sie geltenden Bestimmungen (insbesondere OR 458 ff.).

**Die Eintragung im Handelsregister:** Die zur Vertretung der Gesellschaft befugten Personen sind vom Verwaltungsrat zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, unter Vorlegung einer beglaubigten Abschrift des Ernennungsbeschlusses. Sie haben ihre Unterschrift beim Handelsregisteramt zu zeichnen oder die Zeichnung in beglaubigter Form einzureichen (OR 720).

#### vi. Die Organhaftung

Die Gesellschaft haftet sowohl für das rechtsgeschäftliche wie für sonstiges Verhalten ihrer Organe (ZGB 55 und OR 722), das sie in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen begehen. Nach Lehre und Rechtsprechung ist genügend und erforderlich, dass die Handlung im allgemeinen Rahmen der Organkompetenz liegt, mit dieser in funktionellem Zusammenhang steht.

vii. **Bilanzverlust/Unterbilanz und Kapitalverlust (OR 725)**

| Aktivseite     | Passivseite   |
|----------------|---|
| Umlaufvermögen | Fremdkapital  |
| Anlagevermögen | Eigenkapital, bestehend aus: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Nennkapital (Aktien- und Partizipationskapital)</li> <li>• Gesetzliche Reserven</li> <li>• Eigene Reserven</li> </ul> |

Umlaufvermögen = Vermögensteile, die jeweils nach kurzer Zeit, d.h. innert Jahresfrist wieder in Geld umgesetzt werden (können).

Anlagevermögen = Vermögensteile, die der Unternehmung länger als ein Jahr unverändert zur Verfügung stehen.

Fremdkapital = Von Dritten (kurz- oder langfristig) überlassene Mittel.

Eigenkapital = Die von den Aktionären (und den Partizipanten) überlassenen Mittel und die erwirtschafteten Gewinne.

Die **Bilanz** einer Aktiengesellschaft setzt sich zusammen einerseits aus Umlaufvermögen und Anlagevermögen (Aktivseite) und andererseits aus Fremdkapital und Eigenkapital (Passivseite). Das Eigenkapital wiederum besteht neben dem Nennkapital (Aktien- und Partizipationskapital) aus den gesetzlichen, den freien (durch die Statuten oder die Generalversammlung keinem bestimmten Zweck gewidmeten und vom Verwaltungsrat allenfalls frei einsetzbaren) und solchen Reserven, die statutarisch oder ad hoc von der Generalversammlung einem bestimmten Zweck zugedacht worden sind (z.B. für die Personalvorsorgestiftung; OR 672 ff.).

Gewinne werden in der Bilanz auf der Passivseite verbucht (was zu einer Zunahme des Eigenkapitals führt) und Verluste auf der Aktivseite. Wobei es sich bei einem Verlust natürlich nicht um einen Vermögensposten handelt, sondern vielmehr um einen Korrekturposten zum Eigenkapital, welches bei Verrechnung um den Betrag des Verlusts kleiner würde. Aus Gründen der Transparenz erfolgt jedoch keine Verrechnung (OR 662 II 6.). Eine Bilanz, die einen **Bilanzverlust** aufweist, nennt man **Unterbilanz**.

| Aktivseite                         | Passivseite   |
|------------------------------------|---|
| Umlaufvermögen                     | Fremdkapital  |
| Anlagevermögen                     | Eigenkapital, bestehend aus: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Nennkapital (Aktien- und Partizipationskapital)</li> <li>• Gesetzliche Reserven</li> <li>• Eigene Reserven</li> </ul> |
| <b>Bilanzverlust / Unterbilanz</b> |   |

Ein **Kapitalverlust** liegt vor, wenn ein Bilanzverlust so hoch ist, dass mehr als 50% des Nennkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist (qualifizierte Form des Bilanzverlusts). Als gesetzliche Reserven im vorliegenden Sinn (d.h. nach OR 725 I) gelten die allgemeinen Reserven (OR 671), die Reserven für eigene Aktien (OR 671a) und die Aufwertungsreserven (OR 671b).

| Aktivseite  | Passivseite   |
|---|---|
| Umlaufvermögen  | Fremdkapital  |
| Anlagevermögen  | Eigenkapital, bestehend aus: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Nennkapital (Aktien- und Partizipationskapital)</li> <li>• Gesetzliche Reserven</li> <li>• Eigene Reserven</li> </ul> |
| <b>Kapitalverlust</b><br>(mehr als 50% des Eigenkapitals) |   |

Für die in Frage stehende Betrachtung können zunächst die **freien Reserven** (und allfällige, einem besonderen Zweck gewidmete Reserven) mit dem Verlust „**verrechnet**“ werden, da sich dadurch das Verhältnis des Bilanzverlustes zu den 50% des Nennkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht verändert. Ebenfalls darf der Verwaltungsrat diejenigen Teile der gesetzlichen Reserven, über die er im Falle eines Verlustes frei verfügen kann, mit dem Verlust verrechnen (OR 671 III). Durch diese Verrechnung verändert sich das Verhältnis des Bilanzverlustes zu den 50% des Nennkapitals und der gesetzlichen Reserven. Waren die verwendbaren gesetzlichen Reserven so gross, dass der Bilanzverlust nicht mehr grösser ist als 50% des Nennkapitals und der gesetzlichen Reserven, liegt gar kein Kapitalverlust nach OR 725 I vor. Dieser Vorgang steht unter der **Voraussetzung, dass der Verwaltungsrat tatsächlich die Befugnis hat, über allfällige, frei verwendbare Beträge der gesetzlichen Reserven nach OR 671 zu verfügen**. Steht hingegen diese Befugnis der Generalversammlung zu, ist die vorgestellte Verrechnung als eine mögliche Sanierungsmassnahme der unverzüglich einzuberufenden Generalversammlung vorzuschlagen und von dieser zu genehmigen (OR 725 I).

Ist aber auch nach der Verrechnung des Verlustes mit den dazu verwendbaren Reserven ein Kapitalverlust nach OR 725 I vorhanden, muss der Verwaltungsrat **Massnahmen** ergreifen. Der Verwaltungsrat hat unverzüglich eine **Generalversammlung einzuberufen und Sanierungsmassnahmen vorzuschlagen** (OR 725 I):

- **Bilanzmässige Massnahmen:** Aufwerten von Liegenschaften oder Beteiligungen (Aktivierung stiller Reserven [OR 670]), Auflösen von Rückstellungen usf.
- **Operationelle Massnahmen:** Entlassen von Mitgliedern des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung, Verkaufen, Abspalten oder Liquidieren unrentabler Geschäftsbereiche usf.
- **Änderung der Kapitalstruktur:** Kapitalerhöhung oder -herabsetzung.

**Aufwertung von Grundstücken oder Beteiligungen** (OR 670): Zum Zweck der Beseitigung eines Kapitalverlustes dürfen Grundstücke und Beteiligungen, deren wirklicher Wert über die Anschaffungskosten (OR 665) gestiegen ist, bis höchstens zu diesem wirklichen Wert aufgewertet, d.h. stille Reserven aufgelöst werden (Art. 670 I OR). Dadurch wird auf der einen Seite das Anlagevermögen grösser und auf der andern die Summe von Nennkapital und Reserven, wobei der durch die Aufwertung „gewonnene“ Kapitalanteil als Aufwertungsreserve gesondert auszuweisen ist. Durch die Vergrösserung des Anteils von Nennkapital und Reserven (gesetzliche und Aufwertungsreserven) verschiebt sich dessen Verhältnis zum Bilanzverlust, sodass dieser, soweit die Aufwertung gross genug ist, kein Kapitalverlust nach OR 725 I mehr ist. Diese Massnahme eignet sich für einmalige, nicht aber langfristig auftretende Verluste. Die Aufwertungsreserven können nur durch Umwandlung in Aktienkapital sowie durch Wiederabschreibung oder Veräusserung der aufgewerteten Aktiven aufgelöst werden (OR 671b).

**Herabsetzung des Aktienkapitals im vereinfachten Verfahren (OR 735):** Im Falle eines Kapitalverlustes kann die Herabsetzung des Nennkapitals ebenfalls eine mögliche Sanierungsmassnahme sein. Der Gesetzgeber hat dafür ein vereinfachtes Verfahren vorgesehen (OR 732 ff.). **Das Gesetz spricht in OR 735 zwar von einer „Unterbilanz“, gemeint ist jedoch ein Kapitalverlust.** Als Unterbilanz wird jede Bilanz mit einem Verlustposten bezeichnet. Das Aktienkapital wird herabgesetzt, indem Passiven zerstört werden, d.h. indem die Aktionäre auf ihre „Forderung“, oder zumindest einen Teil davon, gegen die Aktiengesellschaft verzichten. Oftmals werden im Falle einer solchen Sanierung „auf dem Buckel“ der Aktionäre als Entschädigung für ihren Verzicht Vorzugsaktien oder Genussscheine ausgegeben. Dadurch verringert sich gleichzeitig mit dem Eigenkapital auch der Bilanzverlust im Ausmass des Verzichts der Aktionäre. Das Verhältnis des Verlustes zu 50% des Nennkapitals und den gesetzlichen Reserven verändert sich auch hier, wodurch allenfalls kein Kapitalverlust nach OR 725 I mehr vorliegt.

**Kapitalerhöhung ohne vorangehende Kapitalherabsetzung:** Gleich wie die Aufwertung oder die Kapitalherabsetzung bezweckt auch die Kapitalerhöhung eine Veränderung des Verhältnisses zwischen dem Verlust und den 50% des Nennkapitals und der gesetzlichen Reserven. Durch die Kapitalerhöhung wird das Nennkapital grösser und somit auch die 50% aus Nennkapital und gesetzlichen Reserven. Ist die Erhöhung gross genug, erreicht der Bilanzverlust die 50%-Grenze nicht mehr und es liegt kein Kapitalverlust nach OR 725 I mehr vor.

### viii. Überschuldung

Ist der Bilanzverlust grösser als das Eigenkapital (bzw. wie es das Gesetz vorsieht: das Vermögen kleiner als das Fremdkapital), liegt eine **Überschuldung gemäss OR 725 II** vor.

| Aktivseite  | Passivseite   |
|---|---|
| Umlaufvermögen<br>Anlagevermögen                          | Fremdkapital  |
| <b>Überschuldung</b><br>(mehr als 100% des Eigenkapitals) | Eigenkapital, bestehend aus: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Nennkapital (Aktien- und Partizipationskapital)</li> <li>• Gesetzliche Reserven</li> <li>• Eigene Reserven</li> </ul> |

Der Verwaltungsrat muss jedoch bereits bei begründeter Besorgnis, dass eine solche Überschuldung bestehen könnte, handeln; und nicht erst wenn eine Überschuldung tatsächlich vorliegt. Eine Überschuldung kündigt sich meist über längere Zeit im Voraus an: dauernde Unterbilanzen, Kapitalverluste etc.

In diesem Fall muss der Verwaltungsrat die **sofortige Erstellung von Zwischenbilanzen verlangen; und zwar eine zu Fortführungswerten** (d.h. zu den Werten bei Fortführung des Unternehmens) **und eine zu Liquidationswerten** (d.h. zu den Werten, die bei einer Veräusserung aller Aktiven der Unternehmung gelöst würden. Diese können in Ausnahmefällen höher sein, meist aber niedriger als die Fortführungswerte). Die Revisionsstelle prüft anschliessend die Bilanzen auf ihre Richtigkeit. Sind die Ansprüche der Gläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt, d.h. liegt eine Überschuldung vor, muss der Verwaltungsrat das Gericht benachrichtigen, sofern nicht Gesellschaftsgläubiger (einer oder mehrere) im Ausmass der Unterdeckung ihre



Ansprüche gegen die Gesellschaft stunden (d.h. temporär auf ihre Ansprüche verzichten und erklären, erst und nur dann ihre Forderungen befriedigen zu wollen, wenn alle andern Gläubiger ihre Ansprüche erfüllt erhalten haben). Diesfalls dürfen die betreffenden Forderungen aus der Bilanz gestrichen werden, was die Aufhebung der Überschuldung gemäss OR 725 II bewirkt.

Ebenso hat im andern Fall das Gericht bei Aussicht auf Sanierung die Möglichkeit einen Konkursaufschub zu gewähren (was nicht dasselbe ist wie eine Nachlassstundung gemäss SchKG 293 ff.) und Massnahmen zur Erhaltung des Vermögens zu verfügen, z.B. Absetzung des Verwaltungsrats usf. (OR 725a).

#### ix. Abberufung und Einstellung

Wie auch die Generalversammlung den Verwaltungsrat (oder einzelne seiner Mitglieder) jederzeit abberufen kann (OR 705), kann auch der Verwaltungsrat die von ihm bestellten Ausschüsse, Delegierten, Direktoren und andern Bevollmächtigten und Beauftragten jederzeit abberufen (OR 726 I und 404 I). Eine allfällige Entschädigung für die Abberufenen bleibt vorbehalten (OR 726 III und 404 II).

Von der Generalversammlung eingesetzte Bevollmächtigte und Beauftragte können vom Verwaltungsrat jederzeit in ihren Funktionen eingestellt werden, allerdings nur unter sofortiger Einberufung einer Generalversammlung, welches eine sehr hohe Hürde bedeutet (OR 726 II).

#### x. Die Tantième

Die Tantième als Entschädigung für den Verwaltungsrat ist heute ohne praktische Bedeutung. Sie darf nur dem Bilanzgewinn entnommen werden und ist nur zulässig, nachdem die Zuweisung an die gesetzliche Reserve gemacht und eine Dividende an die Aktionäre ausgerichtet worden ist (OR 677). Zudem muss sie von der Gesellschaft als Gewinn und von den Empfängern als Einkommen versteuert werden. Aus diesen Gründen wird heute die Entschädigung für den Verwaltungsrat als normaler **Aufwand** angesehen und verbucht; so muss sie nicht als Gewinn versteuert werden.

#### c) *Die Revisionsstelle (OR 727–731a)*

##### i. Wahl

Als Revisionsstelle werden von der Generalversammlung ein oder mehrere Revisoren gewählt (OR 727 I). Die Amtsdauer beträgt bis zu drei Jahren; meist wird ein Revisor aber nur auf ein Jahr gewählt, weil die Revision gerade von Grossgesellschaften Millionenaufträge darstellen, und man die Revisoren dadurch zu guten Leistungen bewegen will. Diese können sich so bezüglich ihrer Aufträge nicht zu sehr in Sicherheit wiegen.

##### ii. Voraussetzungen der Wählbarkeit

In die Revisionsstelle können natürliche Personen wie auch Handelsgesellschaften oder Genossenschaften gewählt werden (OR 727d I). **Wenigstens ein Revisor muss in der Schweiz seinen Wohnsitz, seinen Sitz oder eine eingetragene Zweigniederlassung haben** (OR 727 II).

### iii. Unabhängigkeit der Revisionsstelle

Die Revisoren müssen vom Verwaltungsrat und von Mehrheitsaktionären unabhängig sein (OR 727c I). Sie dürfen auch nicht Arbeitnehmer der Gesellschaft sein oder Arbeiten für diese ausführen, die mit ihrer Funktion als Revisionsstelle unvereinbar sind (z.B. dürfte eine Beratungsfirma, die für eine Gesellschaft eine Umstrukturierung vorgenommen hat, nicht auch als Revisionsstelle gewählt werden). **Die Revisoren müssen auch von Konzerngesellschaften unabhängig sein, sofern auch nur ein Aktionär oder ein Gläubiger dies verlangt** (OR 727c II)!! Das Erfordernis der Unabhängigkeit gilt sowohl für die Revisionsgesellschaft wie auch für ihre Mitarbeiter und Beauftragte, welche die Revision durchführen (OR 727d III).

Die Revisoren müssen **befähigt** sein, ihre Aufgabe bei der zu prüfenden Gesellschaft zu erfüllen (OR 727a). Die Anforderungen der Befähigung nehmen proportional mit der Grösse der zu prüfenden Gesellschaft zu. Die früher üblichen „Gefälligkeitsrevisionen“ durch Bekannte und Verwandte (insbesondere bei kleinen Familienaktiengesellschaften) dürften der neuen Regelung nicht mehr genügen. In gewissen Fällen ist von den Revisoren eine **besondere Befähigung** verlangt (OR 727b I). Der Bundesrat umschreibt die Anforderungen an die besondere Befähigung (OR 727b II und RevV 1). Revisionsgesellschaften müssen garantieren, dass ihre Mitarbeiter und Beauftragte die Anforderungen an die geforderte Befähigung erfüllen (OR 727d II).

Die **Auswahl der Revisoren für die Revisionsstelle obliegt dem Verwaltungsrat**, der damit der Gesellschaft zugleich für eine sorgfältige Auswahl haftet (OR 716a I 3.).

### iv. Rücktritt und Abberufung

Die Einsetzung eines Revisors als Revisionsstelle einer Gesellschaft begründet ein auftragsähnliches Rechtsverhältnis. Hieraus (OR 404 I, 727e II, III) ergibt sich ein jederzeitiges Rücktritts- wie auch Abberufungsrecht. Die „Kündigung“ zur Unzeit kann aber Schadenersatzpflicht zur Folge haben (OR 404 II).

Tritt ein Revisor als Revisionsstelle zurück, muss eine neue Revisionsstelle gewählt werden da für die Prüfung der Bilanz und der Jahresrechnung usf. eine Revisionsstelle gebraucht wird. Da dies nur durch die Generalversammlung geschehen kann (OR 698 II 2. und 727), müsste eine ausserordentliche GV einberufen werden. Aus diesem Grund empfiehlt sich die Wahl von Ersatzleuten, die automatisch an die Stelle der zurücktretenden Revisoren treten können (OR 727, zweiter Satz).

Nicht unproblematisch kann der Rücktritt des Revisors mitten im Geschäftsjahr unter dem Gesichtspunkt der Wirkung, die ein solcher Schritt nach aussen hat, sein: er könnte bedeuten dass, mit dieser Gesellschaft etwas nicht in Ordnung ist, was sich wiederum auf die Kurse der Aktien usf. auswirken kann.

### v. Richterliche Behebung einer Vakanz

**Fehlt die Revisionsstelle, ernennt das Gericht auf Antrag des Handelsregisterführers der Gesellschaft eine solche nach seinem Ermessen** (OR 727 f.). Es erscheint als durchaus möglich, dass der Verwaltungsrat bewusst keine Anstalten (Einberufung der Generalversammlung usf.) trifft, um eine neue Revisionsstelle zu wählen, bzw.

sofort (über den Handelsregisterführer) den Richter angeht, damit dieser eine Revisionsstelle bestimme. Denn dies kann erheblich weniger Kosten verursachen als die Durchführung einer Generalversammlung.

#### vi. Die Aufgaben der Revisionsstelle

Die Revisionsstelle **prüft**, ob die **Buchführung** (formelle Ordnungsmässigkeit und gesetzliche Anforderungen), die **Jahresrechnung** (Prüfung der konkreten Zahlen) und der **Antrag über die Verwendung des Bilanzgewinnes** Gesetz und Statuten entsprechen (OR 728 I). Soll die Revisionsstelle neben diesen formellen Anforderungen auch eine materielle Prüfung der Geschäftsführung vornehmen, müssen dies die Statuten bestimmen oder die Generalversammlung beschliessen (Spezialaufträge im Rahmen des Auftragsverhältnisses [OR 731]). Die Revisionsstelle **hat zu allen für die Prüfung relevanten Daten und Zahlen Zugang**. Sie hat auch das Recht, Auskünfte zu verlangen (OR 728 II). Stellt die Revisionsstelle bei der Prüfung Verstösse gegen Gesetz oder Statuten fest, meldet sie dies schriftlich dem Verwaltungsrat, in wichtigen Fällen auch der Generalversammlung (OR 729b I). Es ist ihr sogar möglich eine Generalversammlung einzuberufen (OR 699 I).

Bei **offensichtlicher Überschuldung** benachrichtigt die Revisionsstelle den Richter, soweit dies nicht der Verwaltungsrat tut (OR 729b II). Die Revisionsstelle verfasst zuhanden der Generalversammlung einen schriftlichen Bericht über das Ergebnis ihrer Prüfung und empfiehlt die Annahme mit oder ohne Einschränkungen oder die Ablehnung der Jahresrechnung (OR 729 I). Vorbehalte oder die Empfehlung der Ablehnung der Jahresrechnung können Ansatzpunkte für eine Verantwortlichkeitsklage gegen den Verwaltungsrat sein (OR 754). Bei Gesellschaften, die von **besonders befähigten Revisoren** zu prüfen sind, verfasst die Revisionsstelle zudem einen Bericht zuhanden des Verwaltungsrates, worin sie die Durchführung und das Ergebnis ihrer Prüfung erläutert (OR 729a).

Die GV darf die Jahresrechnung nur abnehmen, wenn ein Revisionsbericht vorliegt und ein Revisor anwesend ist (OR 729c I). Liegt kein Revisionsbericht vor, sind die Beschlüsse der GV nichtig (OR 729c II i.V.m. 706b); ist kein Revisor anwesend, sind die Beschlüsse anfechtbar (OR 729c II i.V.m. 706).

### 3.6.5. Die Rechtsstellung des Aktionärs

#### a) *Erwerb, Übertragung und Verlust der Mitgliedschaft*

Die Erlangung bzw. der Bestand der Mitgliedschaft ist bedingt durch den Besitz mindestens einer Aktie. Aktien (und die zugehörigen Rechte) können erworben werden bei der Gründung der Gesellschaft durch Liberierung, aber auch durch Rechtsgeschäft, Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung. Zur Übertragbarkeit und zum Rechtsübergang bei vinkulierten Namenaktien siehe oben. Ein Austrittsrecht kennt die Aktiengesellschaft nicht; will ein Aktionär nicht mehr Aktionär einer Gesellschaft sein, muss er seine Aktien jemandem übereignen.

Grundsätzlich gibt es auch **kein Ausschlussrecht**: allerdings **können Aktien verfallen, wenn ein Aktionär den Ausgabebetrag seiner Aktien nicht rechtzeitig einzahlt** (Kaduzierung [OR 681 f.]). Und aufgrund des Börsengesetzes (BEHG 33) können im

Rahmen eines öffentlichen Angebotes bei Unternehmensübernahmen, wenn mehr als 98% der Stimmen erlangt wurden, die verbleibenden Aktien für kraftlos erklärt werden. Vgl. im Übrigen auch FusG 18 V.

## *b) Die Rechte des Aktionärs*

### **i. Die Mitwirkungsrechte**

Das **Recht auf Mitgliedschaft**: Das Recht auf Mitgliedschaft ist ein dem Aktionär grundsätzlich **nicht entziehbares Recht**. Der Aktionär hat aber umgekehrt genauso wenig ein Anrecht auf ewige Mitgliedschaft, er hat kein absolut geschütztes Recht darauf, dass die Gesellschaft deren Aktionär er ist bestehen bleibt (die Generalversammlung kann durch Mehrheitsbeschluss die Gesellschaft auflösen [OR 736 2.]). Der Aktionär hat kein Recht darauf, in einer bestimmten Aktienkategorie zu verbleiben. Die Generalversammlung bzw. die Gesellschaft kann privilegierte Aktienkategorien einführen oder privilegierten Aktien ihre Vorrechte entziehen. Zuletzt besteht **kein Recht auf freie Übertragbarkeit oder Verbriefung der Aktien** in einem Wertpapier (nur eine Beweisurkunde über die Mitgliedschaft darf der Aktionär verlangen [OR 688]).

Das **Stimmrecht**: Das Stimmrecht ist das zentrale Recht im Bereich der Mitwirkungsrechte (OR 692 ff.). Mit der Mehrheit der Aktien(stimmen) kann der Aktionär die Gesellschaft beherrschen. Aber auch das Stimmrecht kann beschränkt (OR 692 II), oder es können Stimmrechtsaktien eingeführt werden (OR 693). **In zwei Fällen ist das Stimmrecht gar ausgeschlossen**: Bei Beschlüssen über die **Entlastung des Verwaltungsrates** haben Personen, die in irgendeiner Weise an der Geschäftsführung teilgenommen haben, kein Stimmrecht (OR 695 I). Und für die von der Gesellschaft **selbst gehaltenen Aktien** kann das Stimmrecht nicht ausgeübt werden (OR 659a f.).

Eine **Ausstandspflicht**, wie sie Mitglieder des Verwaltungsrates im Falle von Interessenkonflikten aufgrund ihrer Sorgfalts- und Treuepflicht treffen kann, **gibt es hingegen für Aktionäre nicht**; dies wäre eine zusätzliche Pflicht, die Aktionären nicht auferlegt werden kann (OR 680 I).

Das **Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung**: Wichtig ist das Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung, weil es für die Ausübung des Stimmrechts notwendig ist. Wird dem Aktionär dieses Recht verweigert, kann er die Beschlüsse der Generalversammlung anfechten (OR 706 I). Allerdings dürften auch in diesem Fall (analog) die Kriterien von OR 691 III zur Anwendung kommen: die Anfechtung wird nur zugelassen, wenn die Gesellschaft nicht nachweist, dass der Ausschluss keinen Einfluss auf die Beschlussfassung ausgeübt hat.

Das **Debattier- und Antragsrecht**: Die Aktionäre haben das Recht an der Generalversammlung das Wort zu ergreifen und im Rahmen traktandierter Geschäfte jederzeit Anträge zu stellen (OR 700 III). Über diese Anträge muss die Generalversammlung abstimmen. Die Redezeit pro Wortmeldung kann beschränkt werden; bei ausfälligen Voten oder wenn nicht zur Sache gesprochen wird, kann das Wort auch entzogen werden.

Die **Informations- und Kontrollrechte**: Die Aktionäre haben das Recht, mindestens 20 Tage vor der Generalversammlung den Geschäfts- und den Revisionsbericht einzusehen und zugeschickt zu erhalten (OR 696 I). Sie können zudem an der Generalversammlung vom Verwaltungsrat Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft und von der Revisionsstelle über die Durchführung und Ergebnis der Prüfung verlangen (OR 697 I). Die

Auskunft ist insoweit zu erteilen, als sie für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist. Sie kann verweigert werden, wenn dadurch Geschäftsgeheimnisse und andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft gefährdet würden (OR 697 II). In der Praxis verwechselt der Verwaltungsrat die schutzwürdigen Interessen der Gesellschaft oft seinen eigenen Interessen. Einblick in die Geschäftsbücher und Korrespondenz kann nur mit Genehmigung der Generalversammlung oder des Verwaltungsrates genommen werden (OR 697 III).

**Das Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung:** Die Sonderprüfung ist ein spezielles Instrument (des Minderheitenschutzes), welches allerdings nur den Aktionären (und nicht auch Arbeitnehmern, Gläubigern oder Partizipanten) zusteht. Jeder Aktionär hat das Recht, der Generalversammlung den Beschluss einer Sonderprüfung zu beantragen, sofern dies zur Ausübung seiner Aktionärsrechte erforderlich ist und er das Recht auf Auskunft und Einsicht bereits (erfolglos) ausgeübt hat: Subsidiärkompetenz (OR 697a I). Hier ist wiederum das Protokoll als Beweismittel von grosser Wichtigkeit. Der **Antrag** zur Sonderprüfung kann ohne vorhergehende Traktandierung gestellt werden (OR 700 III). Bei diesem Beschluss kommt allfälligen Stimmrechtsaktien keine erhöhte Stimmkraft zu (OR 693 III 3.). Hat die GV eine Sonderprüfung beschlossen, wird durch das Gericht ein Sonderprüfer (oder mehrere Sachverständige) zur Sonderprüfung eingesetzt (OR 697a II i.V.m. 697c). Lehnt die Generalversammlung den Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung ab, kann **von einem Aktionär (oder einer Aktionärsgruppe), der mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von mindestens zwei Millionen besitzt, eine Sonderprüfung auch gegen den Willen der Generalversammlung verlangt werden**. Allerdings muss in diesem Fall glaubhaft gemacht (nicht bewiesen!) werden, dass Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben (OR 697b), was in den meisten Fällen trotzdem kein leichter Nachweis sein dürfte. Die **Kosten einer Sonderprüfung sind, soweit die Generalversammlung sie beschlossen hat, immer der Gesellschaft aufzuerlegen**; in besonderen Fällen (z.B. bei querulatorischer Sonderprüfung) kann das Gericht sie auch den Gesuchstellern überbinden (OR 697g). In solchen Fällen wird das Gericht aber meist schon auf das Gesuch um Sonderprüfung nicht eintreten (OR 697c I). Die Sonderprüfung ist in der Praxis bisher nur sehr selten zur Anwendung gekommen. Die drohende Gefahr einer Sonderprüfung hat aber die Informationspolitik der Verwaltungsräte stark verbessert, was wohl auch der Zweck dieser Regelung gewesen ist.

## ii. Die Vermögensrechte

**Das Recht auf Dividende:** Der Aktionär ist am Gewinn zu beteiligen (sofern die Gesellschaft gewinnstrebig ist und tatsächlich Gewinn erwirtschaftet). Der Weg bis zur Ausschüttung von Dividenden ist allerdings weit, zunächst muss ein Bilanzgewinn ausgewiesen werden (OR 675 II); die Buchführung und die Geschäftsbücher geprüft sein (OR 728 I); der Antrag über die Verwendung des Bilanzgewinns Gesetz und Statuten entsprechen (OR 728 I); die Revisionsstelle die Annahme der Jahresrechnung empfehlen (OR 729); die Generalversammlung die Jahresrechnung gültig abnehmen (OR 729); und die GV dem Antrag auf Dividendenausschüttung zustimmen (OR 698 II 4.).

Einen klagbaren Anspruch auf eine Dividende hat der Aktionär aber nur, soweit die Generalversammlung eine solche beschliesst. **Das Recht auf den Liquidationsanteil:** Das nach Tilgung aller Verbindlichkeiten verbleibende Vermögen der aufgelösten Gesellschaft wird, soweit die Statuten nichts anderes vorsehen, verhältnismässig an die Aktionäre

verteilt (OR 745 I). Allenfalls können soweit dies vorgesehen ist Inhaber von Vorzugsaktien einen höheren Anteil am Liquidationsgewinn (Liquidationsanteil minus Aktienkapital) erhalten (OR 745 I i.V.m. 656 II). Die Verteilung darf allerdings erst nach Ablauf eines Jahres nach dem dritten Schuldeneruf vollzogen werden (OR 745 II, ausnahmsweise: OR 745 III).

Das **Bezugsrecht**: Zu den Bezugsrechten vgl. oben Aktienkapital, Kapitalerhöhung und -herabsetzung

### *c) Die Pflichten des Aktionärs*

#### **i. Die Pflicht zur Liberierung**

Die einzige Pflicht der Aktionäre besteht in der Liberierung ihrer Aktien (OR 680 I). Die Liberierung kann in Form einer Geldleistung, einer Sacheinlage oder durch Verrechnung erfolgen. Die Liberierung ist kein Kauf sondern ein spezifisch aktienrechtliches Institut.

Die **Aufliberierung** (d.h. Einzahlung des noch nicht liberierten Betrages gemäss OR 632) **kann vom Verwaltungsrat jederzeit beschlossen werden** (OR 634a I). Ist der Aktionär dann nicht in der Lage, die restlichen Einlagen zu leisten, droht ihm der Entzug seiner Aktionärsrechte (Kaduzierung [OR 681 f.]). Säumige Aktionäre sind zur Zahlung von Verzugszinsen verpflichtet (OR 681 I). Die Statuten können solche Aktionäre zudem zur Bezahlung von Konventionalstrafen verpflichten (OR 681 III). Der Verwaltungsrat ist befugt, die säumigen Aktionäre ihrer Rechte und der geleisteten Teilzahlungen verlustig zu erklären und anstelle der ausgefallenen Aktien neue herauszugeben (OR 681 II).

Das bereits liberierte Kapital fällt der Gesellschaft zu und ist als Kaduzierungsgewinn **den gesetzlichen Reserven zuzuweisen** (OR 671 II 2.).

#### **ii. Verbot weiterer Nebenleistungen**

Andere Aktionärspflichten ausser der Liberierung sind verboten bzw. entsprechende Statutenbestimmungen nichtig (OR 680 I). Möglich hingegen sind (innerhalb der Grenzen von OR 20 und ZGB 27) Aktionärbindungsverträge jedweden Inhalts (z.B. Stimmbindung, Erwerbsberechtigung, Treuepflichten, Konkurrenzverbote, Pflicht zu Arbeitsleistung, Lieferungs- und Abnahmepflichten und -rechte, Nachschuss- und Zuzahlungspflichten, persönliche Haftung usw.).

**Aktionärbindungsverträge** werden von den Aktionären untereinander ohne Beteiligung der Gesellschaft geschlossen. Dritte können sich auf den Inhalt dieser Verträge, anders als auf den Inhalt der Statuten, nicht berufen. D.h. eine Verpflichtung zu persönl. Haftung ist nur gegenüber den andern Vertragspartnern bindend.

### *d) Minderheitenschutz*

Das **Gesellschaftsinteresse** (OR 717) und der **Gesellschaftszweck** (OR 718a I) bilden den Handlungsrahmen des Verwaltungsrates; die Übertretung dieser Grenzen verletzt Sorgfalts- und Treuepflichten.

Das **Gebot der Gleichbehandlung** der Aktionäre und das **Gebot der schonenden Rechtsausübung** sowie das **Sachlichkeitsgebot** (ZGB 2) bilden weitere Schranken. Die Rechtsausübung kann verboten sein, wenn sie einem Dritten Nachteile bringt und das gleiche Resultat auch erreicht werden könnte, ohne jemanden zu schädigen; wenn sie bloss um ihrer selbst willen geschieht; und wenn Minderheitsrechte ohne ein Interesse der Gesellschaft eingeschränkt werden. Ferner sorgen die Mitwirkungsrechte einen wichtigen Beitrag zum **Minderheitenschutz**. Dazu gehören:

- Vertretung verschiedener Aktienkategorien im Verwaltungsrat (OR 709 I);
- Vertretung von Minderheiten oder andern Aktionärsgruppen im Verwaltungsrat, soweit in den Statuten vorgesehen (OR 709 II);
- Einberufungsfrist zur Generalversammlung von zwanzig Tagen (OR 700 I);
- Einberufungs- und Traktandierungsrecht für Aktionäre oder Aktionärsgruppen die mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals bzw. Aktien von mehr als einer Million Fr. Nennwert besitzen (OR 699 III);
- Möglichkeit der Einführung höherer Beschlussquoren für die Generalversammlung (OR 704);
- Informations- und Kontrollrechte der Aktionäre (OR 696 f.);
- Durchführung einer Sonderprüfung (OR 697a ff.).

Weitere Minderheitsschutzfunktion haben das Bezugs- und Vorwegzeichnungsrecht, sowie das Verbot der ungerechtfertigten Gewinnentnahmen. Aktionäre und Mitglieder des Verwaltungsrates sowie diesen nahestehende Personen, die ungerechtfertigt, d.h. bei Fehlen formeller oder materieller Voraussetzungen, und in bösem Glauben Dividenden, Tantièmes, andere Gewinnanteile oder Bauzinsen bezogen haben, sind zur Rückerstattung verpflichtet (OR 678 I). Vgl. auch OR 62 ff. Diese Personen sind auch zur Rückerstattung anderer Leistungen verpflichtet, wenn diese in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung stehen (OR 678 II): Leistungen in einem Missverhältnis zur Gegenleistung können insbesondere im Konzern vorkommen, wenn das abhängige Unternehmen nun nicht mehr in seinem eigenen Interesse arbeitet, sondern im Interesse des herrschenden Unternehmens und deshalb z.B. Produkte zu billig an dieses verkauft oder von diesem solche zu teuer kauft.

**Die Beurteilung der angemessenen Gegenleistung erfolgt objektiv aufgrund der Frage, ob auch ein Dritter einen solchen Vertrag schliessen würde.** Die Bedingung, die Gegenleistung müsse auch in einem Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage des Unternehmens stehen, wird verschieden beurteilt: Eine Lehrmeinung meint, eine Leistung und ihre Gegenleistung stünden im gleichen (Miss-)Verhältnis, ob es dem Unternehmen gut gehe oder nicht, dieses Erfordernis sei deshalb bloss als ein Indiz für die Unangemessenheit zu betrachten. Eine andere wiederum will die wirtschaftlichen Lage so verstehen, dass je nachdem, ob es einem Unternehmen gut oder schlecht gehe, grössere oder kleinere Anforderungen an die Angemessenheit der Gegenleistung zu stellen seien.

Bei solchen Transaktionen handelt es sich zugleich auch um verdeckte Gewinnausschüttungen, sodass in diesem Fall die klagenden Aktionäre bzw. die Gesellschaft das gleiche Interesse haben wie die Steuerbehörden (DBG 70 V) und sich auf deren Untersuchungen stützen können.

### 3.6.6. Die Rechnungslegung

#### a) *Der Inhalt des Geschäftsberichts (OR 662)*

Für jedes Geschäftsjahr ist ein Geschäftsbericht zu erstellen, der sich aus **Jahresrechnung, Jahresbericht** und einer **Konzernrechnung** zusammensetzt (soweit das Gesetz eine solche verlangt; zum Konzern vgl. unten). Die Jahresrechnung besteht aus der **Erfolgsrechnung** (OR 663), der **Bilanz** (OR 663a) und dem **Anhang** (OR 663b).

#### b) *Grundsatz der ordnungsgem. Rechnungslegung (OR 662a)*

OR 662a konkretisiert die ordnungsgemässe Rechnungslegung. Diese soll Transparenz schaffen für die Aktionäre, für die Gläubiger und für potentielle Anleger.

- **Vollständigkeit:** Die Jahresrechnung muss alle Informationen enthalten, die für eine zuverlässige Beurteilung der Vermögens- und Ertragslage notwendig sind (OR 662a II 1.). Es kann auf Angaben verzichtet werden, die dem Unternehmen erhebliche Nachteile bringen könnten; die Revisionsstelle ist darüber zu unterrichten (OR 663h I). Ist die Revisionsstelle mit den Auslassungen nicht einverstanden, kann sie im Revisionsbericht entsprechende Vorbehalte anbringen (OR 729 I).
- **Klarheit:** Die Jahresrechnung muss übersichtlich gegliedert sein und klare Begriffe verwenden, sodass sie von einem durchschnittlichen Aktionär gelesen und verstanden werden kann (OR 662a II 2.).
- **Wesentlichkeit:** Die Jahresrechnung soll aber auch nicht aus soviel Zahlen bestehen, dass der Betrachter vor lauter Bäumen den Wald nicht mehr sieht (OR 662a II 2.).
- **Vorsicht:** Für die Erfolgsrechnung bedeutet das Prinzip der Vorsicht, dass Aufwand bereits dann erfasst wird, wenn er absehbar ist, während Ertrag erst gebucht werden darf, wenn er sicher bzw. bereits realisiert ist. Die Bilanzposten sollen nach historischen Kosten, d.h. Anschaffungs- oder Herstellungskosten bewertet werden (OR 662a II 3.).
- **Fortführung der Unternehmenstätigkeit:** In der Jahresrechnung sind die einzelnen Aktiven und Passiven nicht zu Liquidationswerten einzusetzen, d.h. nicht nach dem Wert, der im Augenblick bei einem Verkauf gelöst werden könnte, sondern zu Fortführungswerten (OR 662a II 4.).
- **Stetigkeit:** Die Jahresrechnung soll stets nach den gleichen Regeln erstellt werden, damit der Vergleich verschiedener Jahre möglich ist. Änderungen sind nur unter Hinweis auf die neue Bewertungsart möglich (OR 662a II 5.).
- **Verrechnungsverbot:** Aktiven und Passiven, Aufwand und Ertrag dürfen nicht verrechnet werden (OR 662a II 1.).



**c) *Die Erfolgsrechnung***

Zur Mindestgliederung siehe OR 663. Sie schlüsselt das Ergebnis der Unternehmenstätigkeit in einem Zeitabschnitt auf, also über eine Periode und nicht einen Zeitpunkt. Der Aufwand steht gegenüber dem Ertrag.

**d) *Die Bilanz***

Zur Mindestgliederung siehe OR 663a. Die Bilanz ist ein Abbild der Vermögenslage des Unternehmens zu einem gewissen Zeitpunkt (Bilanzstichtag). Auf der linken Seite werden die dem Unternehmen gehörenden Vermögenswerte (Aktiven) nach Kategorien gegliedert aufgeführt, auf der Rechten Seite wird die Herkunft der Mittel aufgezeigt (Fremdkapital, Eigenkapital; Passiven). Das Eigenkapital besteht aus dem Aktienkapital, den Reserven und dem Gewinn.

**e) *Der Anhang***

Der Anhang der Jahresrechnung ist eine „Erfindung“ des revidierten Aktienrechts: hier sollen sensible Bereiche des Unternehmens, Bereiche, die schnell zu Alarmzeichen führen können, zur Information von Aktionären, Gläubigern und potentiellen Investoren gesondert aufgeführt werden. Für Details siehe OR 663b f.

Problematisch ist die Pflicht von OR 663c, der Gesellschaft bekannte, bedeutende Aktionäre im Anhang aufzuführen. Dieser Verpflichtung kann die Gesellschaft nicht nachkommen bei Inhaberaktien und bei den sog. Dispo-Aktien (wenn der Veräusserer im Aktienbuch gestrichen worden ist und ein Erwerber sich [noch] nicht gemeldet hat), d.h. bei all denjenigen Aktien, von denen die Gesellschaft nicht weiss, wem sie gehören. Diese Mängel hat der Gesetzgeber jetzt korrigiert, indem er im Börsengesetz die Inhaber der Aktien verpflichtet, ihre Beteiligungen zu melden, wenn sie gewisse Schwellen überschreiten (BEHG 20).

**f) *Der Jahresbericht***

Der Jahresbericht schildert das abgelaufene Geschäftsjahr (den Geschäftsverlauf sowie die finanzielle und wirtschaftliche Lage) nicht in Zahlen, sondern in Worten (OR 663d I). Zwingend enthält er im Geschäftsjahr eingetretene Kapitalerhöhungen und gibt die Prüfungsbestätigung der Revisionsstelle wieder (OR 663d II i.V.m. 729 I). Daneben kann der Jahresbericht Zukunftsaussichten, Kooperationen, Informationen über die Marktsituation, über personelle Veränderungen usf. enthalten. Er dient heute oft auch als Werbeträger und Public relations-Instrument.

**g) *Die Konzernrechnung***

Bildet die Gesellschaft einen Konzern (Zusammenfassung mehrere juristisch selbständiger Gesellschaften unter einheitlicher wirtschaftlicher Leitung) hat sie eine konsolidierte

Jahresrechnung zu erstellen (OR 663e I). Sie ist davon befreit, wenn sie zusammen mit den Untergesellschaften gewisse Grössen nicht überschreitet (OR 663e II) und wenn sie nicht am Kapitalmarkt auftritt (OR 663e III).

#### *h) Die Bewertungsregeln*

Die Bewertungsregeln sollen dafür sorgen, dass die Bilanzen der verschiedenen am Markt auftretenden Unternehmungen zu den gleichen Bedingungen erstellt und dadurch vergleichbar sind. Dies ist ein Gebot der Transparenz gegenüber Aktionären, Gläubigern und potentielle Investoren.

**Gründungs-, Kapitalerhöhungs- und Organisationskosten** dürfen als Aktiven in der Bilanz ausgewiesen werden. Auf diese Weise können sie über mehrere Jahre (höchstens fünf) wie andere Investitionen abgeschrieben werden und belasten als Aufwand nicht allein das Gründungsjahr (OR 664).

Das **Anlagevermögen** darf höchstens zu den Anschaffungs- oder Herstellungskosten bewertet werden, unter Abzug der notwendigen Abschreibungen (OR 665). Dies ergibt sich aus dem Gebot der Vorsicht (OR 662a II 3.).

**Beteiligungen** sind Anteile von mindestens 20% am Kapital anderer Unternehmen, die in der Absicht dauernder Anlage gehalten werden und einen massgeblichen Einfluss vermitteln (OR 665a II, III). Solche Beteiligungen gelten als Anlagevermögen und sind entsprechend zu behandeln. Alle andern Anteile an Kapitalien von Unternehmen sind Wertschriften und gehören zum Umlaufvermögen.

**Vorräte** sind zu Anschaffungs- oder Herstellungskosten zu bilanzieren. Ist der Marktpreis tiefer als diese, gilt der Marktpreis (OR 666).

Bezüglich der **Wertschriften** wird das Prinzip, dass nicht realisierte Gewinne nicht bilanziert werden dürfen, durchbrochen: Wertschriften mit Kurswert dürfen zum Durchschnittswert des letzten Monats vor dem Bilanzstichtag bewertet werden. Für Wertschriften ohne Kurswert gilt wiederum die Bilanzierung zum Anschaffungswert (OR 667).

**Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen** sind Aufwandsposten in der Erfolgsrechnung.

- **Abschreibungen:** Im Gegensatz zu Geldwerten veralten Sachwerte (Anlagevermögen) und nutzen sich ab. So sinkt z.B. der Wert eines Fahrzeuges, selbst wenn es nicht benutzt wird. Diese Wertverminderung wird unter dem Begriff der Abschreibung in der Buchhaltung erfasst. Man kann auch von Amortisation über eine gewisse Zeit, z.B. die fünf Jahre, während welcher Zeit das Auto in Betrieb ist, sprechen.
- **Wertberichtigungen:** Wertberichtigung ist der zur Abschreibung auf Anlagevermögen analoge Vorgang auf dem Umlaufvermögen. Sie soll die Posten des Umlaufvermögens auf ihren wirklichen Wert korrigieren. Beispielsweise die Änderungen in Wert und Bestand des Lagers, die voraussichtlichen Verluste auf dem Debitorenkonto (Delkredere) usf.

- **Rückstellungen:** Rückstellungen sind Aufwände, die das abgelaufene Geschäftsjahr betreffen, deren Höhe oder Fälligkeit aber noch ungewiss ist (z.B. Kosten laufender Prozesse, Produkthaftpflichtansprüche). Das Konto Rückstellungen ist ein Passivkonto; da es sich um eine zweckgebundene Schuld handelt, gehört es zum Fremdkapital. Es wird in der Regel durch Angabe des Rückstellungszweckes präzisiert und am Ende der Geschäftsperiode über die Bilanz abgeschlossen.

## *i) Die offenen Reserven*

### **i. Allgemeines**

Die Bildung von Reserven hat einen bremsenden Einfluss auf die Ausschüttung der Dividenden: Diese dürfen erst ausgeschüttet werden, wenn die Reserven korrekt geöffnet sind.

Von Bedeutung ist hierbei die sog. **Sperrziffer** (Summe aus Nennkapital, nicht frei verfügbarem Teil der allgemeinen gesetzlichen Reserven, Aufwertungsreserven und Reserven für eigene Aktien): Die Sperrziffer sorgt dafür, dass dieser Betrag nicht durch Entnahmen (Ausschüttungen und Kapitalrückzahlungen) wieder der Gesellschaft entzogen wird. Wenn die Sperrziffer nicht mehr gedeckt ist, dürfen Gewinnausschüttungen erst wieder aufgenommen werden, wenn der Aktivenüberschuss durch erwirtschaftete Mittel die Sperrziffer in der Bilanz überschreitet, d.h. je grösser insbesondere die Reserven sind, desto schwieriger wird die Ausschüttung von Dividenden.

### **ii. Gesetzliche Reserven**

Allgemeine Reserve: Der allgemeinen gesetzlichen Reserve sind grundsätzlich jeweils fünf Prozent des Jahresgewinns zuzuweisen, bis diese Reserve 20% des einbezahlten Nennkapitals erreicht hat (OR 671 I). Zusätzlich, auch wenn diese Limite erreicht ist, sind dieser Reserve zuzuweisen (OR 671 II):

- das **Agio** (d.h. die Differenz zwischen Nennwert und Ausgabepreis von Aktien, abzüglich der Ausgabekosten);
- etwaige **Kaduzierungsgewinne** (d.h. getätigte Einzahlungen auf verfallenen Aktien);
- und wenn mehr als 5% Dividende ausgeschüttet wird, 10% des Betrages, der diese 5% übersteigt.

Teilweise wird die Meinung vertreten, diese letztere Zuweisung müsse nur erfolgen bis die allgemeine gesetzliche Reserve die Hälfte des Nennkapitals erreicht habe, da darüber hinaus angelegte Reserven sowieso frei verwendbar seien und ihnen insoweit keine Sperrfunktion mehr zukomme (OR 671 III). Vertretbar ist aber auch eine darüber hinausgehende Zuweisung an die Reserven, wodurch freie Reserven entstehen.

Für **Banken** sind die Regeln der Reservenbildung grundsätzlich gleich; allerdings dürfen die Reserven nur zur Deckung von Verlusten und für Abschreibungen verwendet werden (BankG 5). Darüber hinaus kennt das Bankrecht aber umfangreiche Anforderungen an die Eigenmittel und die Risikoverteilung (vgl. BankV 11 ff.).

Diese allgemeine Reserve darf, soweit sie die Hälfte des Aktienkapitals bzw. des Nennkapitals (und die Summe aller Agi) übersteigt, frei verwendet werden! Soweit sie **nicht die Hälfte des Nennkapitals übersteigt ist ihre Verwendung beschränkt auf** die Deckung von Verlusten; die Kompensation von schlechtem Geschäftsgang; und Massnahmen gegen die Arbeitslosigkeit oder ihre Folgen (OR 671 III i.V.m. 725 I).

**Reserve für eigene Aktien:** Erwirbt die Gesellschaft eigene Aktien, hat sie für diese einen dem Anschaffungswert entsprechenden Betrag gesondert als Reserve auszuweisen (OR 659a II). Die Auflösung dieser Reserven erfolgt, sobald die Gesellschaft die eigenen Aktien wieder veräussert oder vernichtet (OR 671a). Dieser Reserveposten wird demnach auch gestrichen, wenn für die Aktien ein Erlös unter dem Einstandspreis erzielt worden ist. Die Auflösung erfolgt diesfalls über eine Aufwandsbuchung; die Sperrzahl „Reserven für eigene Aktien“ jedoch ist weg.

**Aufwertungsreserven:** Sind in der Folge einer Aufwertung von Grundstücken oder Beteiligungen Aufwertungsreserven angelegt worden (OR 670 I), können diese nur wieder durch Abwertung oder Veräusserung der betreffenden Werte oder aber durch die Umwandlung in Aktienkapital aufgelöst werden (OR 671b).

### iii. Statutarische Reserven

Durch die Statuten kann zum einen die Erhöhung der gesetzlichen Quoten von OR 671 I festgelegt, oder es können andere Reserven vorgesehen werden. Die Verwendung kann bereits in den Statuten festgesetzt sein (etwa für die betriebseigene Pensionskasse [OR 673], einen Sportclub usw.), was üblich ist, oder eine Zweckbestimmung kann fehlen, dann entscheidet der Verwaltungsrat über die Verwendung (OR 672). Da aber schliesslich die Generalversammlung die Jahresrechnung genehmigt (OR 698 II 4.), bleibt ihr die letzte Kompetenz der Entscheidung über die Verwendung solcher Reserven.

### iv. Schaffung von Reserven durch Beschluss der Generalversammlung

Zusätzliche Reserven könne von der GV auch ad hoc beschlossen werden, aber nur für **Wiederbeschaffungszwecke**, wenn eine Investition zwar abgeschrieben ist, aber die Neubeschaffung teurer werden wird als die frühere Anschaffung (OR 674 II 1.); dem **langfristigen Gedeih des Unternehmens**, sog. Arbeitsbeschaffungsreserven (OR 674 II 2.); eine **Dividendenreserve**, damit die Dividenden jährlich gleichmässig ausgeschüttet werden können (OR 674 II 2.); oder zu **Wohlfahrtszwecken** (OR 674 III).

## j) *Die stillen Reserven*

### i. Die Bildung stiller Reserven

Stille Reserven (oder auch: unsichtbare oder versteckte Reserven) entstehen entweder durch die **Überbewertung von Passiven** oder die **Unterbewertung von Aktiven**. Das geltende Aktienrecht begünstigt bzw. führt zwingend zur Bildung von stillen Reserven aufgrund seiner Bewertungsregeln: insbesondere bei der Abschreibung, der Wertberichtigung oder bei Rückstellungen. Dies geschieht beispielsweise durch schnelleres Abschreiben von Investitionsgütern als durch ihre Lebensdauer effektiv erforderlich wäre oder durch Vornahme grösserer Wertberichtigungen oder Rückstellungen als erforderlich.

Die Bildung (wie auch die Auflösung) stiller Reserven kann aber auch **bewusst durch Senkung des Ertrags bzw. Erhöhung des Aufwandes gesteuert** werden.

Die Bildung stiller Reserven liegt ganz in der Hand des Verwaltungsrates oder allenfalls der Geschäftsleitung. Dies beinhaltet ein hohes Missbrauchspotential, weil gerade diese Personen gute Resultate zeigen wollen, was sie mit der Auflösung stiller Reserven steuern könnten. Als Sicherung hat der Gesetzgeber den Verwaltungsrat verpflichtet, der Revisionsstelle die Bildung oder Auflösung von stillen Reserven postenweise mitzuteilen (OR 669 IV).

## ii. Die Auflösung stiller Reserven

Die Auflösung stiller Reserven erfolgt zum einen automatisch durch exogene Faktoren (Marktschwankungen, Börsenkurse usw.) und zum andern bewusst durch den Verwaltungsrat (z.B. durch Verkauf der unterbewerteten Gegenstände), wobei aber der Erlös separat in der Bilanz aufzuführen und der Revisionsstelle im einzelnen mitzuteilen ist. Sie sind in den Jahresbericht aufzunehmen (OR 663d I).

### 3.6.7. Rechtsschutz

#### a) *Die Anfechtungsklage (OR 706 f.)*

**Nur gegen GV-Beschlüsse möglich!!** Der Verwaltungsrat und jeder Aktionär können Beschlüsse der Generalversammlung, die (formell oder materiell) gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen, mit Klage gegen die Gesellschaft anfechten. Anfechtbarkeit eines Beschlusses bedeutet, dass der Beschluss zwar gültig ist, aber auf Klage hin durch den Richter aufgehoben werden kann (Gestaltungsklage). Selbst wenn diese Beschlüsse mit der erforderlichen Mehrheit zustande gekommen sind (OR 706 I), ist die Anfechtungsklage möglich. Nicht zu rügen hingegen ist die Angemessenheit einer Entscheidung solange das Gesetz oder die Statuten nicht verletzt werden und der Entscheid nicht unsachlich ist.

Die Aufzählung im Gesetz ist nicht abschliessend (OR 706 II):

- unter Verletzung **von Gesetz oder Statuten Rechte von Aktionären entziehen** oder beschränken (Ziff. 1);
- die zwar nicht gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen, aber in unsachlicher Weise Rechte und Pflichten von Aktionären entziehen oder beschränken (Ziff. 2, **Sachlichkeitsgebot**);
- eine durch den Gesellschaftszweck nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung oder Benachteiligung der Aktionäre bewirken oder **gegen das Prinzip der schonenden Rechtsausübung** verstossen (Ziff. 3);
- die **Gewinnstrebigkeit** der Gesellschaft ohne Zustimmung sämtlicher Aktionäre aufheben (Ziff. 4).

Häufige Fälle sind die Teilnahme Unbefugter (OR 691) oder die Nichtzulassung Befugter (OR 706 II 1.) an der Generalversammlung:

- Speziell geregelt ist die **Zulassung Unbefugter an die Generalversammlung**: ein Aktionär, auch wenn er an der GV selbst nicht dagegen protestiert hat kann die dort gefällten Beschlüsse anfechten (**per direkter Klage aus OR 691 III**), sofern die Gesellschaft nicht beweist, dass die unbefugte Mitwirkung keinen Einfluss auf die Beschlussfassung ausgeübt hat (**Kausalitätserfordernis**: die Anwesenheit von Hilfspersonal, Beleuchter usf. soll kein Anfechtungsgrund sein; ansonsten reicht bereits die Präsenz Unberechtigter zur Anfechtung aus).
- Die **Nichtzulassung von berechtigten Aktionären** fällt unter die Anfechtbarkeit gemäss OR 706 II 1. Nach Gesetz würde an sich ein einziger nicht zugelassener, berechtigter Aktionär ausreichen, um die Generalversammlung wiederholen zu lassen; dies erscheint jedoch nicht sinnvoll, weshalb auch hier das Kausalitätserfordernis von OR 691 III gelten sollte.

Die Klage richtet sich gegen die Gesellschaft (Passivlegitimation). Klagen kann jeder Aktionär und der Verwaltungsrat (Aktivlegitimation). Ist der Verwaltungsrat Kläger, so bestellt der Richter einen Vertreter für die Gesellschaft (weil sonst der Verwaltungsrat seine und die Interessen der Gesellschaft zu vertreten hätte! [OR 706a II]). Gläubiger hingegen sind nicht zur Klage legitimiert (obwohl auch sie berechnigte Interessen haben könnten).

Die Klage ist befristet (OR 706a I): **Nach 2 Monaten verwirkt die Klagemöglichkeit** endgültig und selbst ein Beschluss der in übelster Weise gegen das Gesetz verstösst wird gültig!!! Rechtsunsicherheit soll, wie es für das Handelsrecht typisch ist, soweit als möglich vermieden bzw. möglichst eingeschränkt werden (OR 706a I). Umgekehrt lässt sich demnach sagen, dass alle Beschlüsse der Generalversammlung resolutiv bedingt zustande gekommen sind. Bei Gutheissung der Klage, wird der Beschluss aufgehoben (kassatorische Wirkung des Urteils: als wäre der Beschluss nie gefasst worden), aber nicht korrigiert. Das Urteil wirkt nicht nur für oder gegen den Kläger, sondern für oder gegen alle Aktionäre: erga omnes-Wirkung (OR 706 V).

Da der Streitwert solcher Klagen meist sehr hoch ist und deswegen die Gefahr besteht, dass die Klagen aus Furcht vor den Konsequenzen bei einer Niederlage nicht erhoben werden (Realität unter dem alten Aktienrecht), hat der Gesetzgeber im revidierten Aktienrecht die Möglichkeit geschaffen, dass **im Extremfall die Gesellschaft die Prozesskosten auch dann zu tragen hat, wenn der Kläger unterliegt** (OR 706a III). Diese Möglichkeit hat aber bisher nicht zu mehr Klagen geführt. Ebenfalls sind **vorsorgliche Massnahmen** möglich (z.B. das Verhindern eines Handelsregistereintrages, HRegV 32 II).

#### *b) Die Nichtigkeitsklage (OR 706b)*

**Richtet sich gegen GV- und VR-Beschlüsse!!** Die Unterschiede zwischen der Anfechtungs- und der Nichtigkeitsklage zeigen sich bereits im prozessualen Bereich: Die Anfechtungsklage ist eine Gestaltungsklage auf Aufhebung eines Beschlusses, während die Nichtigkeitsklage die richterliche Feststellung der bereits bestehenden Nichtigkeit eines Beschlusses verlangt (Feststellungsklage).

Nichtigkeit eines Beschlusses bedeutet, dass der Beschluss nie gültig zustande kam. Klageberechtigt ist jeder, der ein schützenswertes Interesse geltend machen kann (d.h. auch Gläubiger, potentielle Anleger usw.). Die Nichtigkeitsklage ist nicht befristet, sie kann auch noch nach längerer Zeit geltend gemacht werden, was für die Rechtssicherheit nachteilig und ein Grund mehr dafür ist, dieses derart starke Instrument als ultima ratio anzusehen, das nur in besonders schweren Fällen zum Zuge kommen soll, d.h. wenn in **generell-abstrakter Form** (individuell-konkrete Eingriffe in Aktionärsrechte hingegen sollen hingegen nur durch die Anfechtungsklage gerügt werden können) in die **Kernrechte** der Aktionäre eingegriffen wird. Die Voraussetzungen für die Nichtigkeit eines Beschlusses sind deshalb sehr restriktiv auszulegen.

Je länger allerdings der zeitliche Abstand zwischen den nichtigen Beschlüssen und der Klage ist, desto eher muss die Verwirkung der Klage aufgrund von ZGB 2 geprüft werden: das Rechtsschutzinteresse des Klägers kann z.B. nicht mehr gegeben sein und demzufolge die Klageanhebung missbräuchlich. Zuwarten allein genügt allerdings für den Rechtsmissbrauchstatbestand noch nicht. **Nichtig sind Beschlüsse der Generalversammlung und Statutenbestimmungen, die (OR 706b):**

- **zwingend gewährte Rechte** der Aktionäre oder einer bestimmten Gruppe von Aktionären (z.B. das Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung) in generellabstrakter Weise beschränken (etwa indem nur an die Generalversammlung zugelassen wird, wer mehr als 10% der Aktien besitzt): Ziff. 1.
- **Kontrollrechte** von Aktionären über das gesetzliche Mass hinaus **beschränken** (z.B. wenn der Antrag auf Sonderprüfung nur von Aktionären mit über 10 Mio. Fr. an Nennwerten gestellt werden dürfte): Ziff. 2.
- **gegen die Grundprinzipien des Aktienrechts verstossen** (z.B. wenn in den Statuten neue Organe eingeführt werden; die schriftlichen Stimmabgabe; Abschaffung der Revisionsstelle; Eingriffe in die zwingenden Kompetenzen der Organe; statutarische Nebenpflichten für Aktionäre) oder die Bestimmungen über den Kapitalschutz verletzen (z.B. Einlagenrückgewähr ohne Kapitalherabsetzung; Zinsen auf dem Aktienkapital; Austrittsrecht mit Entschädigung; Beschluss einer Dividende unter Verletzung der Sperrziffer; Auflösung der Reserven): Ziff. 3.
- oder auch **formelle Mängel**, welche die ganze GV nichtig sein lassen (z.B. Durchführung einer Universalversammlung, wenn nicht alle Aktionäre anwesend sind; Beschlüsse über nicht traktandierte Geschäfte; ein Beschluss der als gefasst protokolliert wurde, über den aber nicht abgestimmt wurde).

Aufgrund seiner ultima ratio-Funktion **ist die Nichtigkeit von Beschlüssen der Generalversammlung trotz des „insbesondere“ in OR 706b auf die im Gesetz genannten Fälle zu beschränken.**

#### c) *Die Auflösungsklage (OR 736 4.)*

Aktionäre, die zusammen mind. 10% des Aktienkapitals (**nicht der Stimmen!**) vertreten, können aus wichtigen Gründen, d.h. wenn die Fortführung nicht mehr zumutbar ist, die Auflösung der Gesellschaft verlangen.

Allerdings kann der Richter eine andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung anordnen: Damit stellt die Auflösungsklage ein Notventil dar gegen den Machtmissbrauch von Mehrheiten gegenüber Minderheiten insbesondere in Konzernen, wenn z.B. den Aktionären keine Dividende mehr ausgeschüttet wird. Meist will in solchen Fällen die Auflösung gar niemand, die Minderheit will vielmehr draussen sein (was ihr oft durch den Verkauf der Aktien nicht mehr gelingt, weil sie keinen Käufer findet und die Gesellschaft [bzw. der Konzern] ebenfalls kein Interesse daran zeigt weil die Mehrheit und Kontrolle über die Gesellschaft ist auch so möglich ist). Der Richter kann anordnen, dass der Konzern die Aktien der Minderheit kauft, oder dass die Aktien durch eine Kapitalherabsetzung (gegen Entschädigung) vernichtet werden.

#### *d) Die Verantwortlichkeitsklage*

##### **i. Die Haftung für den Emissionsprospekt (OR 752)**

Jedermann (d.h. die Verwaltungsratsmitglieder, die Geschäftsführer, aber auch Banken, die bei der Emission von Titeln beteiligt sind) haftet für den Schaden, den er, vorsätzlich oder fahrlässig, durch unrichtige, irreführende oder den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechenden Angaben (= Widerrechtlichkeit) in einem Emissionsprospekt oder einer ähnlichen Mitteilung den Erwerbern (Aktivlegitimation) der Titel verursacht.

Die Haftung erstreckt sich nicht nur auf die Emission von Aktien und Partizipationsscheinen, sondern auf alle ausgegebenen Titel (Obligationen, Wandelanleihen, Optionen usw.). Die Herausgabe von Aktien findet man bei der Gründung und bei der Kapitalerhöhung.

##### **ii. Die Gründungshaftung (OR 753)**

Gründer, Verwaltungsratsmitglieder und alle andern an der Gründung beteiligten Personen (die Depotbank, der beurkundende Notar, der Protokollführer usw.) werden der Gesellschaft, den Aktionären und auch den Gläubigern für verursachten Schaden verantwortlich. Die Widerrechtlichkeit ergibt sich folgendermassen:

- Unrichtige oder irreführende Angaben bei Sacheinlagen, Sachübernahme oder Gewährung besonderer Vorteile (Fahrlässigkeit oder Vorsatz).
- Veranlassung der HR-Eintragung auf Grund unrichtiger Angaben (Fahrlässigkeit oder Vorsatz).
- Wissentliche Annahme von Zeichnungen zahlungsunfähiger Personen (nur Vorsatz).

##### **iii. Die Haftung für Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation (OR 754)**

Die Haftung für Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation ist die Verantwortlichkeitsklage des Aktienrechts, also die **eigentliche Verantwortlichkeitsklage. Passivlegitimiert**, d.h. gemäss OR 754 I der Gesellschaft gegenüber für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung der ihnen obliegenden Pflichten verursachen, sind alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Liquidation befassten Personen. Als mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Liquidation befasst



im Sinne dieser Bestimmung gelten nicht nur Entscheidungsorgane, die ausdrücklich als solche ernannt worden sind, sondern auch Personen, die tatsächlich Organen vorbehaltenen Entscheidungen treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen (faktische Organe). Faktische Organe einer juristischen Person sind alle diejenigen Personen, die auf die Willensbildung der juristischen Person **kraft ihrer Stellung entscheidenden Einfluss ausüben** (OR 717, 722 und 754 I).

Es genügt somit, wenn die in Anspruch genommenen Personen tatsächlich die Möglichkeit gehabt haben, den Schaden zu verursachen oder zu verhindern, d.h. den Geschäftsgang der Gesellschaft massgebend zu beeinflussen. Diese Voraussetzungen dürften grundsätzlich immer gegeben sein für „die obersten Leitung einer Gesellschaft, die oberste Schicht der Hierarchie“.

Die Haftung auslösen können alle Handlungen, welche einen Verstoß **gegen die Treue- und Sorgfaltspflichten** (OR 717) beinhalten, darin liegt bereits die Widerrechtlichkeit. Die Haftung ist insofern gemildert, als **sich exkulpieren kann**, wer eine Aufgabe befugterweise (d.h. keine unübertragbaren Aufgaben gemäss OR 716a; vgl. auch OR 716b) einem anderen Organ übertragen hat und nachweisen kann, dass er bei der Auswahl (cura in eligendo), bei der Unterrichtung (cura in instruendo) und bei der Überwachung (cura in custodiendo) die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat (OR 754 II). **Beispiele für solche Pflichtverletzungen** sind etwa:

- der Entzug von Vermögenswerten, ohne Sicherstellung einer entsprechenden Gegenleistung;
- die Investition von 80% des Gesellschaftsvermögens in eine hochspekulative Anlage, auch wenn sie auf den Rat von Experten hin erfolgte;
- die nicht zinstragende Anlage von freien Vermögenswerten der Gesellschaft;
- das Tätigen von Geschäften mit Mehrheitsaktionären, die für Minderheitsaktionäre nachteilig sind;
- das Unterlassen einer Untersuchung trotz bekannten Unregelmässigkeiten;
- das Missachten der Vorschriften von Art. 725 II OR, obwohl die bestehende Überschuldung bekannt ist oder bekannt sein müsste;
- sich trotz Unerfahrenheit nicht von Spezialisten beraten lassen (Übernahmeverschulden);
- sich in das Amt (Verwaltungsratsmitglied) wählen lassen, trotz des Wissens um den hoffnungslosen finanziellen Zustand der Gesellschaft.

#### iv. Die Revisionshaftung (OR 755)

Alle mit der Prüfung der Jahres- und Konzernrechnung, der Gründung, der Kapitalerhöhung oder Kapitalherabsetzung befassten Personen (Revisoren) sind sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gläubigern der Gesellschaft für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen (OR 755).

Neben der Haftung als Organ kann die Revisionsstelle auch aufgrund des vertraglichen Auftragsverhältnisses mit der Gesellschaft haften: hier allerdings nur gegenüber der Gesellschaft. Zu prüfen wäre allenfalls, ob der Vertrag zwischen der Gesellschaft und der Revisionsstelle eine Schutzwirkung zugunsten Dritter (Aktionäre, Gläubiger) entfaltet.

#### v. **Aktivlegitimation**

Leitet sich der Schaden eines Gläubigers oder eines Aktionärs bloss aus dem Schaden der Gesellschaft ab, indem er infolge der Vermögenseinbusse der Gesellschaft für seine Forderungen nicht gedeckt ist bzw. seine Beteiligung an Wert verliert, liegt ein mittelbarer Schaden vor.

Ein unmittelbarer (direkter, individueller) Schaden wird angenommen, wenn der Gläubiger oder der Aktionär unabhängig von einer Schädigung der Gesellschaft durch das pflichtwidrige Verhalten einer haftbaren Person in seinem Vermögen beeinträchtigt wird. Bei unmittelbarer Schädigung finden die besonderen Regeln von OR 756-758 keine Anwendung. Anwendbar sind hingegen stets die OR 759-761. (Wobei für Aktionäre, die dem Entlastungsbeschluss zugestimmt haben, auch bei Geltendmachung unmittelbarer Schädigung die Einschränkung von OR 758 I gelten muss, da diese sich sonst rechtsmissbräuchlich verhielten.)

**Mittelbarer Schaden:** Wenn der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist, sind **ausserhalb des Konkurses der Gesellschaft, die Gesellschaft selbst und jeder Aktionär zur Klage berechtigt**. Soweit die Gesellschaft klagt, bestimmt der Richter einen Vertreter für die Gesellschaft (analog OR 706a II). Die Klage lautet stets auf **Leistung an die Gesellschaft**. Ein klagender Aktionär geht also insofern ein Risiko ein, als er auch im Falle des Prozessgewinns selber nichts erhält und, wenn er den Prozess verliert, allenfalls die Prozesskosten zu tragen hat. Der Richter kann aber die Prozesskosten nach seinem Ermessen (ZGB 4) auf den Kläger und die Gesellschaft (oder nur die Gesellschaft) verlegen, soweit der Aktionär begründeten Anlass zur Klage hatte (OR 756 II). Gläubiger sind, solange die Gesellschaft zahlungsfähig ist, d.h. sich ausserhalb des Konkurses befindet und die Gläubiger somit keinen Schaden erlitten haben, nicht zur Klage zugelassen.

Im **Konkurs der Gesellschaft** ist zunächst die Konkursverwaltung berechtigt die Ansprüche von Aktionären und Gläubigern geltend zu machen und erst subsidiär, wenn die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung verzichtet, die Aktionäre und die Gläubiger (OR 757 I, II, vgl. SchKG 260). Die Klage lautet in diesem Fall auf Leistung an die klagenden Aktionäre und Gläubiger: Das Ergebnis wird in erster Linie an die klagenden Gläubiger verteilt, in zweiter Linie an die klagenden Aktionäre und der Rest fällt in die Konkursmasse, d.h. geht an die übrigen Gläubiger und Aktionäre (OR 757 II). D.h. dass die klagenden Gläubiger und Aktionäre nicht nur den selbst erlittenen Schaden geltend machen können, sondern den ganzen der Gesellschaft entstandenen Schaden.

Der **Entlastungsbeschluss** (Décharge) wirkt (innerhalb oder ausserhalb des Konkurses) nur für bekannt gegebene Tatsachen und nur gegen Klagen der Gesellschaft oder von Aktionären, welche dem Beschluss zugestimmt oder ihre Aktien seither in Kenntnis des Beschlusses erworben haben (OR 758 I: Konkretisierung von ZGB 2, venire contra factum proprium). Aktionäre, welche nicht zugestimmt haben (im Protokoll vermerken lassen!), und Gläubiger sind nicht an den Entlastungsbeschluss gebunden. Das Klagerecht für diese Aktionäre erlischt **sechs Monate nach dem Entlastungsbeschluss** (OR 758 II). Das Klagerecht betreffend Tatsachen, die nicht bekannt gegeben worden sind, und das Klagerecht von geschädigten Gläubigern (nur im Konkursfall, vgl. oben) **verjährt im**

**Übrigen fünf Jahre nach Kenntnis des Schadens**, jedenfalls aber nach zehn Jahren vom Augenblick der schädigenden Handlung an (OR 760 I).

**Unmittelbarer Schaden:** Bei direkten Schäden, wenn also entweder Aktionäre oder Gläubiger selber zu Schaden gekommen sind, ist eine Klage nach OR 41 zu führen. Die Widerrechtlichkeitsnorm ist in diesem Fall die jeweilige Schutznorm (z.B. OR 717), welche die Aktionäre oder die Gläubiger vor einem derartigen Schaden schützen will. Diese Klage kann jederzeit, auch im Konkursfall geltend gemacht werden. Die Klagemöglichkeit erlischt für Aktionäre wiederum nach sechs Monaten (sofern sie nicht dem Entlastungsbeschluss zugestimmt haben) und verjährt für Gläubiger (und für Aktionäre bezüglich unbekannter Tatsachen) fünf Jahre nach Kenntnis des Schadens, jedenfalls aber zehn Jahre nach der schädigenden Handlung (OR 760 I).

#### vi. **Gerichtsstand**

Für Klagen aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit ist das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Sitz der Gesellschaft zuständig (GestG 29).

#### vii. **Solidarität und Rückgriff**

Sofern für den Schaden mehrere Personen ersatzpflichtig sind, haften grundsätzlich die Verantwortlichen **solidarisch** (OR 759 I). Der Kläger kann nur einen der Verantwortlichen auf den ganzen Schaden einklagen, oder er kann mehrere Beteiligte einklagen und vom Gericht verlangen, dass dieses im gleichen Verfahren die Ersatzpflicht jedes einzelnen Beklagten (je nach persönlichem Verschulden) festsetzt (OR 759 II). Letztere Möglichkeit hat aber wohl den Nachteil, dass, wenn einer der Beteiligten zahlungsunfähig werden sollte, der Kläger nicht mehr auf die andern greifen kann, da sie bereits nach ihrem Verschulden Ersatz geleistet haben.

### 3.6.8. **Liquidation**

#### a) ***Allgemeine Bestimmungen betreffend die Auflösung***

Die Auflösung der Gesellschaft kann infolge verschiedener Gründe erfolgen: durch Liquidation, durch Fusion oder auch aufgrund eines Wegzuges aus der Schweiz. Das Gesetz sieht in OR 736 folgende Auflösungsgründe vor:

- Auflösung nach Massgabe der Statuten.
- Beschluss der Generalversammlung (für den kein erhöhtes Quorum erforderlich ist, jedoch eine öffentliche Beurkundung).
- Konkurs der Gesellschaft.
- Auflösungsklage, wenn Aktionäre, die zusammen mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals vertreten, aus wichtigen Gründen die Auflösung verlangen. Statt derselben kann der Richter aber auf eine andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung erkennen.

- und andere im Gesetz vorgesehene Fälle (wie das Unterschreiten der geforderten Zahl von drei Aktionären, die Verletzung von Nationalitätsvorschriften, bei Banken der Entzug der Bankbewilligung durch die Eidgenössische Bankenkommission oder durch die Löschung des Handelsregisterführers von Amtes wegen wenn der Verwaltungsrat handlungsunfähig ist und das nicht behoben wird).

**b) Die Liquidation der AG (OR 736 ff.)**

**i. Allgemeines**

Die Liquidation einer Gesellschaft ist meist ein langwieriges Unterfangen, viel schwieriger als eine Gründung, da die Auflösung durch die Beteiligten schon psychologisch mit weniger Euphorie betrieben wird, weil die Auflösung in langsamen Schritten erfolgen muss (wenn z.B. die Lager zu einem guten Preis verkauft werden sollen), weil bestehende Verträge zu kündigen (Fristen!) oder noch einzuhalten sind, weil Arbeitnehmer nicht einfach auf die Strasse gestellt werden können usf.

**ii. Folgen der Liquidation (OR 737 ff.)**

Die Liquidation der Gesellschaft bedeutet zunächst eine totale **Zweckänderung**: der Zweck der Gesellschaft besteht nun darin, die Geschäfte langsam auslaufen zu lassen und nicht mehr in einer bestimmten, gewinnstrebige Geschäftstätigkeit (OR 743). Aufgrund dieser neuen Lage müssen insbesondere die Gläubiger sowie allfällige potentielle Kreditgeber und Investoren geschützt werden, da ihre Ansprüche und Interessen gefährdet werden könnten. Eine dieser Sicherungen besteht darin, dass die Gesellschaft in ihrer Firma den Zusatz „**in Liquidation**“ anfügen muss (Anmeldung beim Handelsregister und Veröffentlichung im SHAB). Hinzu kommt die Handelsregistereintragung der Liquidatoren.

**iii. Ernennung der Liquidatoren**

Es müssen Liquidatoren ernannt werden: erfolgt die Auflösung nicht wegen Konkurses oder richterlicher Auflösung, kann der Verwaltungsrat diese Funktion übernehmen (OR 740 I), andernfalls ernennt das Gericht die Liquidatoren (OR 740 IV) oder die Konkursverwaltung führt die Liquidation durch (OR 740 V). Bei Banken ernennt die EBK die Liquidatoren (BankG 23quinquies II).

**iv. Abberufung der Liquidatoren**

Die Generalversammlung kann die von ihr ernannten Liquidatoren jederzeit abberufen (OR 741 I). Sofern wichtige Gründe (Unzumutbarkeit) vorliegen, kann das Gericht auf Antrag eines Aktionärs Liquidatoren abberufen und andere ernennen (OR 741 II).

**v. Durchführung der Liquidation**

- Bilanz aufstellen.
- Schuldenruf.

- Ev. Hinterlegung.
  - Bei Forderungen bekannter Gläubiger.
  - Bei nicht fälligen und strittigen Forderungen.
- Geschäfte der AG zu Ende führen, Versilberung der Aktiven, Tilgung der Passiven.
- Benachrichtigung des Richters im Überschuldungsfall (Konkurs).
- Verteilung des Aktienüberschusses.
- Löschung der AG im Handelsregister.

Die Liquidation beginnt mit dem Beschluss der Generalversammlung (bzw. einem der andern Liquidationsgründe). Anschliessend ist eine Liquidationsbilanz zu erstellen (OR 742 I); die bekannten Gläubiger sind direkt, unbekannte durch öffentliche Bekanntmachung im SHAB zu benachrichtigen und zur Anmeldung ihrer Ansprüche aufzufordern (OR 742 II). Melden sich bekannte Gläubiger nicht, ist der Betrag ihrer Forderung gerichtlich zu hinterlegen (OR 744 I). Anschliessend erfolgt die „**Versilberung**“ der Aktiven der Gesellschaft; ausstehende Beträge sind einzuziehen und Verpflichtungen zu erfüllen (OR 743). Sind alle Geschäfte beendet und alle Aufgaben vollzogen, kann die **Verteilung** des verbleibenden Gesellschaftsvermögens beginnen: es wird unter die Aktionäre nach Massgabe der einbezahlten Beträge und unter Berücksichtigung der Vorrechte einzelner Aktienkategorien (Vorzugsaktien) verteilt (OR 745 I). Die Verteilung kann frühestens nach Ablauf eines Jahres (vom Tag des dritten Schuldenerufes an) vollzogen werden. Erfolgt die Verteilung früher, muss ein besonders befähigter Revisor bestätigen, dass alle Schulden getilgt und keine Interessen Dritter gefährdet werden (OR 745 II, III). Zuletzt folgt die **Löschung der Firma im Handelsregister** (OR 746). Die Geschäftsbücher sind **während zehn Jahren nach der Liquidation aufzubewahren** (OR 747).

#### vi. **Widerruf des Auflösungsbeschlusses?**

Der Widerruf des Auflösungsbeschlusses durch die Generalversammlung ist grundsätzlich möglich, wenn mit der Liquidation noch nicht begonnen worden bzw. diese noch nicht weit fortgeschritten ist, und wenn keine Gläubiger dabei geschädigt werden.

### **3.7. GmbH**

#### **3.7.1. Allgemeines**

Das GmbH-Recht wurde vollständig revidiert. Die neue Fassung tritt am 1. Januar 2008 in Kraft. Vorliegend sollen nur kurz die grössten Veränderungen dargestellt werden. Als weiterführende Literatur zu empfehlen wären z.B.: HANDSCHIN LUKAS, TRUNIGER CHRISTOF, Die neue GmbH, 2. Auflage, Zürich 2006; sowie MEIER-HAYOZ ARTHUR / FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Auflage, Bern 2007.

### 3.7.2. Übersicht der Änderungen

- Eine Person als Gründerin reicht aus (ebenso im neuen Aktienrecht).
- Kein Maximal-Stammkapital vorhanden.
- Mehrere Stammanteile möglich, zu mindestens CHF 100.-.
- Vollständige Einlage von CHF 20'000.- notwendig.
- Übertragung der Anteile per Schriftform anstatt der öffentlichen Beurkundung.
- Keine Einstimmigkeit bei der Kapitalerhöhung mehr nötig.
- Flexible Vinkulierung (Einstimmigkeit bis Ausschluss der Vinkulierung).
- Gestaltungsmöglichkeiten bei der Treuepflicht und dem Konkurrenzverbot.
- Revision abhängig von der Unternehmensgrösse.
- Keine Solidarhaftung der Gesellschafter.
- Möglichkeit des Gesellschafterausschlusses.

## 3.8. *Genossenschaft*

### 3.8.1. Begriff

#### a) *Allgemeines*

Die Genossenschaft ist diejenige Gesellschaft, die sich am meisten von der Aktiengesellschaft unterscheidet. Sie ist im Gegensatz zur reinen Kapitalgesellschaft die typische Personenvereinigung, sie hat im Extremfall nicht einmal ein Grundkapital. Ihr Zweck ist nicht die Akkumulation von Gewinn, sondern die Selbsthilfe der Genossenschafter (auch wenn diese Selbsthilfe in geldwerten Leistungen erfolgen kann [OR 828]). Dennoch ist die Genossenschaft eine juristische Person, die unter eigener Firma auftritt.

#### b) *Die nicht geschlossene Zahl von Mitgliedern*

Das typische Merkmal der Genossenschaft ist die nicht geschlossene Zahl von Mitgliedern. Die Genossenschaft darf Neumitgliedern den Eintritt nicht übermässig erschweren (OR 839 II). Die Genossenschaft kann jedoch ein Gesuch auf Eintritt grundlos ablehnen;

einen **klagbaren Anspruch auf Aufnahme gibt es nicht!** Selbstverständlich sind Beschränkungen möglich, die z.B. nur Rebbauern als Mitglieder einer Rebbaugenossenschaft zulassen oder nur Landwirte als Mitglieder einer landwirtschaftlichen Genossenschaft.

#### *c) Das Grundkapital der Genossenschaft*

Ein Grundkapital ist für die Genossenschaft nicht zwingend erforderlich. Das Gesetz enthält keine Vorschriften über die Höhe des Grundkapitals, **ja die Festlegung einer solchen Höhe ist gar nicht erlaubt** (OR 828 II). Wenn die Genossenschaft über ein Grundkapital verfügt, kann dessen Höhe nicht bestimmt werden, da die Zahl der Gesellschafter nicht bestimmt ist. Ein Grundkapital muss in Anteile (bzw. Anteilscheine) zerlegt werden (OR 833, 853), jeder Genossenschafter muss mindestens einen Anteilschein zeichnen. Die Statuten können bestimmen, dass bis zu einer gewissen Höchstzahl mehrere Anteilscheine erworben werden dürfen. Besitzt die Genossenschaft ein Grundkapital, gelten für die Herabsetzung überdies die Regeln der Aktiengesellschaft (OR 874 II i.V.m. 732 ff.).

Besteht ein Gesellschaftsvermögen, hat der Gesetzgeber die weitere Vermehrung noch gefördert, indem ein Reingewinn vollumfänglich in dieses Vermögen fällt (OR 859 I, dispositiv) und gesetzlich die Bildung eines Reservefonds vorgeschrieben ist (OR 860). Eine allfällige Gewinnausschüttung ist auf die Rendite von z.B. Bundesobligationen beschränkt (OR 859 III).

#### *d) Die Verfolgung eines wirtschaftlichen Zwecks*

Das Gesetz schreibt vor, dass die Genossenschaft in der Hauptsache wirtschaftliche Zwecke zu verfolgen habe; in der Nebensache sind andere Zwecke möglich (OR 828 I). **Die Handelsregisterverordnung erlaubt entgegen dem Gesetzestext auch Genossenschaften mit rein gemeinnützigem Zweck die Eintragung** (HRegV 92 II)!

Mit dem wirtschaftlichen Zweck unterscheidet sich die Genossenschaft vom Verein, welcher einem solchen Zweck nicht dienen darf (ZGB 60 I). Sie unterscheidet sich aber auch von der Aktiengesellschaft, die vorrangig der Erzielung von Gewinn zugunsten der Aktionäre (shareholder value) dient: die Genossenschaft ist nicht auf Kapitalerträge ausgerichtet, sondern sie lässt den Genossenschaf tern wirtschaftliche Vorteile in Form anderer geldwerter Leistungen (z.B. günstige Mietzinse, billige Produkte) indirekt zukommen (HRegV 92 I).

### **3.8.2. Die Gründung der Genossenschaft**

In der Gründungsphase unterstehen die künftigen Genossenschafter dem Recht der einfachen Gesellschaft (OR 530 ff.). Das Recht der Genossenschaft (wie schon die Regelung der GmbH; OR 783 II, III) kennt allerdings eine Beschränkung der Haftung: wurden die Verbindlichkeiten ausdrücklich im Namen der in Gründung befindlichen Genossenschaft

vorgenommen, werden die Handelnden befreit und es haftet nur die Genossenschaft, sofern die gegründete Genossenschaft diese innerhalb von drei Monaten übernimmt (OR 838 II, III, also doppelte Suspensivbedingung).

Zur Gründung der Genossenschaft bedarf es der Redaktion und der Einigung über die Statuten (OR 834: wobei die in OR 832 genannten Punkte zwingend geregelt werden müssen). Sollen die in OR 833 genannten Punkte geregelt werden, müssen auch diese in die Statuten aufgenommen werden (bedingt zwingend). Die Gründungsversammlung muss aus mindestens **sieben Mitgliedern** bestehen (OR 831 I). Sie muss, neben der Genehmigung der Statuten, die Organe wählen und über allfällige Sacheinlagen (Sachen und Rechte) beraten (OR 834 II, III). **Einer öffentlichen Beurkundung bedarf der Gründungsbeschluss** (im Gegensatz zur Aktiengesellschaft und zur GmbH) **nicht** (OR 834 I).

Für den Erwerb der Persönlichkeit muss die Genossenschaft in das Handelsregister eingetragen werden, die Eintragung ist demnach **konstitutiv** (OR 838 I).

### 3.8.3. Die Organisation der Genossenschaft

#### a) *Die Generalversammlung der Genossenschafter*

Die Genossenschafterversammlung ist das oberste Organ der Genossenschaft (OR 879 I). Ihr kommen zwingend bestimmte Befugnisse zu: Wahl der übrigen Organe, Statutenänderung, Abnahme der Betriebsrechnung, Décharge der Verwaltung u.a. (OR 879 II).

Genossenschaften mit mehr als 300 Mitgliedern können die **schriftliche Stimmabgabe** (OR 880) **oder auch Delegiertenversammlungen** (OR 892) **vorsehen**. Die Genossenschafterversammlung kann von der Verwaltung oder von 10% (bzw., bei weniger als 30 Mitgliedern, von wenigstens drei) der Mitglieder einberufen werden (OR 881). Diese Versammlung hat mindestens ein Mal pro Jahr stattzufinden (OR 882 i.V.m. 879 II 3.).

Jeder Genossenschafter hat **nur eine Stimme, auch wenn er mehrere Anteile besitzt** (OR 885). Die Beschlussfassung erfolgt nach der Mehrheit der abgegebenen Stimmen (OR 888 I). Für besondere Beschlüsse (Statutenänderung, Fusion, Auflösung) ist eine qualifizierte Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen erforderlich (OR 888 II). Beschlüsse über die Einführung und die Vermehrung der persönlichen Haftung oder der Nachschusspflicht bedürfen der Zustimmung von drei Vierteln sämtlicher Genossenschafter. (Diese Bestimmung ist nicht ganz ungefährlich, weil durch Mehrheitsbeschluss immerhin die Haftung aller Gesellschafter begründet oder erhöht werden kann. Notfalls bleibt nur der rechtzeitige Austritt aus der Genossenschaft [OR 842]).

Die Vertretung der Genossenschafter durch andere an der Genossenschafterversammlung ist eingeschränkt: **durch Dritte ist keine Vertretung möglich** (abgesehen von der Ausnahme in OR 886 III, Vertretung durch Familienangehörige sofern statutarisch vorgesehen). **Ein Genossenschafter kann sich von einem andern Genossenschafter vertreten lassen, jedoch kann kein Genossenschafter mehr als einen andern Genossenschafter** (bzw. bei Genossenschaften mit über 1000 Mitgliedern nur 9 andere) **vertreten** (OR 886). Diese Vertretungsbeschränkung soll die Mitglieder dazu anregen, an



die Versammlung zu kommen; was sie in der Regel dennoch nicht tun, weshalb die Verwaltung meist dementsprechend wenig legitimiert ist.

Die Beschlüsse der Genossenschafterversammlung können binnen zweier Monate nach der Versammlung angefochten werden (OR 891). Die Klage wirkt erga omnes, d.h. der entsprechende Beschluss wird für alle aufgehoben. Bleibt die Anfechtung aus, werden selbst gegen das Gesetz verstossende Beschlüsse gültig.

#### **b) *Die Verwaltung***

Die Verwaltung muss aus mindestens drei Personen bestehen; die Mehrheit der Mitglieder der Verwaltung muss Genossenschafter sein (OR 894 I). Zusätzlich muss die Mehrheit der Mitglieder der Verwaltung aus Schweizerbürgern mit Wohnsitz in der Schweiz bestehen (OR 895 I), und mindestens einer dieser Schweizerbürger zur Vertretung befugt sein. Ist diese Voraussetzung nicht (mehr) erfüllt, wird die Gesellschaft nicht ins Handelsregister eingetragen bzw. aufgelöst (OR 895 II).

Für die Verwaltung der Genossenschaft fehlt eine Kompetenzvermutung analog OR 716, der im Zweifelsfall Zuständigkeit des Verwaltungsrates postuliert. Oft kann deshalb unklar sein, wer für gewisse Geschäfte innerhalb der Genossenschaft zuständig ist, weshalb die Zuständigkeit in den Statuten geregelt werden sollte.

Ein Teil der Pflichten und Befugnisse kann durch die Statuten einem Verwaltungsausschuss zugeteilt werden (OR 897). Die Genossenschafterversammlung oder die Verwaltung kann die Geschäftsführung an Dritte, d.h. Geschäftsführer und Direktoren übertragen (OR 898, dispositiv). Die von der Genossenschafterversammlung gewählten Geschäftsführer können nur von dieser wieder abgewählt werden (wobei die Verwaltung immerhin die Möglichkeit hat, diese in ihren Befugnissen zu beschränken oder einzustellen). Die Genossenschaft haftet für ihre Organe nach ZGB 55 (konkretisiert in OR 899 III).

#### **c) *Die Kontrollstelle***

Die Genossenschaft hat zwingend eine Kontrollstelle zu bestimmen; der Kontrollstelle obliegt die Prüfung der Bücher, aber auch die Prüfung der Geschäftsführung (OR 906 I; anders die Revisionsstelle der Aktiengesellschaft: OR 728 I).

### **3.8.4. Die Stellung der Genossenschafter**

#### **a) *Erwerb der Mitgliedschaft***

In eine Genossenschaft können **jederzeit neue Mitglieder aufgenommen werden** (OR 839 I). Bis zur Eintragung ins Handelsregister kann die Mitgliedschaft nur durch Unterzeichnung der Statuten begründet werden (OR 834 IV).

Die Mitgliedschaft darf nicht (z.B. durch Bedingungen) übermässig erschwert werden (OR 839). Jedoch sind bestimmte Einschränkungen durchaus erlaubt, z.B. Mitgliedschaft in einer Rebbaugenossenschaft nur für Rebbauern. Das Gesuch um Beitritt muss schriftlich gestellt werden (OR 840 I); sehen die Statuten der Genossenschaft persönliche Haftung und Nachschusspflichten vor, muss dies im Antrag erwähnt sein (OR 840 II). Dies, wie das Unterzeichnen der Statuten bei Genossenschaften in Gründung, dient dem Übereilungsschutz.

### **b) *Rechte und Pflichten der Genossenschafter***

Die Genossenschafter haben alle die gleichen Rechte und Pflichten, soweit sich aus dem Gesetz nicht eine Ausnahme ergibt (OR 854).

#### **Mitwirkungsrechte:**

- Recht zur Einberufung der Genossenschafterversammlung (OR 881 II);
- Stimmrechte (OR 885 i.V.m. 855 i.V.m. 882 i.V.m. 879 II 3.);
- Antragsrecht in der Genossenschafterversammlung (OR 883 III);
- Kontroll- und Auskunftsrechte (OR 856 f.);
- Anfechtungsrecht gegen Beschlüsse der Genossenschafterversammlung (OR 891);
- Recht auf Schadenersatz (OR 916 f.).

#### **Vermögensrechte:**

- Anteil am Reinertrag, soweit in den Statuten vorgesehen (OR 859 II, III);
- Recht auf die Benützung der Einrichtungen der Genossenschaft (OR 859 II);
- Abfindungsanspruch (OR 864 f.);
- Verteilung des verbleibenden Vermögens unter die Genossenschafter bei Auflösung (OR 913).

**Pflichten:** Die Treuepflicht ist die einzige im Gesetz vorgesehene Pflicht der Genossenschafter (OR 866). Die Genossenschaft eröffnet das gesamte Spektrum der Möglichkeiten: von gar keiner Verpflichtung (ausser der Treuepflicht) der Genossenschafter, bis hin zur persönlichen und unbeschränkten Haftung.

### **c) *Übertragung der Mitgliedschaft***

In der Regel **findet keine Übertragung von Genossenschaftsanteilen** statt, da der Ein- und Austritt jederzeit möglich ist (aber: OR 839 II, 842 II, 843). In Frage kommt demnach **allenfalls ein erbrechtlicher Übergang, der allerdings in den Statuten vorgesehen sein muss** (OR 847 II). Oder in Spezialfällen, wenn die Mitgliedschaft an

einen Vertrag oder ein Grundstück gebunden ist, zusammen mit dem Vertragsübergang oder der Übertragung des betreffenden Grundstückes (z.B. Versicherungsvertrag mit der Mobiliar Versicherung [OR 849 III, 850 II]).

#### *d) Beendigung der Mitgliedschaft*

Durch **Austritt**: Das Prinzip der offenen Tür gilt auch für den Austritt. D.h. der Austritt ist einem Genossenschafter nicht übermässig – z.B. durch eine zu hohe Auslösesumme – zu erschweren (OR 842). Für den Austritt ist die **einjährige** (!) Kündigungsfrist von OR 844 I zu beachten, die in den Statuten verkürzt, aber nicht verlängert werden kann (OR 844 II). Die Statuten (oder ein Vertrag) können eine Zwangsmitgliedschaft auf höchstens fünf Jahre vorsehen. Aus wichtigen Gründen (d.h. bei Unzumutbarkeit des Verbleibs) ist aber der Austritt auch hier möglich (OR 843).

Durch **Ausschluss**: Jeder Genossenschafter kann aus wichtigen Gründen ausgeschlossen werden (OR 846 II). Die Statuten können weitere Gründe vorsehen (OR 846 I). Über den Ausschluss entscheidet die Genossenschafterversammlung, die Statuten können aber auch die Verwaltung für zuständig erklären. Im letzteren Fall steht dem Genossenschafter ein Rekursrecht an die Genossenschafterversammlung zu und in jedem Fall die Möglichkeit Anfechtung des Ausschlusses beim Richter (OR 846 III).

**Durch Wegfall einer Voraussetzung der Mitgliedschaft**: Ist die Mitgliedschaft an eine bestimmte Voraussetzung geknüpft, fällt sie mit dem Wegfallen dieser Voraussetzung ebenfalls dahin. Beispielsweise durch Kündigung des Versicherungsvertrages oder Veräusserung des Grundstückes, woran das Mitgliedschaftsrecht geknüpft ist (OR 848).

**Tod eines Genossenschafters**: Mit dem Tod endet die Mitgliedschaft, falls die Statuten keine Vererblichkeit vorsehen (OR 847).

### **3.8.5. Kapitalveränderungen**

Auf die Herabsetzung des Kapitals finden die Regeln des Aktienrechts Anwendung (OR 874 II i.V.m. 732). Kapitalveränderungen erfolgen automatisch durch den Eintritt und den Austritt von Mitgliedern.

### **3.8.6. Beendigung der Genossenschaft (OR 911)**

Die Genossenschaft wird aufgelöst nach Massgabe der Statuten, durch Beschluss der Genossenschafterversammlung, durch Konkurs und in den übrigen im Gesetz vorgesehenen Fällen (z.B. Fusion). Zur Anhebung der Klage auf Auflösung einer Genossenschaft wegen Widerrechtlichkeit oder Unsittlichkeit ihres Zweckes oder wegen mangelnder Organisation gemäss OR 831 ist ausser den Beteiligten der Regierungsrat zuständig (EG OR 20).

### 3.8.7. Besondere Arten von Genossenschaften

Traditionell ist die Genossenschaft in der Landwirtschaft stark vertreten. Volkswirtschaftlich bedeutsam sind die Konsum- und Einkaufsgenossenschaften. Ferner gibt es auch Wohnbaugenossenschaften, Versicherungen, Krankenkassen und Sparkassen in Genossenschaftsform.

- **Genossenschaftsverbände:** d.h. Genossenschaften, die nur aus Genossenschaften bestehen (OR 921 ff.);
- **Genossenschaften des öffentlichen Rechts** (OR 829);
- **Private Genossenschaften** mit Beteiligung öffentlichrechtlicher Körperschaften: Regelung der Haftung (OR 926);
- **Kredit- und Versicherungsgenossenschaften:** Bestimmungen über die Bilanzierung (OR 858 II: Verweis auf das Aktienrecht mit der Pflicht zur konsolidierten Rechnungslegung für Konzerne [OR 662a ff.]); Bestimmungen über die Verwendung des Reinertrages (OR 861: höhere Ausschüttung möglich); die Verantwortlichkeit richtet sich nach den Bestimmungen des Aktienrechts (OR 920 i.V.m. 752 ff.).

## 4. Veränderung des Rechtsträgers und allgemeines Handelsrecht

### 4.1. *Das Fusionsgesetz*

#### 4.1.1. Allgemeines

Das Fusionsgesetz erweitert die Handlungsmöglichkeiten für das schweizerische Unternehmen im Bereich der Reorganisation ihrer rechtlichen Strukturen wesentlich. Es regelt die vier Transaktionsformen der Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung. Der ursprüngliche Name Strukturanpassungsgesetz wäre daher passender gewesen.

#### 4.1.2. Fusion

##### a) *Die echte Fusion*

Fusion ist die vertraglich vereinbarte, **liquidationslose Vereinigung von zwei oder mehr Gesellschaften zu einer einzigen rechtlichen Einheit**. Die Aktiven und Passiven gehen dabei auf dem Wege der Universalsukzession über, und die Kontinuität der Mitgliedschaft bleibt dabei gewahrt (FusG 7).

##### b) *Absorptions- und Kombinationsfusion*

Bei der **Absorption** übernimmt eine Gesellschaft eine (oder mehrere) andere Gesellschaften (FusG 3 I a). Die übernehmende Gesellschaft bleibt weiter bestehen, die andere geht im Zuge der Fusion unter (FusG 3 II). Bei der **Kombination** werden zwei oder mehrere Gesellschaften in einer neu zu gründenden Gesellschaft vereinigt (FusG 3 I b). Alle beteiligten Gesellschaften gehen unter bzw. in einer neuen Gesellschaft auf.

##### c) *Zulässige Fusionsmöglichkeiten*

Eine Gesellschaft in Liquidation kann sich als übertragende Gesellschaft an einer Fusion beteiligen, wenn mit der Vermögensverteilung noch nicht begonnen wurde (FusG 5). Wenn ein Kapitalverlust oder ein Überschuldung vorliegt, kann eine Gesellschaft mit einer andern Gesellschaft nur fusionieren, wenn dieser über frei verwendbares Eigenkapital im Umfang der Unterdeckung oder der Überschuldung verfügt (FusG 6). Bei den Stiftungen muss der Zweck berücksichtigt werden; bei den Vorsorgeeinrichtungen dürfen die Begünstigten nicht schlechter gestellt werden.

#### *d) Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte*

Im Zentrum des Fusionsgesetzes steht vor allem die Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte: Die Mitglieder der fusionierenden Gesellschaften sollen nicht ungerechtfertigt benachteiligt oder gar ausgeschlossen werden können. Insbesondere die Mitglieder der übertragenden Gesellschaft haben Anspruch auf Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Gesellschaft in einer ihrem bisherigen Anteil entsprechenden Höhe (FusG 7).

Im Fusionsvertrag kann vorgesehen werden, dass die Mitglieder zwischen Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten und einer Abfindung wählen können (FusG 8 I). Es kann auch nur eine Abfindung vorgesehen werden, dann allerdings bedarf der Fusionsbeschluss der Zustimmung **von 90% aller Mitglieder der übertragenden Gesellschaft** (FusG 18 V, nicht der Aktien!).

Bei der Fusion von Vereinen steht es Mitgliedern, welche der Fusion nicht zugestimmt haben, frei, aus dem Verein innerhalb von zwei Monaten auszutreten (FusG 19).

#### *e) Verfahrensmässiger Ablauf der Fusion*

- Abschluss eines schriftlichen **Fusionsvertrages** mit gewissem Mindestinhalt (FusG 13) durch die obersten Leitungs- und Verwaltungsorgane der betroffenen Gesellschaften (FusG 12 I);
- die obersten Leitungs- und Verwaltungsorgane haben einen **Fusionsbericht** zu verfassen, worin der Zweck und die Folgen der Fusion, der Fusionsvertrag, das Umtauschverhältnis der Anteile oder die Höhe der Abfindung und bei der Fusion von Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsformen, die Pflichten, die den Mitgliedern durch die neue Rechtsform auferlegt werden können, rechtlich und wirtschaftlich zu erläutern und zu begründen sind (FusG 14).
- Fusionsvertrag und -bericht sind von besonders befähigten Revisoren **zu prüfen** (FusG 15);
- der Fusionsvertrag, der Fusionsbericht, der Prüfungsbericht und die Jahresrechnungen und Jahresberichte der letzten drei Geschäftsjahre sind 30 Tage vor der Beschlussfassung am Sitz der Gesellschaft den Mitgliedern **zur Einsicht bereitzuhalten** (FusG 16);
- die Mitglieder der beteiligten Gesellschaften **beschliessen die Fusion** mit der jeweils geforderten, qualifizierten Mehrheit (FusG 18), bei Zweckänderung sind zudem die dafür geltenden Mehrheiten zu beachten (FusG 18 VI);
- **öffentliche Beurkundung** des Beschlusses, ausser bei der Fusion von Vereinen (FusG 20);
- **Eintrag ins Handelsregister** (FusG 21).

Der Handelsregisterführer überprüft die gesetzliche Zulässigkeit der angemeldeten Fusion (aber auch einer Umwandlung oder Spaltung), das Vorliegen aller Belege, die Vollständigkeit derselben, die korrekte Beschlussfassung, die Einhaltung zwingender Vorschriften und das Vorliegen allfällig nötiger Bewilligungen beispielsweise der Wettbewerbskommission. Die inhaltliche Richtigkeit der Berichte hingegen ist vom Handelsregisterführer nicht zu prüfen.

**f) Gläubigerschutz**

Die Gläubiger der an der Fusion beteiligten Gesellschaften können innerhalb von drei Monaten nach der Veröffentlichung des Fusionsbeschlusses von der übernehmenden Gesellschaft die Sicherstellung ihrer Forderungen verlangen (FusG 25). Bestand bei übertragenden Gesellschaften eine persönliche Haftung der Gesellschafter, bleibt diese Haftung während **weiterer drei Jahre nach dem Fusionsbeschluss bestehen** (FusG 26).

**g) Die unechte Fusion**

|                    |       |               |
|--------------------|-------|---------------|
| Aktiven / Passiven | gegen | Geld / Aktien |
|--------------------|-------|---------------|

Als unechte Fusion wird die Übernahme eines bisher von einer andern Gesellschaft geführten Unternehmens (oder eines Teils desselben) mit Aktiven und Passiven verstanden (OR 181, FusG 69). Die übertragende Gesellschaft erhält als Gegenleistung entweder Geld (**Unternehmenskauf**) oder Aktien der übernehmenden Gesellschaft (Kapitalerhöhung durch Sacheinlage). Die übernommene Gesellschaft kann alsdann liquidiert werden, ihre Mitglieder erhalten als Liquidationserlös entweder das Geld oder die Aktien der übernehmenden Gesellschaft (im letzteren Fall ist das Resultat ähnlich demjenigen der Absorptionsfusion).

Zugleich mit dem Fusionsgesetz ist OR 181 IV in Kraft getreten, der auch in diesen Fällen die Bestimmungen des Fusionsgesetzes für anwendbar erklärt, damit diese nicht auf diesem Weg umgangen werden können.

**h) Die Quasifusion (Aktientausch)**

|        |       |               |
|--------|-------|---------------|
| Aktien | gegen | Geld / Aktien |
|--------|-------|---------------|

Von einer Quasifusion wird gesprochen, wenn eine Gesellschaft sämtliche (oder zumindest eine Mehrheit) der Aktien einer andern Gesellschaft erwirbt. Den Aktionären der übernommenen Gesellschaft können als Gegenleistung wiederum Aktien der übernehmenden Gesellschaft (Aktientausch) oder Geld zugewiesen werden. Im Gegensatz zur Fusion bleibt die übernommene Gesellschaft als rechtlich selbständiges abhängiges Unternehmen bestehen (z.B. Übernahme der noch immer bestehenden Wander AG durch die Sandoz). „Fusionen“ dieser Art fallen auch künftig nicht unter die Bestimmungen des Fusionsgesetzes.

Die Quasifusion kann das Resultat eines öffentlichen Kaufangebotes sein (BEHG 22 ff.), durch welches ein Anbieter alle oder fast alle Aktien einer Zielgesellschaft erwerben kann.

**Problematisch** kann sein, wenn einigen wenige Aktien bei einem andern Aktionär verbleiben, dann muss weiterhin eine Generalversammlung usf. durchgeführt werden (vgl. aber BEHG 33). Die **Schwäche** der Quasifunktion ist die, dass wenn sich ein einziger Aktionär querstellt, dieser einfach nicht zu überzeugen ist (sofern er mehr als 2% der Aktien besitzt, vgl. BEHG).

#### 4.1.3. Spaltung

Spaltung (FusG 29 ff.) ist die Teilung einer Gesellschaft in zwei (oder mehrere) rechtlich selbständige Einheiten. Sie gehört insofern zur (Gross-) Fusion, als hier häufig Teile der Unternehmen, die nicht mehr in das neue Gesamtkonzept passen, abgespalten werden.

Heute wird für die Abspaltung (eines Teiles einer Aktiengesellschaft) zunächst ein abhängiges Unternehmen gegründet, in welches die Gesellschaft im Wege der Sacheinlage bestimmte Unternehmensteile einbringt. Sie erhält als Gründerin und Alleinaktionärin sämtlich Aktien der neu gegründeten Gesellschaft. **Möglich ist nach neuem Fusionsgesetz die (Ab-) Spaltung von Gesellschaften und Genossenschaften in Gesellschaften und Genossenschaften** (FusG 30).

Das oberste Leitungs- und Verwaltungsorgan der sich spaltenden Gesellschaft fasst einen schriftlichen Spaltungsplan (FusG 36) mit vorgeschriebenem Mindestinhalt (FusG 37) und einen Spaltungsbericht (FusG 39: rechtliche und wirtschaftliche Begründung und Erläuterung des Zwecks und der Folgen, des Plans und des Berichts, der Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte usf.).

Nach dem Spaltungsbeschluss (FusG 43) geht das betroffenen Vermögen durch Universal-sukzession (sui generis) auf die neue Gesellschaft über (FusG 52). Wiederum können die Gläubiger Sicherstellung ihrer Forderungen verlangen (FusG 46 ff.) und die abspaltende Gesellschaft **haftet subsidiär weiter** (FusG 47). Zum **Gläubigerschutz** konkret bestehen verschiedene zwingende Instrumente:

- Dreimalige Aufforderung der Gläubiger im SHAB.
- Sicherstellung der Forderungen vor Spaltungsbeschluss.
- Subsidiäre Haftung der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften.
- Solidarische Haftung für nicht zuordenbare Verbindlichkeiten.
- Persönliche Haftung der Gesellschafter.

#### 4.1.4. Umwandlung

Bei der Umwandlung geht es darum, das bisherige, unpassend gewordene Rechtskleid durch ein anderes zu ersetzen; inhaltlich bleibt im Übrigen alles gleich (Art. 68 FusG). Bisher war dies nur in vom Gesetz geregelten Einzelfällen möglich. Die Praxis hat immerhin in letzter Zeit, dem Erlass des Fusionsgesetzes vorgehend, weitere Fälle zugelassen. Das neue Fusionsgesetz lässt viele Umwandlungen zu (FusG 54).



Für die Umwandlung sind wiederum **Plan** und **Bericht** zu erstellen, welche zu **prüfen** sind (FusG 59 ff.). Zur Beschlussfassung sind je nach Gesellschaftsform bestimmte, qualifizierte Mehrheiten nötig (FusG 64). Und wie bei der Fusion einer Gesellschaft besteht während drei Jahren eine persönliche Haftung weiter, sofern die Gesellschafter der umgewandelten Gesellschaft persönlich hafteten (FusG 68).

#### 4.1.5. Vermögensübertragung

Die Vermögensübertragung ist ein neues Rechtsinstitut. Im Handelsregister eingetragene Gesellschaften und im Handelsregister eingetragene Einzelunternehmen können ihr Vermögen oder Teile davon auf andere Rechtsträger des Privatrechts übertragen (FusG 69 I), wobei die Übertragung wie bei der Spaltung und der Fusion in einem Akt (uno actu) mit Aktiven und Passiven erfolgt; die Gesamtheit der im Übertragungsvertrag beschriebenen Vermögenswerte wird übertragen, ohne dass die für die Einzelübertragung dieser Werte geltenden Formvorschriften eingehalten werden müssen.

Für die Vermögensübertragung kann dem übertragenden Rechtsträger eine **Gegenleistung** gewährt werden. Eine solche ist jedoch **kein notwendiges Begriffselement der Vermögensübertragung**. In jedem Fall müssen aber die Vorschriften über den Schutz des Gesellschaftskapitals und die Liquidation eingehalten werden (FusG 69 II).

Falls die Beteiligten der übertragenden Gesellschaft Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Gesellschaft erhalten, ist nur eine Spaltung, nicht aber eine Vermögensübertragung zulässig. Bei der Vermögensübertragung bleiben die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte in der übertragenden Gesellschaft unberührt; eine mögliche Gegenleistung für die Übertragung fällt der übertragenden Gesellschaft zu. **Die Bestimmungen über die Spaltung und die Vermögensübertragung finden immer ausschliesslich und nie kumulativ Anwendung.**

Für die Vermögensübertragung ist zwischen den obersten Leitungs- und Verwaltungsorganen der an der Vermögensübertragung beteiligten Rechtsträger ein schriftlicher **Übertragungsvertrag** abzuschliessen (FusG 70 f.). Die Vermögensübertragung ist vom übertragenden Rechtsträger beim Handelsregister zur Eintragung anzumelden (FusG 73); zudem ist die Übertragung im Anhang zur Jahresrechnung aufzuführen (FusG 74).

## 4.2. *Das Handelsregister*

### 4.2.1. Funktionen

Das Handelsregister ist ein öffentliches, amtlich geführtes Verzeichnis von rechtlichen Gegebenheiten bei Unternehmen und anderen privatrechtlichen Organisationen. Es dient mithin der Publizität, damit gewisse Informationen über Unternehmen an die Öffentlichkeit treten.

Daneben ist die Eintragung Auslöser für Firmenschutz und Konkursbetreuung. Ausserdem kann der Eintrag bei Kollisionen zeitlich von Bedeutung sein, und es erfolgt eine erste Prüfung durch den Handelsregisterführer, ob namentlich Mängel bei der Errichtung einer juristischen Person vorliegen.

#### 4.2.2. Inhalt und Organisation

Das Handelsregister gliedert sich in drei Teile:

- Das Hauptregister mit allen eingetragenen und gelöschten registerpflichtigen Inhalten.
- Das alphabetische Firmenregister.
- Das Journal (chronologisch, OR 932 I).
- Diverse Hilfsregister.
- Zentralregister.

Das Register gibt Auskunft über Grundangaben (Sitz, Firma, Zweck), Haftungsfragen und die Vertretung. Alles ist standartisiert, z.B. beschränkte andere Handlungsvollmachten gemäss OR 462 können nicht eingetragen werden.

Jeder Kanton führt ein eigenes Handelsregister (OR 927). Vorstehend ist der Handelsregisterführer, eine gerichtliche Überprüfung muss möglich sein (HRegV 3 IVbis). Der Bundesrat hat die Oberaufsicht (OR 929, 936). Das Eidgenössische Amt für das Handelsregister führt das Zentralregister (HRegV 119); die Registerführer melden alle Eintragungen (HRegV 117).

Die Prüfungspflicht des Handelsregisterführers ergeht aus OR 940 (**Kognition**). Die volle Kognition besitzt er für die formellen Voraussetzungen (z.B. die örtliche Zuständigkeit, die Legitimation, die Eintragungsfähigkeit, die erforderlichen Belege etc.). Ansonsten ist die Kognition auf klare Fälle beschränkt, in denen offensichtlich ist, dass etwas nicht richtig von statten geht (vgl. auch OR 955).

Das Handelsregister ist öffentlich zugänglich (OR 930), ein besonderes Interesse muss nicht nachgewiesen werden. Die wichtigsten Inhalte von Neueintragungen werden zudem jeweils im SHAB veröffentlicht.

#### 4.2.3. Eintragsrecht und -pflicht

Eintragungspflichtig sind die nach kaufmännischer Art geführten Gewerbe (OR 934 I). Eintragungsberechtigt sind zudem die nicht-kaufmännischen Einzelfirmen (OR 934 II), die Vereine, die kein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben (ZGB 52 II), die kirchlichen und Familienstiftungen (ZGB 52 II), die Vertretungen von Gemeindschaften und selbständige Unternehmen des öffentlichen Rechts. Darunter fallen insbesondere solche Unternehmen, die den Mindestumsatz von CHF 100'000.- nicht erreichen.

Die Registrierung erfolgt am Hauptsitz des Unternehmens (vgl. HRegV 78 I). Ferner besteht die separate Eintragungspflicht für Zweigniederlassungen (OR 935). Das sind kaufmännische Betriebe, die zwar rechtlich ein Teil der Hauptunternehmung sind, doch wirtschaftlich und geschäftlich über eine gewisse Selbständigkeit verfügen. Der Gerichtsstand ergibt sich aus dem Gerichtsstandgesetz.

Die Eintragung wird durch die Anmeldung ausgelöst, die Einzelheiten ergeben sich aus HRegV 19-34. Wer die Eintragung unterlässt, wird ermahnt. Das Amt hat dazu Nachforschungen anzustellen (HRegV 63). Bei weiterer Nichteintragung wird der fehlbare Unternehmensträger zwangsweise eingetragen und ausserdem gebüsst (OR 943).

Die Gesellschaftsformen lassen sich in **vier Kategorien** einteilen:

- **Eintragungsbedürftig**, weil der Eintrag **konstitutive** Wirkung hat: AG, Kommandit-AG, GmbH, Genossenschaft und die nichtkaufmännischen Kollektiv- und Kommanditgesellschaften.
- **Zum Eintrag verpflichtet** weil der Eintrag eine **deklaratorische** Wirkung entfaltet: kaufmännische Kollektiv- und Kommanditgesellschaft und der Verein, wenn er ein kaufmännisches Unternehmen betreibt.
- **Eintragungsberechtigt**: Verein.
- **Eintragung nicht möglich**: einfache Gesellschaft.

#### 4.2.4. Wirkungen

Das **Publizitätsprinzip** wirkt positiv, wie auch negativ (OR 933 I und II). Wie alle amtlichen Register erzeugt das Handelsregister eine **widerlegbare Vermutung für die Richtigkeit seines Inhaltes**. Neben diesen informationellen Wirkungen ist ferner entscheidend, ob die Eintragung konstitutiv oder deklaratorisch wirkt. Der Beginn der Wirkungen wird auf den Zeitpunkt der Anmeldung, d.h. die Einschreibung im Journal zurückbezogen (OR 932 I). Für den Gutgläubensschutz zählt das aber nicht, für den ist die Veröffentlichung im SHAB massgebend (OR 932 II). Nebenwirkungen sind die kaufmännische Buchführungspflicht, der Eingetragene geniesst höheren Firmenschutz, ist der Handelsgerichtsbarkeit unterstellt und unterliegt der Betreuung auf Konkurs.

### 4.3. *Das Firmenrecht*

#### 4.3.1. Begriff und Funktion

Die Firma ist der im Handelsregister eingetragene Name des Unternehmens. Firmenfähig sind nebst Einzelunternehmen die Kollektivgesellschaft, die Kommanditgesellschaft, die AG, die Kommandit-Aktiengesellschaft, die GmbH und die Genossenschaft.

Die Firma ist von der Marke zu unterscheiden, wenngleich die Marke oft als Firma verwendet wird. Die Firma wird primär zur **Individualisierung des Unternehmens** verwendet, daneben kommt ihr auch eine Werbefunktion zu. Die Marke hat den Zweck, Waren und Dienstleistungen von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden.

#### 4.3.2. Firmenkern und Zusätze

Normalerweise besteht eine Firma aus dem Hauptelement (Kern) und einem informativen Zusatz. Der Firmenkern ist die Gesamtheit derjenigen Angaben, die nach Gesetz im Normalfall mindestens erforderlich sind. Unzulässig ist eine reine Sachfirma. Notwendige Zusätze sind **GmbH** für Gesellschaften mit beschränkter Haftung und **Personennamen** von AGs und Genossenschaften müssen **als solche gekennzeichnet** sein. Bei Auflösung mit Liquidation muss dies bei der AG, der GmbH und der Gesellschaft dabei sein. Schliesslich ist ein **Zusatz erforderlich**, wenn nicht alle Gesellschafter bei einer Personengesellschaft in der Firma genannt werden.

Wird eine Körperschaft mit einem Personennamen gegründet, muss ein Zusammenhang damit bestehen, oder der Träger des Personennamens muss zumindest sein Einverständnis gegeben haben.

#### 4.3.3. Grundsätze der Firmenbildung

Konkrete Vorgaben ergeben sich aus OR 944 ff. für die verschiedenen Gesellschaftsformen. Eine Sprachvorschrift existiert nicht. Der Firmenname darf keine Erwartungen wecken, welchen das Unternehmen nicht genügen kann (**Täuschungsverbot**, OR 944). Einher mit dem Täuschungsverbot geht das Gebot der **Firmenklarheit** (Gewohnheitsrecht) und dasjenige der **Firmenwahrheit** (OR 944 I). Das subjektive Element der Firmengründer ist jeweils unbeachtlich, es kommt somit nicht auf das Verschulden drauf an.

Der Registerprüfer prüft, ob die Firma oder der Name (Verein oder Stiftung) den rechtlichen Anforderungen genügt. Beschwerden an die kantonale Aufsichtsbehörde.

#### 4.3.4. Ausschliesslichkeitsanspruch

Der sachliche Ausschliesslichkeitsanspruch umschliesst den Firmennamen. Im Gegensatz zum Markenrecht unterliegt er keinen branchenmässigen Beschränkungen, jedoch schützt er nur bei firmen- oder namensmässigem Gebrauch. AGs, Genossenschaften und GmbHs mit Sach- oder Fantasiefirmen geniessen landesweiten Schutz, der Rest nur regionaler.

**Bekannte Firmen** wie z.B. die Novartis AG sind auch nur Schweizweit geschützt. Allerdings lassen sich diese Firmen ihren Namen durch das Markenrecht international schützen und sind somit in dieser Hinsicht nicht auf das Firmenrecht angewiesen.

Die **jüngere Firma muss sich von der Älteren deutlich unterscheiden** (OR 951, Alterspriorität). Man stellt auf den Gesamteindruck ab, weiter prüft man, ob sich die Kundenkreise überschneiden. Es genügt eine **Verwechslungsgefahr** (analog Markenrecht). Eine Konkurrenzsituation muss nicht vorhanden sein. Grundsätzlich muss sich das betroffene Unternehmen wehren, der Eintrag ins Register wird nur bei Identität verwehrt. Dem betroffenen Unternehmen stehen verschiedene Klagen offen (OR 956; Unterlassung und Schadenersatz bei Verschulden [kumulativ möglich]).

#### **4.3.5. Firmengebrauchspflicht, Übertragbarkeit, Änderung des Firmennamens**

Im formellen Geschäftsverkehr ist die Firma so zu gebrauchen, wie sie im Handelsregister eingetragen ist. Im formlosen Verkehr (Werbetexte, Inserate) sind auch Abkürzungen zulässig. Firmennamen sind an das Unternehmen gebunden, eine Übertragung oder Lizenzierung ist ausgeschlossen. Denkbar ist einzig, dass ein jüngeres Unternehmen in wechselseitiger Absprache einen sehr ähnlichen Firmennamen wählt. Die Eintragung wird bekanntlich nur bei Identität verweigert. Der Firmennamen kann im Rahmen gesellschaftspezifischer Vorgaben grundsätzlich frei geändert werden. Eine Anpassung ist zwingend, wenn der Firmenname später täuschend wirkt (OR 954).

### **4.4. *Buchführung und Rechnungslegung***

#### **4.4.1. Allgemeines**

Sie dient dem Schutz der Aussenstehenden, die mit dem Unternehmen in Beziehung treten, sie dient dem Schutz der Interessen der Betriebsangehörigen, der Inhaber, der Teilhaber, der Leiter und der Mitarbeiter. Zudem hilft sie bei der Lösung öffentlicher Aufgaben und der Durchführung staatlicher Massnahmen. Die **Pflicht zur Buchführung ergibt sich aus OR 957**, also aus der Eintragungspflicht, nicht aus der Eintragung selbst. Der Eintragungspflichtige, der eine Eintragung unterlässt, ist also dennoch zur Buchführung verpflichtet.

Entscheidend für die Art und Umfang der Buchführung und Rechnungslegung ist vor allem die Grösse der Organisation, so stellt das Kotierungsreglement der Schweizer Börsen für börsenkotierte Unternehmen weit höhere Anforderungen auf, wie auch Spezialgesetze für Banken und Versicherungen. Die Rechnungslegung bei Kapitalgesellschaften ist der Ausgangspunkt für die Bestimmung des Gewinns und damit für die Bestimmung einer allfälligen Dividende. Bei der Buchführung und Rechnungslegung geht es um das Abbild und nicht die Gestaltung der Gegebenheiten im Unternehmen.

#### **4.4.2. Anforderungen allgemein**

Verpflichtet sind die kaufmännischen Gewerbe, mithin die Unternehmen, die zur Eintragung ins Handelsregister nach OR 934 verpflichtet sind. Massgebend ist also nicht der

Eintrag an sich, sondern die Pflicht dazu. Allgemein umschreibt OR 957 den Umfang, nämlich derjenige, der dazu nötig ist, um die Vermögenslage sowie die Betriebsergebnisse festzustellen.

Aufzustellen sind die Bilanz, die Betriebsrechnung und das Inventar (OR 958). OR 959 umschreibt den Umfang der Buchführung, u.a. muss sie klar und wahr sein. OR 960 hält fest, dass die Werte massgebend sind, die den Aktiven am Bilanzstichtag für das Geschäft zukommen. Ein Aktivum kann also nur mit dem Wert eingetragen werden, der dem mutmasslichen Beitrag zum künftigen Geschäftswert entspricht. Ferner von Bedeutung ist die Aufbewahrungsfrist von 10 Jahren. OR 964 verweist auf StGB 162, 166, 172, 325 und 326.

#### **4.4.3. Umfang**

- Geschäftsbücher: Irgendeine systematische Aufzeichnung auf Datenträgern (Urkundenqualität).
- Bilanz: Vermögenslage des Unternehmens zu einem bestimmten Zeitpunkt (Aktiven und Passiven).
- Erfolgsrechnung: Aufwendungen und Erträge einer Geschäftsperiode.
- Inventar: Aufzeichnung der einzelnen Vermögens- und Schuldtteile sowie des Reinvermögens einer Wirtschaftseinheit nach Gattung, Menge und Wert auf einem bestimmten Zeitpunkt.

#### **4.4.4. Materielle Buchführungsgrundsätze**

OR 959 enthält die Generalklausel: die Pflicht, die Betriebsrechnung und die Jahresbilanz nach allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen aufzustellen. Es gilt, dass keine Buchung ohne entsprechenden Beleg vorgenommen werden soll. Ein systematischer Aufbau und die Vollständigkeit sind gefordert. Ein weiterer Grundsatz ist derjenige der vorsichtigen Bewertung.

Die Unternehmen stellen bei der Buchführung meist auf private Regelwerke und internationale Standards ab.

#### **4.4.5. Formelle Buchführungsvorschriften**

Inventar, Betriebsrechnung und Bilanz sind in Landeswährung aufzustellen und innerhalb einer gewissen Frist abzuschliessen. Weiter sind sie alljährlich aufzustellen und während zehn Jahren aufzubewahren (Beweise).

## 5. Grundzüge des Wertpapierrechts

### 5.1. *Die Schuldurkunde*

Ein Recht kann in einer Urkunde verkörpert werden. Dabei muss beachtet werden, dass das Recht immer etwas anderes ist als die Urkunde selber, denn es kann auch losgelöst von der Urkunde bestehen. **Sofern ein Recht verurkundet wird, spricht man gemeinhin von einer Schuldurkunde.** Eine Schuldurkunde kann verschiedene **Funktionen** haben: Sie dient als Beweis für das Recht, oder sie erfüllt gleichzeitig eine allfällige Formvorschrift. Im Gegensatz dazu kann der Urkunde eine besondere Funktion im Zusammenhang mit der Geltendmachung des Rechts zuerkannt werden. Das ist der eigentliche Schwerpunkt des Wertpapierrechtes.

Die Urkunde kann die Funktion haben, dass sie für die Geltendmachung der Leistung erforderlich ist, sodass der Schuldner nur bereit ist, gegen Präsentation der Urkunde zu erfüllen (**Präsentationspapier**). Beim **Legitimationspapier** kann der Schuldner demjenigen befreiend leisten, der es vorweist, solange er gutgläubig ist.

Beim Wertpapier liegt die Sache anders. Die **Wertpapiereigenschaft ist nicht auf den Schutz des Schuldners gerichtet, sondern auf denjenigen des Inhabers der Urkunde.** Damit zeigt sich auch die Idee, dass das Wertpapier in erster Linie für den Verkehr bestimmt ist (vgl. zur Definition OR 965). Im Gegensatz zum Präsentationspapier muss der Schuldner bei Nichtvorlage nicht leisten, selbst wenn der Gläubiger beweist, dass das Wertpapier gestohlen wurde.

Beim qualifizierten Wertpapier wird das Vertrauen des Erwerbers bezüglich des Inhaltes und auch seiner Berechtigung geschützt, sofern dieses Vertrauen aus der Urkunde selbst geschöpft werden kann. **Im Gegensatz zum Legitimationspapier wird nur der Inhaber legitimiert,** und nicht der Schuldner. Ausserdem wird im Fall des qualifizierten Wertpapiers das Vertrauen des Inhabers grundsätzlich geschützt, also auch z.B. bzgl. allfälliger Willensmängel.

### 5.2. *Das Wertpapier im Allgemeinen*

#### 5.2.1. Die Wertpapiereigenschaft

Sie ist negativ umschrieben: Der Verpflichtete darf ohne Präsentation des Wertpapiers nicht leisten. Das Wertpapier stärkt also nicht das Recht, sondern die Rechtsposition. Der unberechtigte Dritte zieht also materiell keinen Vorteil aus dem Wertpapier, sondern kann seine Position einfach besser durchsetzen. Das ändert indessen nichts daran, dass er daran unberechtigt ist.

Ferner ist auch die Rechtsposition nicht ungetrübt, denn der Schuldner kann **Einreden aus dem Zessionsrecht** geltend machen (OR 169, eingeschränkt beim qualifizierten Wertpapier), möglich ist immer eine Kraftloserklärung und die Urkunde sagt nichts über die Bonität des Schuldners aus.

Das Wertpapier kann durch Gesetz oder durch rechtsgeschäftliche Gestaltung entstehen. Gesetzliche Wertpapiere sind insbesondere die Aktie (OR 683 f.), die Partizipationsscheine (OR 656a II), der Schuldbrief, die Gült, der Wechsel und der Check. Es ergeben sich folgende **Wirkungen** aus der Verknüpfung von Urkunde und Recht:

- Das Wertpapier kann Gegenstand eines Retentionsrechts sein (ZGB 895 I, 898).
- Zur Auflösung der Verknüpfung bedarf es einer gerichtlichen Kraftloserklärung.
- Nur mit einer Zusatzklausel kann ein qualifiziertes Wertpapier entstehen.

Keine Wertpapiere sind Ausweise oder Kreditkarten, da die Funktion gerade umgekehrt zu derjenigen des Wertpapiers ist, da die Person selbst identifiziert werden soll. Ebenfalls keine Wertpapiere sind Karten und Marken des täglichen Verkehrs (z.B. Bahnbillete, Eintrittskarten etc.). Auch wenn im Einzelfall eine Übertragung möglich sein sollte, liegt darin nicht die Idee der Verurkundung. Briefmarken und Gutscheine sind deshalb keine Wertpapiere, weil das verurkundete Recht nicht individualisiert ist. Für Banknoten, die ebenfalls keine Wertpapiere sind, vgl. OR 988.

## 5.2.2. Arten von Wertpapieren

### a) *Namenpapier*

Das Namenpapier (Rektapapier) ist durch blosse **einfache Wertpapiereigenschaft** (OR 965) gekennzeichnet. Der Rechtsübergang erfolgt nach den allgemeinen Formen (Zession, OR 164-170). Es bedarf also der schriftlichen Übertragungserklärung, die aber nicht auf der Urkunde selbst angebracht werden muss.

### b) *Ordrepapiere*

Das ist ein qualifiziertes Wertpapier. Für den aussenstehenden muss die Rechtslage aus der Urkunde selbst ersichtlich sein. Die Übertragung muss daher auf dem Papier selbst angemerkt werden (die Erklärung wird „Indossament“ genannt, dosso=Rücken). Von den Wirkungen her können keine Einreden wie z.B. der Erklärungsirrtum vorgebracht werden.

### c) *Inhaberpapier*

Auch das Inhaberpapier ist ein qualifiziertes Wertpapier. Beim Inhaberpapier bedarf es keine Übertragungserklärung, sondern die **Übertragung ist die Erklärung selbst**. Das Inhaberpapier kann daher auf die Nennung der berechtigten Person verzichten.



### 5.2.3. Kraftloserklärung

Sie wird auch Amortisation genannt und ist für Situationen gedacht, in welchen die Urkunde verloren geht. Das ist die gerichtliche Erklärung, dass der Schuldner in Aufhebung des Grundsatzes von OR 965 auch ohne Vorweisung der Urkunde leisten darf.

Die Kraftloserklärung bricht die Verkettung von Recht und Papier, so wie wenn gar nie eine Urkunde vorgelegen hätte. Sie ist die Aufhebung des Verbots der Leistung ohne Präsentation. Der Schuldner darf umgekehrt nicht einfach an denjenigen leisten, der die Kraftloserklärung erwirkt hat, weil auch dieser sein Recht voll beweisen muss.

Das Verfahren ist in OR 981-988 (Inhaberpapiere) und 1072-1080 (Wechsel) geregelt. Vgl. auch ZGB 870 II, OR 972 II, 1172 und 1143 I 19. Prozessual handelt es sich i.d.R. um ein summarisches Verfahren, so wie im Aargau (EG OR 23bis). Es wird durch denjenigen eingeleitet, der Besitz und Verlust des Papiers glaubhaft macht. Ggf. erlässt der Richter ein öffentliches Aufgebot, wonach sich ein allfälliger Inhaber des Papiers beim Gericht melden soll. Meldet sich ein Dritter, wird dem Gesuchsteller eine Frist gesetzt, um gegen die materielle Berechtigung des Dritten vorzugehen. Ohne Meldung erfolgt die Kraftloserklärung. Diese ist nicht nötig, wenn das Papier nachweislich zerstört wurde.

## 5.3. Die Einredelehre

### 5.3.1. Skripturrecht als Einredenbeschränkung

Die Einrede ist die **Geltendmachung eines Umstandes, der einem Anspruch entgegensteht**. Dagegen richtet sich die Einwendung gegen den Bestand einer Forderung (z.B. Rechtswidrigkeit oder Handlungsunfähigkeit). Die Einredelehre beinhaltet sowohl Einreden als auch Einwendungen.

Das Vertrauen auf eine Urkunde, ist das Prinzip der **Skripturrechtlichkeit**. Es steht der Einrede naturgemäss entgegen. Die Einredelehre schränkt die Einreden ein, aber sie hebt sie nicht auf. Auch der Gutgläubige muss mit einer Unsicherheit leben, weil gewisse Einreden nicht ausgeschlossen sind.

### 5.3.2. Einrede gegen das verkündete Recht

Unbeschränkt einredbar sind die persönlichen Einreden. Dazu gehören:

- Zusatzvereinbarungen.
- Einreden aus dem Grundverhältnis (z.B. Sachmangel des Kaufgegenstandes).
- Einrede aus einem anderen Rechtsverhältnis (z.B. die Verrechnung).

Ferner sind alle Gründe einredbar, die aus der Urkunde selber ersichtlich sind, so insbesondere Formfehler, die Verjährung oder Auslegungsmängel. Gewisse Einreden können ebenfalls immer trotz Vertrauensbildung geltend gemacht werden. Dazu gehören diejenige der Fälschung oder Verfälschung, sowie diejenige der Handlungsunfähigkeit. Ferner können die Rechtswidrigkeit, die Sittenwidrigkeit und eine Forderung aus Spiel und Wette nicht unbeschränkt geltend gemacht werden; eine Einrede ist also möglich.

Alle anderen Einreden werden durch das Prinzip des Skripturrechts abgeschnitten. Das betrifft alle Unwirksamkeitsgründe ausser der Handlungsfähigkeit und die Formfehler, so insbesondere die **Willensmängel**. **Einreden aus einem Drittverhältnis können nicht geltend gemacht werden, ausser wenn der Erwerber der Urkunde bewusst zum Nachteil des Schuldners gehandelt hat** (OR 979 II, 1007 und 1146 II).

### 5.3.3. Mängel bei der Übertragung

Die Mängel können entweder aus dem Übertragungsakt (z.B. Irrtum über die Person des Empfängers), dem Grundverhältnis (z.B. Sittenwidrigkeit) oder daraus entstehen, dass die Übertragung ohne Willen des bisher Berechtigten geschah.

Der neue Inhaber kann sich gegen den Anspruch des früheren Inhabers auf Rückgabe wehren (OR 1006 II), nicht aber bei Bösgläubigkeit und bei grober Fahrlässigkeit. Ausserdem legitimiert sich der neue Inhaber trotz Übertragungsmangel beim Leistungspflichtigen. Damit wird dessen Einrede fehlerhafter Übertragungsschritte ausgeschlossen.

### 5.3.4. Das Blankett

Grundsätzlich muss sich niemand einen Urkundentext entgegenhalten lassen, den ein anderer eigenmächtig eingesetzt hat. Die Einrede der Fälschung oder Verfälschung ist daher immer möglich. Gebunden sind nur diejenigen, die den Text eingesetzt haben, sowie deren Nachmänner (OR 1068).

Es können aber gewisse Angaben offen gelassen werden, bzw. kann eine Person ermächtigt werden, solche Änderungen und Ergänzungen vorzunehmen. In welchem Umfang dies geschehen darf, ist vom Einzelfall abhängig. Häufigster Anwendungsfall ist das **Blankoindossament**, wenn die Person des Empfängers offen gelassen wird, welcher dann das Papier direkt auf einen Dritten weiterübertragen könnte.

Das Blankett erzeugt einen eigenen Vertrauensschutz beim gutgläubigen Erwerber (vgl. OR 1000). Der Erwerber darf annehmen, die Übertragung sei rechtmässig erfolgen, und er darf annehmen, dass der dasselbe auch tun darf, oder auch die Urkunde (bzw. das Indossament) selber ausfüllen.

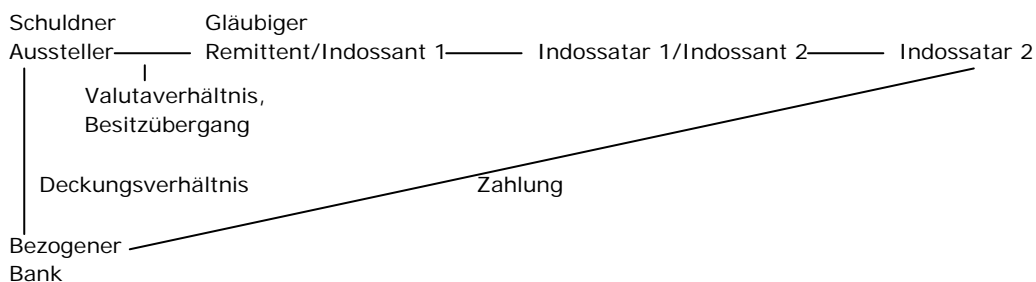
## 5.4. Der Wechsel

### 5.4.1. Die Idee

Der Wechsel war im 12. Jahrhundert die erste Möglichkeit, bargeldlos Zahlungen zu leisten. Die Banken gaben Papiere aus, die nur bei ihnen wieder eingelöst werden konnten. So konnten bspw. Räuber nichts mit diesen Wechseln anfangen. Die Bedeutung des Wechsels unter den Kaufmännern führte mit der Zeit zu einem Wechselrecht.

Rechtlich ist der Wechsel ein **Ordrepapier**, welches die Zahlung eines Geldbetrages in Aussicht stellt. Der Eigenwechsel ist seinem Wesen nach ein Schuldbekenntnis (X verspricht Y eine Zahlung). Der gezogene Wechsel ist dreipolig (vgl. OR 466). Der Aussteller X schreibt, an Z (Bezogener) zu leisten, und übergibt den Wechsel dem Y (Remittent).

### 5.4.2. Der Umlauf des Wechsels



Die Wechselurkunde wird vom Aussteller geschaffen. Die Formvorschriften sind in OR 1096 für den Eigenwechsel, und in OR 991 für den gezogenen Wechsel zu finden. Da die Formvorschriften streng sind, hat die Einrede der Formungültigkeit oftmals Erfolg. Fatal ist bspw. auch eine bloße Unklarheit oder eine unzutreffende Angabe.

Möglich sind Zusatzklauseln auf der Urkunde, wie der Haftungsausschluss (OR 999 II, 1005). Wird der Wechsel indossiert, heisst der Remittent Indossant 1 und der Empfänger Indossatar 1 bzw. Indossant 2 etc. Der Indossant garantiert, dass der Wechsel bezahlt wird (OR 1005 I). Zum Vollmachts-, Pfand- und Nachindossament siehe OR 1008 ff.

Der gezogene Wechsel unterliegt bei seiner Zirkulation einer beträchtlichen Unsicherheit insofern, als die als Zahler (Bank) genannte Person rechtlich gegenüber dem Inhaber zu nichts verpflichtet ist. Er hat lediglich aus seinem persönlichen Verhältnis zum Aussteller eine Pflicht. Daher gibt es die Möglichkeit des **Akzeptes**. Verweigert der Bezogene (Bank) das Akzept, löst dies die Garantien der anderen Wechselverpflichteten aus wie die Nicht-Zahlung. Für den Aussteller birgt dies eine beträchtliche Unsicherheit in sich, weil er für alle anderen haften muss. Um möglichst sicher zu sein, dass der Bezogene akzeptiert, müsste er darum während der ganzen Laufzeit des Wechsels eine entsprechende Deckung, also ein Guthaben beim Bezogenen, unterhalten. Um eine Präsentation zum Akzept zu einer ungunstigen Zeit zu vermeiden, kann er mit oder ohne Frist die Vorlegung

zur Annahme entweder verbieten oder auch gebieten (OR 1012 I und III). Auch für die Indossanten könnte eine solche Beanspruchung der Garantie mangels Annahme eine böse Überraschung sein. Bei einer Vorschreibung der Präsentation zur Annahme müssten sie auf den Aussteller Rücksicht nehmen.

Eine zumindest teilweise Überbrückung der Unsicherheit, ob der Bezogene bezahlen wird, lässt sich dadurch erreichen, dass der **Aussteller mit dem Wechsel zugunsten des jeweiligen Inhaber sein Guthaben zediert, welches er beim Bezogene besitzt** (Deckungsabtretung, OR 1053 II).

Mit der Zahlung kommt der Umlauf des Wechsels zu seinem Ende. Diese kann durch ein Fälligkeitsdatum, durch eine Frist, durch die Präsentation selber oder durch eine Frist nach Sicht, also nach der Präsentation fällig werden. Die Wechselschuld ist im Gegensatz zu anderen Geldschulden eine **Holschuld**. Die Zahlung bei Vorlage der Urkunde wirkt befreiend (OR 1030 III, vgl. OR 167). Der Zahler hat Anspruch auf Herausgabe der Urkunde, bei Teilzahlung auf einen Vermerk (OR 1029). Honoriert der Bezogene einen gezogenen Wechsel, so kann er entsprechend seinem internen Rechtsverhältnis zum Aussteller diesem die Summe belasten.

### 5.4.3. Der Rücklauf des Wechsels

Das Scheitern der Präsentation löst die Garantie der andern Wechselverpflichteten aus. Diese Garantie lautet immer auf Zahlung, selbst wenn sie mangels Annahme beansprucht wird. Wenn der Inhaber die Zahlung bei einem Garant verlangt, muss er vorher einen **Protest** erheben. **Dieser ist ein notarieller Akt, mit welchem das Scheitern der Präsentation festgestellt wird.** Zur Aufnahme eines Wechselprotestes sind die Notare zuständig (EG OR 21). Dabei sind Fristen zu beachten (OR 1028). In den Fällen von höherer Gewalt und des Konkurses (OR 1051, 1034 VI) ist kein Protest erforderlich. Der Aussteller kann auch für alle Garantien eine Klausel auf dem Wechsel anbringen, welche vom Erfordernis des Protests für den Rückgriffs entbindet (OR 1043).

Die Garantien haften solidarisch, der Inhaber kann jeden Garant haftpflichtig machen. Die Forderung umfasst auch allfällige wechselfällige Zinsen, Verzugszins, die Auslagen und eine Provision von höchstens 2 Promille.

## 5.5. *Der Check*

### 5.5.1. Idee

Wie der Wechsel ist der Check ein Ordrepapier. Es kann allerdings auch auf den Inhaber ausgestellt werden (OR 1105). Auch hier gibt es materielle und formelle Formerfordernisse (OR 1100, 1105). Die wichtigste Abweichung vom Wechsel ist das Akzeptverbot (OR 1104), eine Annahmeerklärung des Bezogenen entfaltet keine checkrechtliche Wirkung.

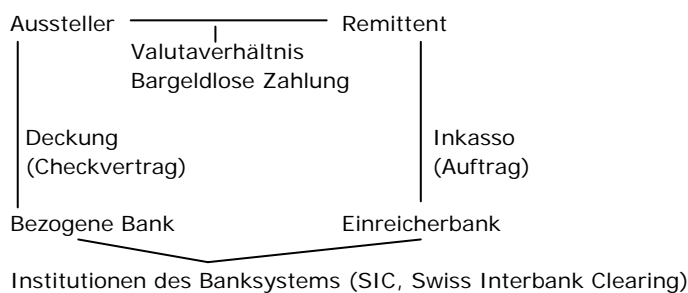
Der Check ist immer auf Sicht zahlbar, andere Fälligkeitsbestimmungen gibt es nicht. Ein Eigen-Check ist nicht möglich, der Check wird also immer gezogen. Obwohl auf Sicht

zahlbar, gibt es keine Verzinsung der Checksumme (OR 1106). Der Bezogene kann ferner nur eine Bank sein (1102 I). Die Präsentationsfristen sind überdies sehr kurz (OR 1119).

Im Gegensatz zum Wechsel soll der Check ein Zahlungsmittel und nicht ein Kreditinstrument sein. Der Check birgt das Risiko in sich, dass sich die Bank weigert, wegen fehlender Deckung die Zahlung zu vollbringen (vgl. OR 1103). Einen ungedeckten Check auszustellen ist zwar verboten, doch ist dies immer noch an der Tagesordnung. In gewissen Ländern gibt es sogar strafrechtliche Sanktionen, in der Schweiz wäre die Erfüllung von StGB 146, 148 oder 150 denkbar.

Obwohl die Übergabe des Checks die Zahlung sein soll, ist sie aber nicht schon die Erfüllung, sondern eine Erfüllung zahlungshalber. Dies beinhaltet auch, dass der Gläubiger keinen Check zur Erfüllung akzeptieren muss.

### 5.5.2. Der Umlauf des Checks



Der Aussteller macht dem Remittenten eine bargeldlose Zahlung. Dies ist der einzige Vorgang, der ausserhalb des Banksystems vor sich geht. Die Geldzahlung geht vom Aussteller über die bezogene Bank, die Institution des Banksystems, die Einreicherbank bis hin zum Remittenten. Der Check geht in die andere Richtung.

**Checks ausstellen darf nur, wer beim Bezogenen über Deckung verfügt.** Das bedeutet, dass der Aussteller über eine genügende Deckung verfügen muss, und sich die Bank verpflichtet hat, Checks des Ausstellers in diesem Rahmen zu decken. Die Verpflichtung erfolgt aus dem Checkvertrag.

### 5.5.3. Sicherung gegen Missbrauch

Erfolgt der Verlust beim Aussteller, hat er die Möglichkeit, den Check zu widerrufen. Diese Möglichkeit ist aber auf den Fall beschränkt, dass die Fristen für die Präsentation bei der bezogenen Bank nach OR 1116 abgelaufen sind (OR 1119 I).

Mittels eines Vermerks auf dem Formular kann der Check einem sicheren Regime unterworfen werden. Die eine Möglichkeit ist der Verrechnungsscheck (OR 1125, „nur zur Verrechnung“). Die bezogene Bank darf den Check nicht in bar auszahlen, sondern muss dem Einlöser die Summe auf einem Konto gutschreiben. Bei nachträglichem Missbrauch kann dann diese Gutschreibung storniert werden. Ferner sieht OR 1124 die allgemeine Kreuzung vor. Ein Bankier darf einen gekreuzten Check nur von einem anderen Bankier

oder von einem Kunden erwerben. D.h. dass die Vergütung ebenfalls auf ein Konto erfolgen muss. Die Kreuzung ist durch zwei parallele Striche auf der Vorderseite gekennzeichnet (OR 1123 II).

#### **5.5.4. Sonderformen**

Auch der Postcheck untersteht den Vorschriften des Obligationenrechts; der Aussteller verfügt einfach über ein Postkonto. Hingegen ist der Reisecheck kein obligationenrechtlicher Check. Das sind öfters Gutscheine, mit entsprechender eigener Verpflichtung der ausgebenden Organisation.

#### **5.6. *Die Gläubigergemeinschaft***

Das Anleihen ist ein Gross-Darlehen, das der Anleihsnehmer (Borger) je in Teilbeträgen bei einer Vielzahl von Darleihern aufnimmt, wobei er für die Rückforderung jedes Teilbetrages dem Darleiher ein Wertpapier begibt (Anleihensobligation).

Das Anleihen kennzeichnet, dass einem Schuldner eine Vielzahl je selbständiger, unter sich nicht verbundener Gläubiger gegenüberstehen. Die Gläubiger sind von Gesetzes wegen eine Gläubigergemeinschaft (OR 1157 I).

## II. WEITERE PRÜFUNGSRELEVANTE RECHTSGEBIETE

### 1. Einführung und Grundlagen der Immaterialgüter

#### 1.1. *Allgemeines*

##### 1.1.1. Überblick

|                              | <b>Patentrecht</b>  | <b>Urheberrecht</b>  | <b>Markenrecht</b>   | <b>Designrecht</b>   |
|------------------------------|---|--|--|--|
| <b>Gegenstand</b>            | Schutz von Erfindungen (geistige Schöpfung plus technische Regel).  | Schutz von Werken der Literatur und Kunst (geistige Schöpfung plus individueller Charakter).                                       | Zeichen, die geeignet sind, Waren und Dienstleistungen von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden.                           | Schutz von ästhetisch motivierten Gestaltungen von Gegenständen, die visuell erfassbar sind. |
| <b>Schutzvoraussetzungen</b> | Gewerbliche Anwendbarkeit, Neuheit, Nicht-Naheliegen.   | Geistige Schöpfung, individueller Charakter.   | Nichtvorliegen absoluter und relativer Schutzausschlussgründe.   | Neuheit und Eigenart.  |
| <b>Inhalt</b>                | Ausschliesslichkeitsanspruch, die Erfindung gewerbmässig zu nutzen (in der Schweiz und in Liechtenstein). | Ausschliessliches Recht, am geschaffenen Werk (Verwendungsrechte und Urheberpersönlichkeitsrechte).                                | Ausschliesslichkeitsanspruch im gewerbmässigen Markengebrauch.   | Ausschliesslichkeitsanspruch im gewerbmässigen Gebrauch.                                     |
| <b>Schöpfung</b>             | Schöpferprinzip, zu beachten ist jedoch OR 332 im Arbeitsverhältnis.                                      | Schöpferprinzip, nicht so bei Computerprogrammen (URG 17).   | Das Schöpferprinzip gilt nicht im Markenrecht.   | Schöpferprinzip, zu beachten ist jedoch OR 332 im Arbeitsverhältnis.                         |
| <b>Entstehung</b>            | Eintrag im Register (ungeprüft).  | Die Urheberrechte entstehen originär durch die Schaffung des Werkes als Realakt.   | Eintrag im Register.   | Einfache Eintragung im Register. Enge Kognition der Behörde.                                 |
| <b>Bestand</b>               | 20 Jahre (plus mögliche Erweiterung bei Arznei- und Pflanzenschutzmitteln um 5 Jahre).                    | Ab Individualität bestehen sie bis 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers (bei Computerprogrammen 50 Jahre nach dem Tod des Urhebers). | 10 Jahre bei beliebiger Möglichkeit der Verlängerung. Nach einer Schonfrist von fünf Jahren herrscht ein Gebrauchszwang der Marke. | 5 Jahre plus eine Verlängerung um maximal vier mal fünf Jahre. Kein Gebrauchszwang.          |
| <b>Ähnlichkeit</b>           | Nachmachung und Nachahmung.   | Individualität.  | Gesamteindruck und Erinnerungsbild.  | Gesamteindruck (Übereinstimmungen und nicht Abweichungen).                                   |
| <b>Erschöpfung</b>           | National.   | International.   | International.   | International.   |
| <b>Gebrauchszwang</b>        | Keiner, aber Gebühren ab dem 5. Jahr.   | Keiner.  | Ab dem 5. Jahr.  | Keiner, Defensivhinlegungen möglich.   |

### 1.1.2. Funktion und Prinzipien

Die Grundprinzipien des Immaterialgüterrechts sind die Registrierung, die beschränkte Schutzdauer und die Verwertung. Von Bedeutung sind dabei der Erschöpfungsgrundsatz und der Rechtsschutz.

Der **Sorten- und Topographieschutz** sind ebenfalls Bestandteil des Immaterialgüterrechts, jedoch besitzen sie nur eine sehr marginale Bedeutung und werden deshalb nicht weiter behandelt (vgl. SortG, TopG). Das Marken- und das Firmenrecht sind beides Untergruppen des Kennzeichenrechtes. Auch im Bereich des Kennzeichenrechtes bestehen weiter marginale Gruppen.

Während das Immaterialgüterrecht durch die Registrierung **Monopolrechte** gewährt, will das Wettbewerbsrecht einerseits das **Funktionieren des Wettbewerbs** gewährleisten (Lauterkeitsrecht), und andererseits die **Existenz des Wettbewerbs** sichern (Kartellrecht). Immaterialgüterrechtlich geschützte Monopole unterstehen nicht dem Kartellrecht (KG 3 II).

## 1.2. *Verwertung*

### 1.2.1. Vollständige Abtretung

#### a) *Allgemeines*

Abtretbar sind neben den Immaterialgüterrechten selbst auch die Anwartschaften auf solche, sowie solche Immaterialgüter, die spezialgesetzlich gar nicht schützbar sind (z.B. Know-how). Auch noch unbekanntes Nutzungsarten von Immaterialgüterrechten sind abtretbar.

Erfolgt die Herstellung bzw. die Inverkehrsetzung rechtmässig, ist das Verbreitungsrecht an diesem Gegenstand erloschen (Erschöpfung). Ausser im Patentrecht gilt die internationale Erschöpfung. Auf patentrechtliche Monopole kann allerdings das Kartellrecht Anwendung finden (KG 7).

Vermögensrechte können frei übertragen werden, Persönlichkeitsrechte nur von Todes wegen. Allerdings kann man auf sie verzichten (aber nicht im Voraus, PatG 6 II). Die neuere Lehre bejaht die Möglichkeit der Abtretung von Persönlichkeitsrechten, da URG 16 I schon gar keinen Unterschied zwischen Urheberpersönlichkeits- und Vermögensrechten macht. Unübertragbar sollen nur diejenigen Rechte sein, deren Übertragbarkeit wegen ihrer Natur ausgeschlossen ist (z.B. der Anspruch auf Anerkennung der Urheberschaft) oder solche Rechte, die mit dem Urheber untrennbar verbunden sind (z.B. Persönlichkeitsrechte im Zusammenhang mit ZGB 28). Bei den Registerrechten ist die Schriftform Voraussetzung für den Rechtserwerb.



## *b) Originärer und derivativer Rechtserwerb*

### **i. Allgemeines**

Im Urheberrecht gilt das Schöpferprinzip (originärer Rechtserwerb des Schöpfers, Ausnahme: Computerprogramme) ohne Einschränkungen. Im Patentrecht und im Designrecht gibt es Einschränkungen, im Markenrecht gilt das Schöpferprinzip nicht. Masst sich jemand ein Immaterialgüterrecht an, sieht das Gesetz eine Abtretungsklage vor. Bei Rechtsübergang durch richterliches Urteil, Enteignung oder Zwangsvollstreckung erwirbt der Berechtigte das Recht originär.

Gemäss OR 393 II erwirbt der Verleger am betreffenden Werk **originär** Urheberrechte, wenn ein Autor ein Werk nach dem Plan des Verlegers erstellt oder bearbeitet.

### **ii. Im Arbeitsverhältnis**

Gemäss OR 332 steht die Gelegenheitserfindung dem Arbeitnehmer zu, nicht jedoch die Diensterfindung. Im Arbeitsvertrag kann bei Gelegenheitserfindungen vereinbart werden, dass der Arbeitgeber die Erfindung gegen Entschädigung derivativ vom Arbeitnehmer erwerben kann (OR 332 II). Dasselbe gilt im Designrecht und im Sortenschutzrecht. Im Urheberrecht gibt es keine gesetzliche Regelung, es gilt deswegen uneingeschränkt das **Schöpferprinzip**. Eine Abtretung der Urheberrechte ist aber im Rahmen des Arbeitsvertrages oder eventuell konkludent möglich. Bei Computerprogrammen steht dem Arbeitgeber eine ausschliessliche Verwendungsbefugnis zu, das Urheberrecht bleibt jedoch beim Arbeitnehmer (URG 17).

### **iii. Im Auftrags- oder Werkvertragsverhältnis**

Ist eine Werkschöpfung Gegenstand eines Auftrages, ergibt sich die Abtretung aus OR 400 I, wonach der Beauftragte dem Auftraggeber alles, was ihm in Erfüllung des Auftrags zugekommen ist, zu erstatten hat (Legalzession). Im Werkvertrag wird diese Bestimmung analog angewendet.

## **1.2.2. Teilweise Abtretung**

### *a) Verlagsvertrag*

Der Verlagsvertrag (OR 380 ff.) hat ausschliesslich urheberrechtlich geschützte Werke zum Gegenstand. Durch den Abschluss eines Verlagsvertrages verpflichtet sich der Urheber, dem Verleger die Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechte an einem Werk zum Zwecke der Herausgabe desselben abzutreten. Der Verleger übernimmt die Pflicht, das Werk zu vervielfältigen und zu verbreiten.

Durch Übernahme von Teilrechten auf eine gewisse Dauer unterscheidet sich der Verlagsvertrag vom Verkauf von Urheberrechten, die durch den Verkauf für immer weg sind. Ein Lizenzvertrag hat bloss Nutzungsrechte zum Gegenstand.

**b) *Einräumung von Pfand- und Nutzungsrechten***

Immaterialgüterrechte können verpfändet werden (ZGB 895 I). ZGB 745 erwähnt als Gegenstand der Nutzniessung mitunter Rechte und somit auch Immaterialgüterrechte.

**c) *Der Lizenzvertrag***

**i. Begriff und Arten**

Beim Lizenzvertrag handelt es sich um einen Innominatkontrakt. Er kann deswegen eher einer Miete und Pacht oder aber eher einem Kauf ähneln. Der Lizenzgeber verzichtet auf sein Ausschliesslichkeitsrecht (negativ), er verpflichtet sich also zur Duldung des Gebrauchs durch den Lizenznehmer (positiv). In der Regel ist ein Entgelt geschuldet.

Da der Lizenzvertrag nicht gesetzlich geregelt ist, sind seine Erscheinungsformen vielfältig. Beispiele sind die einfache Lizenz (Nutzungsrechte), die ausschliessliche Lizenz (ausschliessliche Nutzung, d.h. der Lizenzgeber darf keine weiteren Nutzungsrechte vergeben) oder die Zwangslizenz durch Gesetz (PatG 29 III, 36, 37, 40, 40a, URG 23).

**ii. Geltungsbereich**

Der sachliche Geltungsbereich erstreckt sich über alle Immaterialgüterrechte, räumlich kann er auch nur auf einen Teil der Schweiz begrenzt sein. Ein Parteienwechsel ist nur mit Zustimmung der anderen Partei möglich (persönlicher Geltungsbereich). Zeitlich kann er nicht über die Schutzdauer des Lizenzobjektes hinausgehen und ist natürlich in die Schranken von ZGB 27 zu weisen.

Die Nichtigkeit des Lizenzobjektes hat die Nichtigkeit des Lizenzvertrages zur Folge (OR 20). Die Rückzahlung der Lizenzgebühren ist unter Umständen rechtsmissbräuchlich, denn der Lizenznehmer hat vielmals schon von der Lizenz profitieren können.

In DesG 35 ist geregelt, dass der Lizenznehmer zu Abwehr- und Wiedergutmachungsklagen legitimiert ist. In den anderen Bereichen des Immaterialgüterrechts muss dies im Vertrag festgehalten werden.

**1.2.3. Zwangsvollstreckung**

Noch nicht zum Schutz angemeldete Erfindungen, Designs und Pflanzensorten werden nicht erfasst, wie auch nicht die Persönlichkeitsrechte. MSchG 17 IV bestimmt, dass bei der Zwangsvollstreckung eines Unternehmens vermutungsweise auch seine Marken mitübertragen werden.

### **1.3. Zivilrechtlicher Rechtsschutz**

#### **1.3.1. Örtliche und sachliche Zuständigkeit**

##### **a) Örtliche Zuständigkeit**

Bei Binnensachverhalten kommt das Gerichtsstandsgesetz zur Anwendung (GestG 3 und 25), bei internationalen Sachverhalten entweder das LugÜ oder das IPRG. International ist die Zuständigkeit dann, wenn eine Partei ihren Sitz oder Wohnsitz im Ausland hat, eine Verletzungshandlung im Ausland begangen worden ist oder wenn ausländische Immaterialgüterrechte angerufen werden können.

Gemischte Sachverhalte sind analog den Binnensachverhalten zu behandeln. Bei Massnahmeverfahren gilt GestG 33, eine Widerklage ist bei Erfüllung der Voraussetzungen möglich (GestG 6).

##### **b) Sachliche Zuständigkeit**

Sie ergibt sich auf Grund der jeweils massgeblichen kantonalen Gerichtsorganisation. Die Kantone sind jedoch verpflichtet, eine einzige Instanz zu bezeichnen (Handelsgericht, vgl. ZPO 404). Es muss aber nicht zwangsweise immer dieselbe sein. **Laut UWG 12 II kann man lauterkeitsrechtliche Klagen immer bei der Hauptklage mit anbringen.**

#### **1.3.2. Die einzelnen zivilrechtlichen Ansprüche**

##### **a) Bestandesklagen**

Sie dienen der Durchsetzung solcher Ansprüche, welche die materielle Gültigkeit von Schutzrechten oder die Zuständigkeit an Schutzrechten respektive den Bestand einer lauterkeitsrechtlich geschützten Wettbewerbsstellung zum Gegenstand haben.

- **Nichtigkeitsklage:** Der Betroffene verlangt die gerichtliche Feststellung, dass bei richtiger Anwendung des materiellen Rechts ein Schutzrecht nicht besteht (PatG 74, URG 61, DesG 33, MSchG 52).
- **Übertragungsklagen:** Der Beklagte hat sich eine Hinterlegung angemasst, der Kläger verlangt die Übertragung des Schutzrechtes (PatG 19, DesG 34, MSchG 53). Bei gutem Glauben ist dies aber befristet.

## *b) Verletzungsklagen*

Hier ist die Stellung des Klägers und des Beklagten gerade umgekehrt, denn der Rechtsinhaber verlangt Schutz gegen eine Störung seines Ausschliesslichkeitsanspruches oder seiner Wettbewerbsstellung.

- **Unterlassungsbegehren:** Der Kläger verlangt das richterliche Verbot einer drohenden oder andauernden Verletzung seines Immaterialgutes (PatG 72, URG 62, DesG 35, MSchG 55). Zur Durchsetzung dient die Strafandrohung des kantonalen Vollstreckungsrechts oder des materiellen Strafrechts (StGB 292).
- **Beseitigungsbegehren:** Sie zielen auf die konkret fassbaren Auswirkungen der Schutzrechtsverletzungen, typischerweise mittels vorsorglicher Massnahmen (PatG 72, URG 52, DesG 35, MSchG 55, UWG 9). Praktisch relevant ist die Möglichkeit der Beschlagnahmung.
- **Urteilspublikation:** Es muss ein schutzwürdiges Interesse des Antragsstellers vorliegen. Das schutzwürdige Interesse besteht typischerweise im Anliegen auf Aufklärung der massgebenden Verkehrskreise. Das Urteil wird dann auf Kosten der nicht obsiegenden Partei veröffentlicht (PatG 70, URG 66, DesG 39, MSchG 60, UWG 9). Die Urteilspublikation ist eine andere Art der Genugtuung.
- **Positive Feststellungsklage:** Sie dient zur präventiven Abwehr von Verletzungshandlungen. Allerdings muss ein genügendes Rechtsschutzinteresse nachgewiesen werden.
- **Auskunftsbegehren:** Der Störer kann verpflichtet werden, die Herkunft der sich in seinem Besitze befindenden, widerrechtlichen Gegenstände bekannt zu geben (PatG 66, URG 62, DesG 36, MSchG 55).

## *c) Weitere Klagen (Gemeinsame Einklagung möglich, dann alternativ auswählen)*

Denkbar sind neben Schadenersatz (PatG 73, URG 62, DesG 35, MSchG 55, UWG 9) die Gewinnherausgabe nach OR 419 und die Genugtuung (OR 49). Zu beachten ist dabei die Verjährung, bei welcher OR 60 massgebend ist.

### 1.3.3. Rechtsschutzinteresse und Legitimation

#### *a) Rechtsschutzinteresse*

Bei den **Bestandesklagen** genügt der Nachweis der potentiellen Konfliktslage. Das Rechtsschutzinteresse entfällt aber bei fehlender eigener Nutzungsmöglichkeit.

**Verletzungsklagen:** Behauptet der Kläger eine Verletzung, ist sein Rechtsschutzinteresse evident. Bei einer Gefährdung allerdings ist eine reale konkrete Gefährdung nachzuweisen.

**b) *Aktivlegitimation***

Die Frage stellt sich nur bei den Verletzungsklagen. Die eigentumsmäßige Berechtigung am Schutzrecht ist nachzuweisen (die bloße Anmeldung bzw. Hinterlegung bei registergebundenen Rechten genügt nicht). Im Lauterkeitsrecht sind Kunden, Wettbewerbsteilnehmer, der Bund (wenn das Ansehen der Schweiz gefährdet ist) und auch Verbände aktivlegitimiert (UWG 9 ff.). Im Designrecht ist der Lizenznehmer zur Klageführung berechtigt, sofern der Vertrag das nicht ausschliesst (DesG 35, 38).

**c) *Passivlegitimation***

Bei Bestandesklagen ergibt sich diese aus dem Registereintrag. Bei Verletzungsklagen ist derjenige passivlegitimiert, der in den rechtlich geschützten Bereich eingreift oder denselben gefährdet. Im Lauterkeitsrecht ist jeder passivlegitimiert, der den Wettbewerb in wettbewerbsrelevanter Weise beeinflusst.

#### **1.3.4. Beweisrecht, Verwirkung und Sonderfragen**

**a) *Beweisrecht***

**ZGB 8:** Beweispflichtig ist derjenige, der aus den behaupteten Tatsachen Rechte ableiten will. **Ausnahmen** sind UWG 13 (Werbeaussagen), MSchG 12 III (Fehlender Gebrauch von Markenrechten) und PatG 67 (Bei Verletzungen von Verfahrenspatenten wird die Patentverletzung bis zum Beweis des Gegenteils vermutet. Beweismittel sind alle erlaubt, bei Patentverletzungen muss aber ein Sachverständiger beigezogen werden).

**b) *Verwirkung***

Nur bei folgenden kumulativen Voraussetzungen ist die Verwirkung gegeben:

- Die Verletzungshandlung muss bereits lange andauern.
- Der Betroffene muss von dieser Verletzungshandlung Kenntnis gehabt haben oder hätte diese bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit zumindest kennen müssen.
- Der Verletzer muss aufgrund seiner Verletzungshandlung einen wertvollen Besitzstand erlangt haben.
- Guter Glaube des Verletzers.

**c) *Sonderfragen***

Es besteht eine Pflicht zur Wahrung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen (PatG 68, UWG 15). Im Patenrecht besteht ein Verbot der Stufenklage, d.h. dass man nicht auf

eine Klagehäufung verzichten darf, wenn sie möglich und zumutbar gewesen wäre (PatG 71, keine kostenmässige Pönalisierung). UWG 13 verpflichtet die Kantone zu einem einfachen und raschen Prozessverfahren bei geringem Streitwert.

### 1.3.5. Vorsorgliche Massnahmen

Wettbewerbspositionen und Immaterialgüterrechte sind sehr verletzlich. Eine Verletzung kann meist mit Geld alleine nicht wieder gut gemacht werden. **Deshalb sehen die Gesetze vorsorgliche Massnahmen vor, die sich stark an ZGB 28c anlehnen. Zu beachten ist dabei auch das Medienprivileg.**

Die vorsorglichen Massnahmen sind in PatG 77, URG 65 II, DesG 38 II und in MSchG 59 II geregelt. Vorsorgliche Vollstreckung von Unterlassungs- und Beseitigungsbegehren bilden die häufigsten Massnahmen. Weiter gibt es Massnahmen zur Beweissicherung sowie die Ermittlung der Herkunft widerrechtlich hergestellter oder in Verkehr gebrachter Gegenstände. Selten sind Wahrungen der bestehenden Zustände. Entsprechende Anträge können beliebig kumuliert werden.

Das **Verfahren** richtet sich nach ZGB 28c-f, falls Lücken bestehen, greift das kantonale Verfahrensrecht. In Fällen dringender Gefahr kann der Richter die Massnahme ohne Anhörung des Gesuchsgegners anordnen (superprovisorisch, vorläufig). Dringend ist die Gefahr insbesondere dann, wenn die Massnahme andernfalls zu spät käme. Schutzschriften, mit denen sich eine Partei vorgängig wegen der Befürchtung einer vorsorglichen Massnahme äussert, sind nur in Deutschland bekannt.

Die vorsorglichen Massnahmen **gelten für die Dauer des Hauptprozesses**. Damit auch wirklich geklagt wird, hat der Richter dem Gesuchsteller eine Klagefrist von 30 Tagen einzuräumen (ZGB 28e II). Rechtskraft erlangen die Massnahmen nicht, der Richter kann sie auf Antrag der Parteien jederzeit abändern.

### 1.3.6. Hilfeleistungen der Zollverwaltung und strafrechtlicher Schutz

**TRIPS-Abkommen:** Das Amtsgeheimnis der Zollbehörde ist aufgehoben, damit wirtschaftskriminelle Schutzrechtsverletzungen besser bekämpft werden können. Patentverletzungen werden nicht von der Zollbehörde erfasst, weil die nicht durch einen Kontrollblick zu erfassen sind. Als Massnahmen sind die **Anzeige** verdächtiger Sendungen durch die Zollbehörden (URG 75, DesG 46, MSchG 70) sowie das **Zurückbehalten** von Waren durch die Zollverwaltung (URG 77, DesG 47 f., MSchG 72) vorgesehen.

Eine Anzeige richtet die Zollbehörde **an den Rechtsinhaber oder an andere zur Klageführung berechnigte Personen**. Die angerufene Partei kann die Zollbehörde um Hilfeleistung ersuchen, sie muss ihr Schutzrecht innert 10 Tagen klar dokumentieren. **Strafrechtliche Bestimmungen** sind in PatG 81 ff., URG 67 ff., DesG 41 ff., MSchG 61 ff. und in UWG 23 ff. vorgesehen. Es sind alles Antragsdelikte. Handelt der Täter aber gewerbsmässig, werden sie zu Officialdelikten. Die Strafverfolgung ist Sache der Kantone. Der Strafrahmen variiert stark, von Gefängnis bis zu drei Jahren oder einer Busse bis zu 100'000 Fr.

## 2. Immaterialgüterrechte i.e.S.

### 2.1. *Patentrecht*

#### 2.1.1. **Gegenstand**

Das Patentrecht befasst sich mit dem Schutz von **Erfindungen**. Es will den Erfinder mit dem Schutz der Erfindungen belohnen, und gleichzeitig Transparenz schaffen, indem die Erfindung **der Öffentlichkeit zugänglich** gemacht wird. Rechtsquellen sind das Patentgesetz, die Patentverordnung, die Pariser Verbandsübereinkunft (PVÜ), das PCT und das Europäische Patentübereinkommen (EPÜ).

#### 2.1.2. **Die Erfindung**

##### a) *Begriff*

Die Erfindung ist eine finale Handlungslehre, eine **Lehre zum technischen Handeln**. Sie definiert in abstrakter Weise, wie eine bestimmte Aufgabe gelöst werden kann. Diese Aufgabe muss von einem Fachmann beliebig oft ausgeführt werden können. Dabei muss die Erfindung eine Technik nutzen, also Naturstoffe und Naturkräfte in den Bereichen Biologie, Chemie etc. einsetzen. Einzug erhalten auch Software, jedoch nur als implementierte Erfindungen (BIOS, also in Verbindung mit Hardware). Vereinfacht ist eine Erfindung eine technische Regel durch geistige Schöpfung, die Tatbestandsmerkmale der Erfindung sind aber deren vier: die geistige Schöpfung, die Zugehörigkeit zum Bereich der Technik, die Anleitung zur Benützung der Naturkräfte und die Wiederholbarkeit.

Die Erfindung liegt dann vor, wenn dank einer schöpferischen Idee durch eine neue, originelle Kombination von Naturkräften und –stoffen ein technischer Nutzeffekt erzielt wird, der einen **wesentlichen technischen Fortschritt** bedeutet. Eine **Kombinationserfindung** betrifft das Zusammenwirken mehrerer Merkmale, die alleine keine Erfindung zu sein brauchen. Geschützt ist bei ihnen die erfinderische Verknüpfung.

##### b) *Abgrenzungen*

Eine Entdeckung definiert keine neue Regel zum technischen Handeln und stellt somit keine Erfindung dar. Dasselbe gilt für ästhetische Formschöpfungen, es fehlt an der Technizität. Anweisungen an den menschlichen Geist sind ebenfalls keine Erfindung, denn der Einsatz technischer Mittel fehlt (z.B. Spielregeln oder psychologische Tests). Der Fachmann kann nicht ohne eigene gedankliche Umsetzung zum Erfolg kommen. Eine Zufallserfindung ist patentierbar, wenn sie beliebig oft wiederholt werden kann.

c) **Kategorien**

- **Herstellungsverfahren:** Es beschreibt, wie das Ausgangsmaterial mit naturwissenschaftlichen Mitteln verändert respektive bearbeitet wird, dass daraus ein neues Erzeugnis resultiert. Nicht patentfähig ist das Arbeitsverfahren, weil es das Substrat nicht verändert und kein neues Erzeugnis liefert.
- **Erzeugniserfindungen:** körperliche Gegenstände mit bestimmten Eigenschaften (z.B. eine spezifisch geformte Turbinenschaufel oder eine chemische Substanz [„Stoffpatent“]).
- **Anwendungs- und Verwendungspatente:** Anwendungserfindungen lehren, wie ein bekanntes Verfahren in neuem Zusammenhang genutzt werden kann. Verwendungspatente definieren, wie vorbestehende Erzeugnisse in bisher nicht bekanntem Zusammenhang eingesetzt oder genutzt werden können (PatG 52).

2.1.3. **Schutzvoraussetzungen**

a) **Neuheit**

i. **Begriff**

Eine Erfindung gilt als neu, wenn sie nicht zum Stand der Technik gehört (PatG 7). Der Stand der Technik bildet alles, was vor dem Anmelde- oder dem Prioritätsdatum der Öffentlichkeit durch schriftliche oder mündliche Beschreibung, durch Benützung oder in sonstiger Weise zugänglich gemacht worden ist (PatG 7). Die Neuheit ist der Unterschied zwischen Erfindung und vorbekanntem Wissensstand. Informationen unter Geheimhaltungspflicht gelten nicht als neuheitsschädlich. Bei der Prüfung, ob die Erfindung neu ist, kann auch gefragt werden, ob man die erfinderische Tätigkeit selbst herausgefunden hätte. Fällt die Antwort positiv aus, ist die Erfindung nicht neu.

ii. **Neuheitsschädlichkeit**

Neuheitsschädlich sind ältere Drittrechte, d.h. Patente, die vor dem Anmeldedatum angemeldet worden sind, aber noch nicht veröffentlicht wurden (PatG 7a). PatG 7c statuiert, dass ein bekannter Stoff sich als Stoff selbst patentieren lässt, wenn herausgefunden wird, dass er medizinisch verwendbar ist. Diese Ausnahme bleibt allerdings auf die erste medizinische Indikation beschränkt.

Wenn die Erfindung höchstens sechs Monate vor dem Anmelde- oder Prioritätsdatum durch einen offensichtlichen Missbrauch offenbart wurde, zählt sie nicht zum Stand der Technik. Dasselbe gilt für die Bekanntmachung an einer offiziell anerkannten internationalen Ausstellung.

Wird die Erfindung nach der Erstanmeldung in einem anderen Land zugänglich gemacht, ist dies 12 Monate lang nicht neuheitsschädlich für dieses Land.



**b) *Nicht-Naheliegen / erfinderische Tätigkeit***

Was sich in nahe liegender Weise aus dem Stand der Technik ergibt, ist keine patentfähige Erfindung (PatG 1 II). Dabei ist auf das Verständnis eines hypothetischen, durchschnittlichen Fachmannes zu bauen. Hätte er einerseits dieselbe Idee haben können, und hätte er andererseits dann die gleiche Lösung vorgeschlagen (**could-would**)? Es herrscht jedoch das Verbot der rückschauenden Betrachtung.

Indizien sind ein lange bekanntes unbefriedigendes Bedürfnis, das Vorurteil der Fachwelt, eine aufwendige Forschung, ein glücklicher Griff oder wenn die Erfindung in mehreren Schritten zustande gekommen ist.

Weiter ist bei **Übertragungserfindungen** (eine bekannte technische Lehre wird auf ein anderes Gebiet übertragen) die erfinderische Tätigkeit je gegebener, je weiter das neue Gebiet vom alten entfernt ist. Wenn bekannte Elemente kombiniert werden, ist das eine erfinderische Tätigkeit, wenn sich aus der Kombination ein für den Fachmann nicht nahe liegender Vorteil ergibt.

Anders als bei der Neuheit werden bei der Prüfung auf Nicht-Naheliegen die verschiedenen Elemente des Standes der Technik nicht isoliert betrachtet, sondern **miteinander in Verbindung gebracht**, wenn die Fachperson Anlass hatte, eine solche Verbindung herzustellen.

**c) *Gewerbliche Anwendbarkeit***

Das Erfordernis der gewerblichen Anwendbarkeit (PatG 1 I) ist ohne grosse Relevanz, denn es genügt die potentielle Möglichkeit zur späteren gewerblichen Nutzung.

**d) *Genügende Offenbarung***

Die Erfindung ist im Patentgesuch (PatG 49) so darzulegen, dass der durchschnittlich gut ausgebildete Fachmann sie wiederholt ausführen kann und der Erfolg dadurch erreicht werden kann (PatG 50 I).

#### **2.1.4. Ausnahmen vom Patentschutz**

**a) *Verstoss gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten***

Beide Ausschlussgründe von PatG 2 I a werden restriktiv gehandhabt, das blosses Missbrauchspotential rechtfertigt noch kein Verbot. So sind Waffen patentfähig. Eine blosses Gesetzeswidrigkeit begründet noch keinen Ausschluss der Patentierbarkeit, vielmehr muss ein Verstoss gegen eine Fundamentalnorm der Rechtsordnung vorhanden sein (ordre public, z.B. ein Sarg, der garantiert, dass ein Scheintoter erstickt, oder Klonverfahren).

**b) *Verfahren der Chirurgie, Therapie und Diagnostik***

Der Gesetzgeber wollte nicht, dass die optimale medizinische Behandlung an den Fragen der Lizenzverteilung scheitert. Allerdings ist zu bedenken, dass die Stoffe patentierbar sind, womit diese Ausnahme relativiert wird.

**c) *Lebendige Materie***

Sie ist vom Patentschutz ausgenommen. Von den Züchtungen hatte man gelernt, dass sich gewisse Vorgehen nicht wiederholen liessen, was eine unabdingbare Voraussetzung des Patentschutzes ist. Mit der Gentechnik ist eine Wiederholung mittlerweile möglich, weshalb das Gesetz in diesem Punkt verändert werden müsste.

### **2.1.5. Erwerb des Patentrechtes**

**a) *Das Recht auf das Patent***

Die Erfindung begründet eine **Anwartschaft** (Recht auf Patent). Es ist die Legitimation, das Patent anzumelden und als Erfinder genannt zu werden, jedoch noch keine Ausschliesslichkeitsansprüche.

**b) *Die Berechtigten***

Der Schöpfer ist der Berechtigte in erster Linie. Bei einer Mehrheit steht das Recht auf das Patent allen gemeinsam zu (ZGB 652, Gesamthandsverhältnis). Wenn zwei nebeneinander das Gleiche erfinden (Doppelerfindung), hat der weniger Schnelle ein Mitbenützungsrecht gemäss PatG 35.

Das Patent ist freit übertragbar. Erforderlich ist Schriftform, ausser bei der Übertragung von einer Anwartschaft. Dienstervfindungen gehören dem Arbeitgeber, bei Gelegenheitserfindungen entsteht die Anwartschaft beim Erfinder, kann aber gegen eine angemessene Entschädigung und eine vertragliche Absprache vom Arbeitgeber erworben werden (OR 332). Bei einem Auftrag steht die Erfindung dem Auftraggeber zu (OR 400 I).

**c) *Die Erfindungsanmassung***

Wenn das Patentgesuch von einem Nicht-Rechtsinhaber eingereicht worden ist, kann der wahre Rechtsinhaber gemäss Art. 29 PatG auf Abtretung des Patentgesuchs klagen, alternativ steht ihm auch die Nichtigkeitsklage offen. Bei einer bösgläubigen Erfindungsanmassung ist der Klageanspruch unbefristet, sonst besteht eine Verwirkungsfrist von zwei Jahren. Gemäss PatG 29 haben gutgläubige Dritte ein Recht auf die Erteilung einer nicht ausschliesslichen Lizenz, wenn sie im Vertrauen auf die Registerlage Rechte erwerben.

## 2.1.6. Das Erteilungsverfahren

### a) *Allgemeines*

Die Registerbehörde kann die Erfindung auf **Neuheit** und **Nicht-Naheliegen** prüfen, oder sie kann sich darauf beschränken, die rechtsgenügeliche Offenbarung zu kontrollieren. Im ersten Fall spricht man von einem geprüften Patent (Europäisches Patent, dauert länger), im zweiten von einem ungeprüften Patent (Schweiz).

Das Europäische Patent ist nicht supranational, sondern es ist das Bündel aller nationalen Rechtstitel. Das Patentamt ist München. Ähnlich wie das Europäische Patent, funktioniert auch die PCT-Anmeldung. Der Patent Cooperation Treaty-Schutz kann mit einer einzigen Anmeldung am OMPI in Genf erreicht werden, welche ein Anmeldeverfahren in allen Ländern auslöst.

Gleiche Erfindungen können immer nur einmal patentiert werden, der Doppelschutz ist verboten. Doppelspurige Anmeldestrategien sind erlaubt, also die gleichzeitige Anmeldung des Patentbes beim Europäischen Patentamt und in der Schweiz. Das internationale Patent geht dem nationalen Recht jedoch vor (PatG 125, 126, 140).

### b) *Die Patentanmeldung*

- **Gesuch** (PatG 49, Antrag auf Erteilung).
- **Patentansprüche**: Sie bestimmen den sachlichen Geltungsbereich des Patentbes (PatG 51 II). Meist besteht ein Patentanspruch aus einem Oberbegriff (das schon bekannte), sowie kennzeichnenden Merkmalen. Werden letztere zu eng definiert, kann die erfinderische Lehre leicht umgangen werden. Die kennzeichnenden Merkmale bestimmen, ob eine Patentverletzung vorliegt, und sind deshalb von **herausragender Bedeutung**.
- **Beschreibung und Zeichnungen**: Die Erfindung ist so zu beschreiben, dass sie von einem Fachmann nachzuvollziehen ist und ausgeführt werden kann (PatG 49 II d).
- **Zusammenfassung**: Sie soll eine rasche Beurteilung des Stellenwerts der Erfindung ermöglichen (PatG 55 b).
- **Erfindernennung**: nur eine natürliche Person möglich, keine Gruppen, selbst wenn dem Erfinder kein Patentanspruch zusteht (z.B. wegen einem Arbeitsverhältnis).

### c) *Prüfungsverfahren*

In der Schweiz wird weder die Neuheit noch das Nicht-Naheliegen geprüft. Es wird nur geprüft, ob überhaupt eine Erfindung im Sinne des Patentgesetzes vorliegt (PatG 59) und ob sie rechtsgenügelich offenbart ist (PatG 59 IV).

*d) Der Registereintrag*

Mit dem Registereintrag entsteht das **Ausschliesslichkeitsrecht** (PatG 60). Zudem gehört die Erfindung nun zum Stand der Technik. Die Rechtsbeständigkeit wird vermutet, der gute Glaube geschützt. Zu beachten ist ZGB 9.

## 2.1.7. Inhalt des Patentrechts

*a) Ausschliesslichkeitsanspruch*

Das **ausschliessliche Recht, die Erfindung gewerbsmässig zu nutzen** (im Gebiet der Schweiz und Liechtenstein). Die Grenze für die Auslegung der Patentschrift ist das, was sich für einen Fachmann daraus ergibt. Entgegen PatG 8 I verleiht das Patentrecht kein positives Benutzungsrecht, denn die Schranken der Rechtsordnung sind weiterhin vorhanden.

*b) Die widerrechtliche Benützung (PatG 66)*

Die Patentverletzung umfasst jede gewerbsmässige Benützungshandlung, welche ohne Zustimmung des Patentinhabers erfolgt, sowie jede Mitwirkung beim anschliessenden Vertrieb. Der private Gebrauch wie auch die Verwendung zu Forschungszwecken ist erlaubt.

Die Benützungstatbestände sind in PatG 8 in nicht abschliessender Weise festgelegt (Gebrauch, Ausfuhr, Feilhalten, Verkauf, Inverkehrbringen, Einfuhr). Zu beachten ist, dass **kein Verschulden** erforderlich ist, und dass der gute Glaube nicht geschützt wird. Verboten ist zudem jede Teilnahme (PatG 66 d.).

*c) Der Verletzungstatbestand*

Dazu gehören gemäss PatG 66 die Nachmachung und die Nachahmung. Eine Nachmachung liegt dann vor, wenn sämtliche Merkmale gleich sind. Die Nachahmung ist dann zu bejahen, wenn nur die untergeordneten Punkte der Erfindung nicht gleich sind. Die untergeordneten Punkte sind der sogenannte Äquivalenzbereich, der für den Fachmann nahe liegend sein muss. Es gilt, **je grösser der technische Fortschritt ist, desto grösser ist auch der Schutz**.

*d) Weitere Haftungstatbestände*

Der Patentinhaber besitzt einen Auskunftsanspruch, jeder Besitzer einer patentverletzenden Ware ist verpflichtet, seine Quelle preiszugeben (PatG 66 b). Der Patentinhaber hat Anspruch auf dem Produkt selbst den Patentanspruch zu deklarieren. Die Entfernung derer ist widerrechtlich (PatG 66 c).

*e) Die Erschöpfung*

Die Erschöpfung bedeutet, dass der Patentinhaber nach der Inverkehrsetzung der Ware keinen Einfluss mehr auf dieses bestimmte Stück haben kann. Oder anders: Hat der Patentinhaber seine Ware willentliche in Verkehr gebracht, so gilt der patentrechtliche Ausschliesslichkeitsanspruch als konsumiert. Vorsicht: **nationale Erschöpfung!!**

*f) Schranken des Ausschliesslichkeitsanspruches*

Wer im guten Glauben die Erfindung vor dem Anmelde- oder Prioritätsdatum gewerbsmässig nutzt oder Anstalten dazu getroffen hat, kann ein Mitbenützungsrecht fordern (wegen der Registertransparenz, PatG 35 I). Weiter bleiben Erzeugnisse vom Patentschutz ausgeschlossen, wenn sie nur vorübergehend ins Inland gelangen (PatG 35 II). Patentrechtliche Monopole sind von der Anwendung des Kartellgesetzes ausgenommen (KG 3 II).

*g) Gesetzliche Lizenzansprüche*

Kann eine jüngere Erfindung nicht ohne Verletzung eines älteren Patentbesitzes benützt werden, besteht ein Anspruch auf eine Zwangslizenz. Voraussetzung ist aber ein namhafter, technischer Fortschritt von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung (PatG 36 I). Der „Ältere“ kann vom „Jüngeren“ dann aber auch eine Lizenz seines Patentbesitzes verlangen (PatG 36 III). Bei einer ungenügenden Marktversorgung (PatG 37) kann der Richter ebenfalls eine Zwangslizenz verteilen, wie auch, wenn sie im öffentlichen Interesse liegt (PatG 40).

**2.1.8. Bestand des Patentbesitzes**

*a) Schutzdauer*

Die Schutzdauer beträgt **20 Jahre** ab dem Anmeldetag (PatG 14). Nach Ablauf des Patentbesitzes fällt die erfinderische Lehre in den freien Stand der Technik und kann von jedermann auch gewerbsmässig mitbenutzt werden.

Ab dem fünften Jahr sind Gebühren zu bezahlen. Wenn diese Zahlungen nicht erfolgen, erlischt das Patent (PatG 15 I b). Der Sinn der Gebühren ist, dass unbenutzte Patente nicht Dritte blockieren und dass erfolgreiche Patente das Patentierungsverfahren finanzieren. Weiter erlischt das Patent durch eine Verzichtserklärung des Patentinhabers ans IGE oder wenn ein Urteil seine Nichtigkeit festgestellt hat.

*b) Nachträgliche Einschränkung des Schutzbereiches*

PatG 24 ermöglicht es dem Inhaber, durch nachträgliche Erklärungen den Geltungsbereich des Patentbesitzes einzuengen, damit der Schutzbereich nicht zu weit greift (Bsp. Schutz

vor einer Nichtigkeitsklage, vorherige Abrede). Die Einschränkung ist nur einmal im Jahr zulässig und nur bis spätestens 4 Jahre nach Erteilung. Aussergerichtlich wirkt die Einschränkung ex nunc, im Nichtigkeitsprozess ex tunc.

c) *Ergänzendes Schutzzertifikat für Arzneimittel und Pflanzenschutzmittel*

Die Schutzdauer kann um fünf Jahre verlängert werden, wenn die Erfindung langjährigen behördlichen Bewilligungsverfahren unterworfen werden muss (PatG 140). Das Gesuch für das Schutzzertifikat muss innerhalb von sechs Monaten seit der Erlaubnis des in Verkehrbringens gestellt werden.

## 2.2. Urheberrecht

### 2.2.1. Gegenstand

Das Urheberrecht hat den **Schutz der Urheber von Werken der Literatur und Kunst** (eigentliches Urheberrecht) und Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Ton und Tonbildträgern sowie der Sendeunternehmen (Verwandte Schutzrechte) zum Gegenstand (URG 1). Die **verwandten Schutzrechte** schützen keine Werke, sondern bestimmte Leistungen, die im Zusammenhang mit Werken erbracht worden sind.

Die Nationalität der Urheber sowie der Ort der Darbietung oder Aufnahme sind unerheblich. Der Urheberrechtsschutz ist ein Werkschutz, und nicht ein Ideenschutz. Nur die konkrete Umsetzung ist geschützt. Die Handlungs- und Urteilsfähigkeit ist nicht erforderlich, doch muss der Urheber ein Mensch sein.

### 2.2.2. Das urheberrechtlich geschützte Werk

a) *Der gesetzliche Begriff (URG 2)*

Das Urheberrecht schützt geistige Schöpfungen, die individuellen Charakter haben (URG 2 I). Die einzelnen Elemente sind:

- **Geistige Schöpfung** (spricht menschliche Schöpfung). Keine geistige Schöpfung ist das Arbeitsergebnis einer Maschine.
- **Wahrnehmbar machen**. Das Werk muss sinnlich erfassbar werden. Das kann auch indirekt erfolgen, und muss nicht von Dauer sein.
- **Literatur- und Kunstwerke**. Der Urheberrechtsschutz ist auf Werke der Literatur und der Kunst beschränkt. Literatur ist jedes Werk mit Äusserungen durch Sprache. Was genau Kunst ist, wird in Zweifelsfällen dem Künstler überlassen.

- **Individualität.** Individuell ist ein Werk dann, wenn anzunehmen ist, dass es in der genau gleichen Form bisher nicht existiert und auch in Zukunft voraussichtlich nicht gleich geschaffen wird. Je grösser der Gestaltungsfreiraum für die Schaffung eines Werkes ist, desto eher ist Individualität anzunehmen. Individuell ist auch ein Werk mit unverkennbaren charakteristischen Zügen. Die Individualität ist das wichtigste Element. Das Bundesgericht ist der Meinung, dass je grösser der Gestaltungsspielraum ist, desto weniger schnell kann Individualität angenommen werden. Als Hilfe kann der Vergleich mit älteren Werken herangezogen werden (relative Individualität).
- Wert und Zweck sind ohne Bedeutung.
- Schutz genießt nur die **äussere Form**, d. h. die Art und Weise, wie der Inhalt mitgeteilt wird. Der Inhalt selbst genießt keinen Schutz, ausser wenn etwa wie bei einem Literaturwerk dieselbe Anordnung und Gliederung verwendet wird. Dies wäre eine Urheberrechtsverletzung.

#### *b) Verschiedene Arten von Werken*

URG 2 enthält eine Aufzählung, die jedoch nicht abschliessend ist. Zu den geschützten Werken gehören Sprachwerke, akustische Werke, Werke der bildenden Kunst, Werke mit wissenschaftlichem oder technischen Inhalt, Werke der Baukunst, der angewandten Kunst, visuelle und audiovisuelle Werke, choreografische Werke, Pantomimen und sogar Computerprogramme, die durch das Patentrecht nicht geschützt werden können (also alle nicht-implementierte Software). Man geht heute davon aus, dass Kunst im Sinne des URG alles ist, was jemand als Kunst präsentiert.

Computerprogramme werden dann geschützt, wenn sie neu und nicht banal oder alltäglich sind. Ihre Schutzvoraussetzungen unterscheiden sich dementsprechend von den Werken der Literatur und Kunst.

#### *c) Sonderfälle*

**Entwürfe, Titel und Werkteile sind dann geschützt, wenn sie individuell sind.**

**Werke zweiter Hand** sind geistige Schöpfungen, die unter Verwendung bereits bestehender Werke, dessen Individualität erhalten bleiben, zustande gekommen sind, sind selbstständig geschützt, sobald sie Individualität erreichen (URG 3, z.B. die Verfilmung eines Romans). Nötig ist die Zustimmung des am Originalwerk Berechtigten (URG 11 I b). Für Sammelwerke gilt dasselbe (URG 4, z.B. ein Lexikon).

URG 5 zählt Werke auf, die nicht geschützt sind (z.B. Gesetze, offizielle Zahlungsmittel, Berichte von Behörden, Patenschriften, veröffentlichte Patentgesuche oder amtliche Übersetzungen).

Anweisungen und Regeln sind i.d.R. nicht schutzbar. Der Grund liegt im Patentrecht, denn der dort normierte immaterialgüterrechtliche Schutz für Anweisungen ist abschliessend. Patentrechtlich nicht schutzbare Regeln sind gemeinfrei.

## 2.2.3. Der Urheber

### a) *Allgemeines (URG 6)*

Das Urheberrecht entsteht **originär**. Die Schaffung des Werkes ist ein Realakt, weswegen auch urteilsunfähige Urheberrechte erwerben (**Schöpferprinzip**). Juristische Personen können keine Urheberrechte originär erwerben, eine Ausnahme bildet OR 393 beim Verlagsvertrag, wenn der Autor das Werk nach einem vorgelegten Plan des Verlegers fertigt. Derivativ können nur Verwendungsrechte erworben werden, da Urheberpersönlichkeitsrechte nicht übertragen werden können.

URG 8 vermutet den Urheber, wenn er auf seinem Werk erwähnt wird (gesetzliche Vermutung). Dies bewirkt eine Beweislastumkehr, wer behauptet, eine andere Person sei der Urheber, hat dies zu beweisen.

### b) *Kollektive Wertschöpfung*

#### i. **Miturheberschaft (URG 7)**

Sie erfordert ein gemeinsames Konzept, wobei der Wille der Beteiligten auf die Schaffung des Gemeinschaftswerk gerichtet ist. Miturheber ist dabei nur, wer künstlerisch mitwirkt. Keine solche Mitwirkung ist die bloße finanzielle Unterstützung. Bei der Verwendung des Werkes ist die Zustimmung aller Miturheber erforderlich. Bei Rechtsverletzungen kann jeder einzeln klagen, jedoch nur eine Leistung an alle.

Sind die einzelnen Beiträge teilbar, kann jeder seinen Teil selber verwerten, solange er das Gesamtwerk damit nicht beeinträchtigt. Die Teilbarkeit ermöglicht somit die Unterscheidung zwischen einem Gesamthands- und einem Miteigentumsverhältnis zwischen den Urhebern.

#### ii. **Urheber verbundener Werke**

Hier liegt kein gemeinsames Konzept vor, man greift auf ein bestehendes Werk zurück (Werk zweiter Hand, Sammelwerk, Zusammenfügung vorbestehender Werke zu einer neuen Einheit). Nötig ist die Zustimmung des am Originalwerk Berechtigten (URG 11 I b). Das Urheberrecht ist selbständig und kann unabhängig vom Originalwerk verwertet werden.

### c) *Abhängige Werkschöpfung*

Gemeint sind die Werkschöpfungen im Arbeitsverhältnis, im Rahmen eines Auftrags oder eines Werkvertrags. Es gilt immer das Schöpferprinzip, allerdings gehen ohne vertragliche Abmachung laut URG 16 alle Rechte auf den Arbeitgeber, die zur Erfüllung des Vertrages zwingend erforderlich sind. Die Ausnahme sind Computerprogramme (URG 17), bei welchen der Arbeitgeber zur Ausübung der ausschliesslichen Verwendungsbefugnisse berechtigt wird. Ansonsten gilt ohne eine vertragliche Abmachung das Schöpferprinzip.



## 2.2.4. Inhalt des Urheberrechts

### a) *Die Verwendungsrechte (Ausschliesslichkeits- und Vergütungsrechte)*

Das Werk erlangt Schutz, sobald es Individualität erreicht. Die Verwendungsrechte umfassen alle möglichen Nutzungsarten (URG 10 I), selbst solche, die noch nicht bekannt sind. URG 10 II, III und URG 11 I zählen nicht abschliessend folgende Verwendungsmöglichkeiten auf:

- **Vervielfältigungsrecht.**
- **Verbreitungsrecht**, auch schon das Anbieten der Ware ist inbegriffen.
- (Weiter-) **Senderecht.**
- **Vermieten von Computerprogrammen:** Normalerweise darf der Erwerber eines Werkexemplars dieses vermieten, wobei allerdings eine Entschädigung an den Urheber zu bezahlen ist. Bei den Computerprogrammen geht der Urheberrechtsschutz weiter, denn diese dürfen nicht vermietet werden (URG 10 III).
- **Recht zur Wahrnehmbarmachung**, z.B. Musik vortragen. Das Recht zur Wahrnehmbarmachung gilt auch für Sendungen und Weitersendungen, auch wenn es keine neue Öffentlichkeit erreicht, ein anderes Medium oder Unternehmen reicht aus (vgl. Rediffusion, URG 22).
- **Änderungs- und Bearbeitungsrecht** (Ausnahmen: Bauten, Parodien [URG 11]). Deshalb bedarf es beim Werk zweiter Hand die Zustimmung des Urhebers.

### b) *Die Urheberpersönlichkeitsrechte*

- **Erstveröffentlichungsrecht** (URG 9 II und III): Eigengebrauch, Zwangsvollstreckung und auch Zitate sind nur an veröffentlichten Werken möglich.
- **Recht auf Urhebernennung** (URG 9 I, Pseudonym möglich).
- **Recht auf Werkintegrität** (URG 11). Dieses wird verletzt, wenn z.B. das Werk in einem unpassender Rahmen präsentiert wird. Werke zweiter Hand beinhalten auch Verletzungspotential. Die Schranke für den Verzicht oder die Abtretung ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht.
- **Kein Rückrufsrecht!**

### c) *Der Werkexemplareigentümer*

Gedacht wird hier zum Beispiel an den Eigentümer eines Buches. Der Erschöpfungsgrundsatz ist international. Der Erwerber eines Werkexemplares kann damit machen, was er will (das Sachenrecht geht dem Urheberrecht vor).

- **Vermieten von Werkexemplaren** (URG 13): nicht möglich bei Software; Vergütungspflicht, ausser bei Bauten und Werken der angewandten Kunst, wo der Gebrauchszweck im Vordergrund steht.
- **Zutrittsrecht** (URG 14 I): für den Urheber beim Werkeigentümer, weil sonst kann der Urheber seine Urheberrechte nicht mehr wahrnehmen. Voraussetzungen ist eben das Gesagte, sowie dass keine berechtigten Interessen des Eigentümers entgegenstehen.
- **Ausstellungsrecht** (URG 14 II und III, Sicherheitsleistung des Urhebers erforderlich, Kausalhaftung). Voraussetzung ist ein überwiegendes Interesse.
- **Zerstörung von Originalwerken**: der Eigentümer muss zuerst den Urheber kontaktieren, und diesem das Werk zum Materialwert anbieten (nicht bei Bauwerken, URG 15 I und III).

## 2.2.5. Schranken des Urheberrechts (URG 19-28)

### a) *Eigengebrauch*

Eigengebrauch (URG 19) ist nur an veröffentlichten Werken möglich. Als Veröffentlicht gilt ein Werk dann, wenn es einer grösseren Anzahl Personen ausserhalb des Privatbereichs zugänglich gemacht worden ist (URG 9 III). Eigengebrauch ist bei Computerprogrammen nicht möglich. Beim Eigengebrauch lässt sich unterscheiden:

- **Privatgebrauch** (URG 19 I a): nur für natürliche Personen, jede Werkverwendung ist erlaubt, vergütungsfrei.
- **Schulgebrauch**: Ausbildungsstätten, nicht Freizeitangebote! Einschränkungen sind in URG 19 I b genannt, es ist eine Vergütung geschuldet, ausser bei unkörperlichen Werken (URG 19, 20).
- **Betriebsinterner Gebrauch** (URG 19 I c, 20, gilt auch für Kirchen, die Armee oder Vereine): Nur die Vervielfältigung von Werkexemplaren zur internen Informations- oder Dokumentationszwecken ist erlaubt (URG 19 III, 20 II).

### b) *Weitere Schranken*

- **Verbreitung gesendeter Werke**: erlaubt gemäss URG 22, jedoch können Verwertungsgesellschaften die Rechte daran geltend machen und eine Vergütung verlangen.
- **Zwangslizenz** zur Herstellung von Tonträgern (URG 23, bedeutungslos).
- **Zitate** (Nur bei veröffentlichten Werken, Quelle und Autor müssen angegeben sein URG 25). Selbst das Bildzitat ist heute denkbar, aber noch nicht höchstrichterlich entschieden.

- **Sicherung** (URG 24, zulässig, darf aber nicht der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden).
- **Museums-, Messe- und Auktionskataloge** (URG 26, Abbildungen erlaubt auch ohne Zustimmung).
- **Werke auf allgemein zugänglichem Grund** (URG 27, dürfen zweidimensional abgezeichnet werden).
- **Berichterstattung** über aktuelle Ereignisse (URG 28, Ausschnitte dürfen verwendet werden, Quelle und Urheber sind aber zu nennen).

## 2.2.6. Schutzdauer

Sobald das Werk individuellen Charakter hat, beginnt die Schutzdauer (URG 2 IV). Irrelevant ist dabei, ob das Werk auf einem Träger festgehalten worden ist. **70 Jahre** nach dem Tod des Urhebers endet die Schutzdauer, bei Computerprogrammen dauert sie bis 50 Jahre nach dem Tod des Urhebers (URG 29). Wenn der Urheber unbekannt ist, erlischt der Schutz 70 Jahre nach der Veröffentlichung (URG 31 I). Die Schutzfrist berechnet sich stets vom 31.12. desjenigen Jahres, in dem der To des Urhebers eingetreten ist.

Die Miturheberschaft dauert 70 Jahre nach dem Ableben des letzten Miturhebers an (Art. 30 URG), 50 Jahre bei Computerprogrammen. Wenn sich die Beiträge trennen lassen, gilt dasselbe wie bei Einzelwerken.

## 2.2.7. Rechtsübergang

### a) Grundsatz

Nach URG 16 sind die Verwendungsrechte frei übertragbar. Auf Urheberpersönlichkeitsrechte kann der Urheber nur verzichten, übertragen kann er sie nicht. Zudem sind diese vererblich und fallen nicht unter die Zwangsvollstreckung.

Die Verträge zur Übertragung von Verwendungsrechten sind einschränkend auszulegen. Der Erwerber eines Werkes erwirbt nur sachenrechtliches Eigentum, nie Urheberrechte (URG 16 III).

### b) Computerprogramme

Nach URG 17 ist der Arbeitgeber Inhaber der Verwendungsrechte, wenn eine Software in der Ausübung vertraglicher Dienstpflichten entstanden ist. Ansonsten gilt das Schöpferprinzip.

## 2.2.8. Die verwandten Schutzrechte

### a) *Allgemeines*

Das sind die Rechte der ausübenden Künstler, der Hersteller von Ton- und Tonbildträgern und die Rechte der Sendeunternehmen. Ihre **Schutzdauer liegt bei 50 Jahren** seit der Darbietung des Werkes (URG 39). URG 12, 13, 16, 18 und 19-28 sind analog anwendbar.

### b) *Rechte der ausübenden Künstler (URG 33-35)*

Geschützt ist die Darbietung des Werks, egal ob dieses noch geschützt ist oder nicht. Interpreten sind alle natürlichen Personen, die an der Darbietung künstlerisch mitwirken. Die Interpretenrechte stehen originär zu, URG 33 zählt sie auf. Weiter nennt URG 35 einen Vergütungsanspruch, wenn Ton- und Tonbildträger für Weitersendungen, öffentliche Empfänge oder Aufführungen verwendet werden. Der Vergütungsanspruch darf nur von zugelassenen Verwertungsgesellschaften wahrgenommen werden.

Ausländischen Interpreten steht nur dann ein Vergütungsanspruch zu, wenn das ausländische Recht einen Vergütungsanspruch für Schweizer Künstler vorsieht (URG 35 IV).

### c) *Rechte der Hersteller von Ton- und Tonbildträgern*

Als Hersteller von Ton- und Tonbildträgern gilt, wer als Unternehmer den Produktionsvorgang steuert. Diese Rechte können auch juristischen Personen zustehen. Die Rechte entstehen originär und umfassen das Recht zur Vervielfältigung und das Recht, Ton- und Tonbildträger zu veräußern oder sonst wie zu verbreiten (URG 36).

### d) *Rechte der Sendeunternehmen*

Als Sendung gilt die Ausstrahlung von Tönen und/oder Bildern mittels radioelektrischer Wellen oder Draht zum Zweck des Empfangs. Die Rechte nennt URG 37.

## 2.2.9. Die Verwertungsgesellschaften

### a) *Allgemeines*

Sie existieren, weil es den Urhebern durch die Vielzahl der Nutzungsmöglichkeiten unmöglich geworden ist, ihre Rechte durchzubringen. In der Schweiz gibt es folgende Verwertungsgesellschaften:

- SUISA (musikalische Werke).

- PRO LITTERIS (literarische, dramatische und Bildende Kunst).
- SUISSIMAGE (Visuelle und audiovisuelle Werke).
- SSA (Dramatische, musikdramatische, choreografische und audiovisuelle Werke).
- SWISSPERFORM (verwandte Schutzrechte).

Bei der Verwertung der ausschliesslichen Rechte zur Aufführung und Sendung nichttheatralischer Werke der Musik und zur Herstellung von Ton- oder Tonbildträgern solcher Werke, bei der Verwertung der ausschliesslichen Rechte, gesendete Werke zeitlich und unverändert wahrnehmbar zu machen oder im Rahmen der Weiterleitung eines Sendeprogrammes weiterzusenden (URG 22) und bei der Geltendmachung von gesetzlichen Vergütungsansprüchen, d.h. bei URG 13, 20 und 22 stehen die Verwertungsgesellschaften unter der Aufsicht des Bundes (URG 40).

Die Aufsicht über die Geschäftsführung obliegt dem IGE (URG 52 ff.), diejenige über die Tarife obliegt der Eidgenössischen Schiedskommission (URG 55 ff.).

#### ***b) Pflichten der Verwertungsgesellschaften***

Die Pflichten sind ausführlich in URG 44 ff. aufgeführt. Die Verwertungsgesellschaften trifft eine Verwertungspflicht, die Urheber sind andererseits verpflichtet, diese Verwertung durch die Verwertungsgesellschaften zuzulassen (URG 44, 22 I). Weiter Pflichten sind namentlich:

- Geschäftsführung nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten (URG 45 I).
- Fehlende Gewinnstrebigkeit (URG 45 III).
- Grundsatz der Gleichbehandlung (URG 45 I).
- Tarifpflicht (URG 46, 55, Bewilligung der Eidg. Schiedskommission nötig).
- Verteilungsreglement (URG 48 f., Bewilligung des IGE nötig).

### ***2.3. Designrecht***

#### **2.3.1. Gegenstand**

##### ***a) Begriff***

Designs sind laut DesG 1 Gestaltungen von Erzeugnissen oder Teilen von Erzeugnissen, die namentlich durch die Anordnung von Linien, Flächen, Konturen oder Farben oder durch das verwendete Material charakterisiert sind. Gegenstand ist somit die **ästhetisch motivierte Gestaltung von Gegenständen**.

Begriffswesentlich ist dabei, dass das Design **bildlich** (visuell, äusserlich) **erfassbar sein muss**. Lichteffekte scheiden deswegen aus (vgl. DesG 19). Die Gestaltung muss zudem genügend präzise sein, **um als Grundlage für abstrakte Vervielfältigungen zu dienen**. Ob der Hinterleger dies tun will, ist hingegen unbeachtlich, im Designrecht herrscht **kein Gebrauchszwang**. Mit der Schöpfung des Designs entsteht die Anwartschaft auf Eintragung im Register.

#### *b) Abgrenzungen*

Marken- und Urheberrecht bieten längere Schutzzeiten und einen breiteren Ausschliesslichkeitsbereich, weswegen das Designrecht nur eine untergeordnete Rolle spielt. Allerdings sind die Schutzvoraussetzungen im Gegensatz zum Urheberrecht geringer, denn ein Mindestmass an geistigem Aufwand reicht aus. Die Individualität darf sich aber nicht nur aus einer handwerklichen Abänderung ergeben.

Im Unterschied zum Urheberrecht bietet das Designrecht alle Vorteile des Registerrechtes (Vermutung der Schutzfähigkeit, Prioritätsdatum). Im Gegensatz zum Markenrecht braucht das Design keine Unterscheidungskraft im markenrechtlichen Sinne, abstrakt verwechselbare Designs können auch geschützt werden.

Das Hinterlegungsverfahren ist einfach und rasch, kostengünstige Sammelhinterlegungen sind im Gegensatz zum Markenrecht ebenfalls möglich.

### **2.3.2. Schutzvoraussetzungen**

#### *a) Neuheit*

Die Gestaltung muss **neu** sein, sie darf den in der Schweiz beteiligten Verkehrskreisen nicht bekannt sein (objektiver Massstab, national und „vergesslich“). Nur eine nahezu identische Vorwegnahme zerstört die Neuheit.

**Die Offenbarung eines Designs gilt während einer Latenzzeit von zwölf Monaten nicht als neuheitsschädlich** (DesG 3), wenn Dritte das Design missbräuchlich zum Nachteil der berechtigten Person offenbart haben oder wenn die berechnigte Person das Design selbst offenbart hat. Hier ist aber Vorsicht geboten, denn nicht alle Länder kennen eine solche Regel. **Eine Offenbarung im Ausland zerstört anders als im Patentrecht die Neuheit nur, wenn die Offenbarung dadurch auch für die Schweiz bekannt wird**. Die Möglichkeit zur Neuheitsrecherche ist sehr beschränkt, man ist weitgehend auf private Gutachten angewiesen.

#### *b) Eigenart*

Die Gestaltung muss Eigenart aufweisen. Ein geistiger Aufwand muss getätigt werden, zudem genügt blosser Verschiedenheit (massgeblich ist die aufmerksame Beurteilung des durchschnittlichen Käufers vom Gesamteindruck). Der Schutzbereich definiert man in Relation zur Eigenart der Gestaltung.

Eine Gestaltung gilt als eigenartig, sobald sie im designrechtlichen Sinne keine Nachahmung des vorbekannten Formenschatzes darstellt, wenn also ein Merkmal anders ist.

### 2.3.3. Schutzausschlussgründe (DesG 4)

- **Der Gestaltung darf nicht Neuheit oder Eigenart fehlen:** Diese beiden Voraussetzungen ergeben sich aus den Schutzvoraussetzungen (vgl. DesG 4), deshalb sind sie an dieser Stelle eigentlich überflüssig (Pleonasmus).
- **Die Gestaltung darf nicht ausschliesslich technisch bedingt sein:** Das Designrecht schützt nur ästhetische Leistungen (DesG 4 I c). Es genügt allerdings, wenn ungeachtet der technischen Funktion ein gewisser Gestaltungsspielraum verbleibt (alle technisch notwendigen Merkmale wegdenken und dann schauen, ob noch genügend Spielraum bleibt). Die technischen Merkmale werden aber nicht geschützt.
- **Kein Verstoss gegen geltendes Recht oder gegen die öffentliche Sitte:** Unter diesen Tatbestand werden auch Designs subsumiert, die täuschend sind. Die Rechtsprechung erachtet öffentliche Designs (z.B. Wappen) dann als zulässig, wenn sie rein dekorativ sind.
- **Die Gestaltung darf nicht freihaltebedürftig sein:** Gemeint sind hier alle elementaren Gestaltungen, insbesondere schlichte geometrische Figuren und Farben sowie verkehrsübliche Zahlen oder Buchstaben.

### 2.3.4. Entstehung des Designrechts

#### a) *Grundlagen*

Das Designrecht ist ein Registerrecht (DesG 5 I). Die Gestaltung begründet eine Anwartschaft, legitimiert also zur Hinterlegung. Wie im Patentrecht herrscht das **Schöpferprinzip** (DesG 7). Die Hinterlegung begründet die Vermutung der Berechtigung, es wird also nicht weiter geprüft (DesG 21). Das Verfahren geht nach VwVG. Es besteht binnen zwei Jahren eine Klagemöglichkeit auf Abtretung des gegen den Hinterleger eines angemessenen Designs (DesG 34).

#### b) *Die Hinterlegung*

Laut DesG 19 I sind die Voraussetzungen einerseits ein Antrag auf Eintragung und andererseits eine Abbildung der Gestaltung, welche dieselbe genügend präzise definiert und zur Reproduktion geeignet ist. Sammelhinterlegungen sind erlaubt (DesG 20), sofern sie nach der Locarno-Klassifikation zur gleichen Klasse gehören. Zusätzlich zur Hinterlegung kann das Design **mit höchstens 100 Wörtern verbal definiert** werden (Vor allem bei kleinem Gestaltungsspielraum wichtig, DesG 19 IV). Die Hinterlegung begründet die Vermutung der Neuheit und der Eigenart (DesG 21).

**c) *Priorität***

Die Priorität bestimmt den Zeitpunkt, der für die Neuheit wichtig ist, und definiert den Zeitrang der Hinterlegung. Das Prioritätsdatum entspricht dem Hinterlegungsdatum. Vorbehalten bleibt die Unionspriorität (Hinterlegung in einem Mitgliedsstaat der Pariser Verbandsübereinkunft, 6 Monate) und die Gegenrechtspriorität (DesG 22). Wer ein solches Prioritätsrecht beanspruchen will, hat dem IGE eine Prioritätserklärung einzureichen, eine nachträgliche Beanspruchung ist im Gegensatz zum Markenrecht nicht erlaubt.

**d) *Prüfung durch die Registerbehörde***

Die Kognition ist eng beschränkt, da das Verfahren schnell und weitgehend formlos abläuft. Die Behörde weist das Gesuch nur dann ab, wenn offensichtlich etwas nicht in Ordnung ist oder die formellen Hinterlegungsvoraussetzungen nicht erfüllt sind (DesV 16, Frist zur Behebung des Mangels). Als Rechtsmittel steht die Beschwerde an die Rekurskommission offen (DesG 32).

**e) *Eintrag und Veröffentlichung***

Das Design wird im Register eingetragen (DesG 24), danach werden die Registerdaten und eine Abbildung im Schweizerischen Designblatt veröffentlicht. Die Veröffentlichung kann aber auf 30 Monaten hinausgeschoben werden, wenn der Designinhaber Interesse an der Geheimhaltung hat (wegen Kopierern, DesG 26).

**f) *Gebühren (DesV 17)***

Grundgebühr (pro Design und pro Abbildung in der Veröffentlichung). Wenn die Veröffentlichung aufgeschoben wird, gibt es eine Aufschubsgebühr, weiter ist auch die Beschreibung des Designs gebührenpflichtig.

**g) *Internationale Hinterlegung***

Sie kann beim OMPI in Genf getätigt werden und entfaltet dieselben Wirkungen wie eine schweizerische Hinterlegung. Eine Ausnahme ist, wenn gewisse Normen des Haager Abkommens günstiger sind, denn dann sind diese anzuwenden (DesG 29).

**h) *Entstehung im Arbeitsverhältnis***

Wenn der Designer als solcher angestellt ist, entwirft er sogenannte Dienstdesigns. Wie die Erfindungen gehören diese dem Arbeitgeber originär (OR 332 I). Gemäss OR 332 II erwirbt der Designer die Rechte, die er in Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit, aber nicht in Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten gemacht hat, sofern dies schriftlich mit dem Arbeitgeber vereinbart wurde.



## 2.3.5. Bestand und Inhalt des Designrechts

### a) *Bestand des Designrechts*

Es besteht **fünf Jahre ab Hinterlegungsdatum** (DesG 5 II), **danach ist es maximal vier Mal um fünf Jahre verlängerbar** (vgl. DesV 21). Einen Gebrauchszwang gibt es nicht. Die alten Designs unterstehen dem neuen Recht und profitieren von der verlängerten Schutzdauer (DesG 52 I). Bereits erloschene Schutzrechte leben aber nicht wieder auf.

### b) *Ausschliessliches Recht*

Ein Design verleiht seinem Inhaber das ausschliessliche Recht, die geschützte Gestaltung gewerbsmässig zu verwerten und darüber zu verfügen (DesG 9 I). Bei einer Verletzung ist die Gewerbsmässigkeit allerdings nicht erforderlich, so verletzen auch Gratisgeschenke den Ausschliesslichkeitsanspruch des Designers. Die private Nutzung bleibt zulässig.

Zulässig ist das Reparieren eines Gegenstandes, da dies nicht einer Neuherstellung gleichkommt. Dementsprechend kann aber eine Wiederherstellung nicht zulässig sein (z.B. das neue Zusammensetzen einer Vase, die in 1000 Teile zerbrochen ist).

### c) *Schutzumfang*

Der Schutz des Designs ist nicht an eine bestimmte Produktgattung gebunden. Dies, weil für die Zuerkennung eines Hinterlegungsdatums die Angaben der Erzeugnisse nicht vorausgesetzt sind (DesV 9 f, DesV 25 f).

Der Schutz erstreckt sich auf Designs, welche die gleichen wesentlichen Merkmale aufweisen und dadurch den Gesamteindruck erwecken wie ein bereits eingetragenes Design (DesG 8). Der Schutzzumfang steht immer in Relation zur schöpferischen Leistung. Gefragt ist die Meinung des Endabnehmers. Die Unterschiede müssen sich aufgrund der Gestaltung und nicht der Zusätze ergeben. Geschützt ist weiter nicht das Motiv, sondern die konkrete, meistens sehr produktspezifisch gewählte Gestaltung.

Massgebend ist der Gesamteindruck des Designs, auszugehen ist von den Übereinstimmungen und nicht von den Abweichungen. Nicht wichtig ist das Erinnerungsbild, welches im Markenrecht und im UWG von Bedeutung ist. Das Design muss sich nicht auf gleichartige Waren beschränken, um verletzend zu sein. Wie im Patentrecht besteht eine Auskunftspflicht über die Quelle (DesG 10).

### d) *Schranken*

Das Designrecht erschöpft sich international. Keine Verletzung bildet der dekorative Gebrauch des Designs z.B. in einer TV-Show. Der Rechtsinhaber kann gutgläubigen Dritten den Mitgebrauch der geschützten Gestaltung nicht verbieten, wenn sie dieselbe vor

dem Hinterlegungs- oder Prioritätsdatum oder während der Dauer des Aufschubs der Veröffentlichung aufgenommen haben (DesG 12, hat der Dritte die Möglichkeit gehabt, das konkurrierende Schutzrecht zu erkennen?).

Wird das Design in der gesetzlichen Nachfrist verlängert (DesG 31), vorher aber von einem gutgläubigen Dritten benutzt, hat dieser ein Anspruch auf eine gesetzliche Lizenz, für welche er natürlich eine Entschädigung zahlen muss (DesG 13).

### 2.3.6. Rechtsübergang (DesG 14-17)

Die Übertragung bedarf der schriftlichen Form, nicht aber der Eintragung im Register, wobei sie gegenüber gutgläubigen Dritten erst mit dem Eintrag wirksam wird. Übertagen werden kann alles.

## 2.4. *Markenrecht*

### 2.4.1. Gegenstand

Als Marke gilt gemäss MSchG 1 I ein **Zeichen, das geeignet ist, Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden**. Somit hat die Marke eine Unterscheidungsfunktion. Daneben übt sie eine Herkunftsfunktion aus, da sie ein Mittel der abstrakten **Ursprungsidentifikation** einer Ware oder Dienstleistung darstellt. Gleichzeitig besitzt sie für das Unternehmen auch eine **Garantie-** und **Werbefunktion**.

Begriffsspezifisch ist der Marke ihre Zeichenqualität, sie steht also für ein Produkt und nicht für sich selbst. Abstrakt kann jedes Ausdrucksmittel genügen, es muss aber grafisch darstellbar sein (MSchV 10 I). MSchG 1 II nennt beispielhaft Erscheinungsformen (**Worte, Buchstabenkombinationen, zwei- und dreidimensionale Formen, Zahlen, farbliche Gestaltung, akustische Zeichen, Kennfäden** etc.). Markenfähig sind daneben auch **Slogans oder Kennfäden** bei Textilien.

### 2.4.2. Absolute Schutzausschlussgründe

#### a) *Zeichen des Gemeingutes MSchG 2 a*

Hierunter fallen neben Sachbezeichnungen, Beschaffenheitsangaben, Freizeichen, elementaren Zeichen und Herkunftsangaben auch Zeichen, bei denen es an der Unterscheidungskraft fehlt oder solche, die dem Verkehr freihaltebedürftig sind.

- **Unmittelbare Herkunftsangaben** (z.B.: Städte, Regionen, Länder etc. Mittelbare Herkunftsangaben wie Berge, Flüsse etc. sind erlaubt).

- **Sachbezeichnungen und Beschaffenheitsangaben.** Anspielungen werden zugelassen.
- **Freizeichen,** also Angaben, welche ursprünglich markenfähig waren, diese Eigenschaft im Laufe der Zeit wegen dem sprachlichen Bedeutungswandel jedoch eingebüsst haben (weil sie nicht länger das Produkt eines Anbieters identifizieren, sondern eine bestimmte Art von Waren oder Dienstleistungen). Zum Beispiel „Eile mit Weile“.
- **Elementare Zeichen und Farben** (Buchstaben, geometrische Grundformen).
- **Verkehrsdurchsetzung:** Ursprünglich gemeinfreie Angaben können sich aufgrund intensiven, kennzeichnungsmässigen Gebrauchs im Verkehr als Marke durchsetzen (Bsp. Kinder). Ausgenommen bleiben aber solche, die absolut freihaltebedürftig sind (z.B. Postkonto).

**b) *Schutzunfähige Waren- und Verpackungsformen MSchG 2 b***

Das sind solche Formen, die das Wesen der Ware ausmachen und solche, die technisch notwendig sind. So ist zum Beispiel die Form der Uhr nicht schutzfähig (keine Unterscheidungskraft). Marbach bejaht die technische Notwendigkeit schon dann, wenn die Alternative weniger praktisch, teurer oder aus anderen Gründen einem Konkurrenten nicht zumutbar ist.

**c) *Irreführende Zeichen MSchG 2 c***

Voraussetzung ist eine reale Täuschungsgefahr, denn das Angebot soll den Erwartungen genügen. So genügt z.B. Golden Race für Waren aus Goldimitation nicht. Yukon wurde vom Bundesgericht zugelassen, weil die Bundesrichter subjektiv davon ausgegangen waren, dass man Yukon allgemein nicht kennt.

**d) *Rechts-, sitten- und ordnungswidrige Zeichen MSchG 2d***

Entsprechend dem allgemeinen Vorbehalt der Privatrechtsordnung sind auch rechts- und sittenwidrige Zeichen nicht schutzfähig. Motive sind allerdings unbeachtlich, die Rechts- oder Sittenwidrigkeit muss sich aus dem Zeichen selbst ergeben. Ordnungswidrig ist ein Zeichen dann, wenn ausserrechtliche Gründe vorliegen (z.B. wegen diplomatischen Bedenken). Wappen sind nur bei Dienstleistungen eintragbar.

**2.4.3. Relative Schutzausschlussgründe**

**a) *Verwechslungsgefahr***

Sie liegt vor, wenn das ältere Zeichen in seiner Unterscheidungsfunktion durch das jüngere Zeichen beeinträchtigt wird. Unmittelbar ist die Gefahr dann, wenn aufgrund der

Ähnlichkeit der Marken diese verwechselt werden. Mittelbar ist die Gefahr, wenn die Marken zwar auseinander zuhalten sind, jedoch die Abnehmer wegen der konzeptionellen Ähnlichkeit der Marken falsche Rückschlüsse ziehen, z.B. dass die Marken aus demselben Unternehmen stammen.

Eine Verwechslungsgefahr kann sich auch durch Annäherungen wie „gleich gut wie“ oder „Ersatz für“ ergeben.

#### *b) Methodik*

Das Vorliegen relativer Schutzausschliessungsgründe **darf nie abstrakt geprüft werden**, sondern auf den Einzelfall. Es gilt, je ähnlicher die Produkte sind, desto grösser ist das Risiko von Fehlzurechnungen, desto grösser muss also der Unterschied sein.

Starke Zeichen (z.B., überdurchschnittliche Kennzeichnungskraft) geniessen einen höheren Schutzzumfang (z.B. Red Bull, Kamillosan). Weiter gilt, dass bei Massenartikeln des täglichen Gebrauchs die Aufmerksamkeit des Kunden geringer ist als bei teuren Investitionsgütern und Spezialprodukten.

#### *c) Gleichartigkeit von Waren und Dienstleistungen*

Die Unterscheidungskraft wird nicht gestört, wenn die konkurrierenden Zeichen für völlig andersartige Waren oder Dienstleistungen gebraucht werden. Eine Ausnahme sind hier jedoch die berühmten Marken (MSchG 15). Gleichartigkeit ist dann zu bejahen, wenn ein Konsument glaubt, dass die beiden Angebote aus demselben Unternehmen stammen. Auch die Gleichartigkeit ist relativ. Fantasiemarken geniessen oft höheren Schutz.

#### *d) Zeichenähnlichkeit*

Die kollidierenden Marken sind so zu vergleichen, wie sie im Register eingetragen sind. Ausschlaggebend sind dabei der Gesamteindruck und das Erinnerungsbild (im Unterschied zum Designrecht). Bei **Wortmarken** bestimmt sich der Gesamteindruck aus dem Klangbild, dem Schriftbild, dem Sinngehalt, der Aussprachedekadenz und der Vokalfolge. Bei kombinierten Wort- und Bildmarken gewichten die Wortbestandteile eher stärker. Bei **Bildmarken** gilt, je origineller das Motiv im konkreten Zusammenhang wirkt, desto grösser muss dabei der gestalterische Abstand sein, damit keine Verwechslungsgefahr resultiert. Z.B. „Facts“. Das Widerspruchsverfahren wurde abgelehnt, weil Facts für Magazine, die ja Fakten vermitteln, äusserst schwach ist.

### 2.4.4. Erwerb des Markenrechts

#### *a) Grundsatz*

Es entsteht mit der Eintragung ins Register (MSchG 5). Dem Eintrag gleichgestellt ist eine internationale Eintragung (MSchG 46). Die blosse Hinterlegung gewährt aber noch

keinen Markenschutz, sie hat höchstens lauterkeitsrechtliche Relevanz. Rechtsmissbräuchlich ist die Hinterlegung von Defensivmarken, also ohne irgendwelche Gebrauchsabsichten, welche vorhanden sein müssen.

**b) *Das Eintragsverfahren***

Zur Hinterlegung muss kein Hinterlegungsinteresse nachgewiesen werden. Gemäss MSchG 28 ist der Wille zur Markenhinterlegung, der Name oder die Firma des Hinterlegers, die Marke respektive deren Abbildungen und das Verzeichnis der Waren und Dienstleistungen, für welche die Marke beansprucht wird, nötig.

Sind die Hinterlegungsvoraussetzungen erfüllt, prüft das IGE, ob das Gesuch allen formalen Erfordernissen entspricht und ob der Marke absolute Ausschlussgründe entgegenstehen (demoskopische Beweisführung). Das Verfahren geht nach VwVG. Die eingetragene Marke wird im schweizerischen Handelsblatt veröffentlicht. Das Eintragsverfahren ist punktuell in der Markenschutzverordnung geregelt (MSchV 8 ff.).

**c) *Priorität***

Einzig der Inhaber des älteren Zeichens kann sich auf relative Schutzausschlussgründe berufen. Das schweizerische Markenrecht basiert auf dem Prinzip der Hinterlegungspriorität (MSchG 6). Ist die Marke in einem ausländischen Mitgliedsstaat der Pariser Verbandsübereinkunft hinterlegt worden (Unionspriorität, MSchG 7 I), gilt während sechs Monaten diese Priorität, wenn die Marke während dieser Zeit in der Schweiz hinterlegt wird. Dasselbe gilt für Länder, die den Schweizern dieses Recht gewähren (MSchG 7 II, Gegenrechtspriorität).

Prioritätsbegründend kann auch eine offizielle Ausstellung sein (MSchG 8). Ausnahmsweise gilt Notorietät als Ausnahmezustand, also wenn das Zeichen notorisch bekannt ist (MSchG 3 II b.).

**d) *Das Markenregister***

Es wird vom IGE geführt, jedermann kann Einsicht nehmen (MSchG 37, 39) und Auskünfte holen. Gegen Gebühr führt das IGE auch Nachforschungen im Register durch. Das Wissen über das Register wird angenommen.

**e) *Das Widerspruchsverfahren***

Innert drei Monaten nach der Veröffentlichung kann schriftlich Widerspruch geführt werden (MSchG 31, MSchV 50 I). Legitimiert ist nur der Inhaber einer älteren Marke, und weil dies kein Einspracheverfahren ist, kann sich dieser nur auf relative Schutzausschlussgründe berufen.

Der Widerspruchsgegner kann Nichtgebrauch der älteren Marke geltend machen. Das Verfahren ist ein verwaltungsrechtliches Zweiparteienverfahren. Es endet entweder mit der Abweisung des Widerspruches oder mit Widerruf der Eintragung (MSchG 33).

## *f) Rechtsmittel*

Die Zurückweisung einer Marke kann mittels Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission angefochten werden. Im Rahmen des Widerspruchsverfahrens entscheidet die Kommission endgültig (MSchG 36 III), im Rahmen des Eintragungsverfahrens kann der Entscheid mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht weiter gezogen werden (OG 98).

## 2.4.5. Inhalt des Markenrechts

### *a) Der Ausschliesslichkeitsanspruch*

Der Inhaber hat das **ausschliessliche Recht, die Marke zur Kennzeichnung der Waren oder Dienstleistungen, für die sie beansprucht wird, zu gebrauchen und darüber zu verfügen** (MSchG 13 I). Die Sperrkompetenz umfasst dabei nur den gewerbmässigen Markengebrauch, oder allgemeiner dem Gebrauch als Kennzeichen. Das Markenrecht kennt somit zwei Ebenen: Die Verfügungsmacht und die Sperrkompetenz. Da nur der gewerbmässige (Fremd-)Markengebrauch verboten ist, ist die Einfuhr von gefälschten Waren zum Eigengebrauch gestattet.

### *b) Die einzelnen Verbotsansprüche*

Die einzelnen Verbotsansprüche sind in MSchG 13 II genannt. Sobald sich neue Benutzungsmöglichkeiten ergeben, kann der Inhaber sich immer noch auf den allgemeinen Tatbestand von Absatz 1 berufen. Erfasst werden auch alle marktrelevanten Vorbereitungshandlungen, wie z.B. das Lagern zum Zwecke des späteren Inverkehrbringens.

### *c) Schranken des Ausschliesslichkeitsrechts*

- **Weiterbenützung**: Eine Weiterbenützung des Zeichens im selben Rahmen wie vor der Eintragung kann der Inhaber der Marke dem Dritten nicht verbieten (MSchG 14 I)
- Erlaubt ist auch ein sachlicher **Mitgebrauch** („Audi/VW“). Der betroffene Händler kann sein Angebot anders gar nicht vernünftig auszeichnen, deswegen ist der Mitgebrauch gestattet.
- **Erschöpfung**: Das Markenrecht gilt als erschöpft, sobald das Produkt mit Zustimmung des Inhabers auf den Markt gelangt ist. Dabei gilt der Grundsatz der internationalen Erschöpfung. Der Markeninhaber kann also nicht verhindern, dass die von ihm selbst in Verkehr gebrachte Ware von Dritten gekauft und importiert wird.
- **Mitbenützung** des Gleichnamigen (Bsp. Gucci), ausser bei überaus berühmten Marken wie bspw. Nestlé.

- **Die berühmte Marke:** Eine Marke ist dann berühmt, wenn sie eine überragende Verkehrsgeltung, Einmaligkeit und eine allgemeine Wertschätzung schafft. Ihr Schutzbereich ist ausgedehnt, sobald die Unterscheidungskraft der Marke gefährdet oder deren Ruf ausgenützt resp. beeinträchtigt wird, kann der Inhaber einschreiten (MSchG 15). Kriterien für eine berühmte Marke sind die allgemeine Wertschätzung, der hohe Bekanntheitsgrad, oder die überragende Verkehrsgeltung. Beispiele sind Nike, Coca-Cola, Gucci oder Swatch.

#### *d) Domain Namen*

In der Schweiz werden Domain Namen durch die Stiftung Switch registriert (.ch). Das IGE ist nicht zuständig. Wenn die Domain Namen die üblichen in der Markenprüfung geltenden Verfahrensregeln und Grundsätze erfüllen, können sie als Marken hinterlegt werden (wichtig ist in diesem Zusammenhang vor allem die Kennzeichnungskraft).

Nicht unterscheidungskräftig sind die Top Level Domain Names .com, .org oder .net, wie auch nicht die Kombination aus einem TLD und einem Begriff des Gemeingutes.

### 2.4.6. Bestand und Übertragung des Markenrechts

#### *a) Gültigkeitsdauer und Verlängerung*

Die Gültigkeit ist befristet auf zehn Jahre ab Hinterlegungsdatum (MSchG 10), bei beliebiger Möglichkeit zur Verlängerung um jeweils 10 Jahre. Dies ist ein gewichtiger Unterschied zum Urheber- und zum Patentrecht. Der Verlängerung wird stattgegeben, sofern die Gebühren bezahlt werden. Die Verlängerung gibt keine Möglichkeit zur Modifizierung des Waren- oder Dienstleistungsverzeichnisses. Zulässig ist einzig eine Einschränkung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses (MSchV 35).

#### *b) Der Gebrauchszwang / -last*

Nach Ablauf einer gesetzlichen Schonfrist von 5 Jahren (MSchG 12) ist die Marke als solche nur geschützt, wenn von ihr effektiv Gebrauch gemacht wird (MSchG 11). Der Gebrauch muss dabei folgende Merkmale aufweisen: **Kennzeichnungsmässigkeit**, **Erfolgung** im Wirtschaftsverkehr, **Ernsthaftigkeit** und **Inlandsmässigkeit** (Ausnahme: Exportmarke MSchG 11 II).

Der Gebrauch kann auch durch einen Lizenznehmer erfolgen, geringfügige Abweichungen vom Register sind zulässig, solange die Unterscheidungskraft nicht beeinträchtigt wird. Wird die Marke nicht gebraucht, verliert sie ihre Sperrkraft und kann gegenüber Dritten nicht länger geltend gemacht werden. Das Markenrecht lebt wieder ab dem Hinterlegungsdatum auf, wenn es später wieder gebraucht wird, solange niemand den Nichtgebrauch der Marke geltend gemacht hat (MSchG 12 II). Der verletzende Gebrauch eines Dritten ist nicht rechtserhaltend.

### **c) *Übertragung und Lizenz***

Über die Marke kann rechtsgeschäftlich frei verfügt werden (MSchG 17-19). Die Markenübertragung als Verfügungsgeschäft bedarf der Schriftform (MSchG 17 II). Bei einem Unternehmensübergang kann von der Schriftform abgesehen werden (MSchG 17 IV).

## **2.4.7. Garantie und Kollektivmarken**

### **a) *Begriff***

Kollektiv- und Garantimarken identifizieren nicht das Angebot eines einzelnen Unternehmens, sondern dasjenige einer Gruppe. Garantimarken gewährleisten dem Konsumenten eine bestimmte Beschaffenheit, geografische Herkunft, Herstellungsart oder andere gemeinsame Merkmale (MSchG 21). Kollektivmarken zeichnen die Zugehörigkeit zu einer Vereinigung von Unternehmen aus und dienen so zur Abgrenzung zu anderen Unternehmen (MSchG 22).

### **b) *Reglement***

Der Hinterleger einer Garantie- oder Kollektivmarke muss dem IGE ein Reglement über den Gebrauch der Marke einreichen (Wer darf sie nutzen/welche Merkmale müssen Waren oder Dienstleistungen aufweisen). Ein reglementswidriger Gebrauch wird einer Markenverletzung gleichgestellt (Art. 55 MSchG). Nutzungsbefugt ist jeder, der die Anforderungen im Reglement erfüllt. Dem Markeninhaber ist einzig ein Entgelt zu bezahlen.

## **2.4.8. Die internationale Marke**

Durch MSchG 44-46a sowie dem Madrider Abkommen und dessen Protokoll wird die internationale Marke geregelt. Das Eintragungsgesuch kann beim Institut für geistiges Eigentum (IGE) gemacht werden, welches es dann ans OMPI (Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle) weitergeleitet wird und an die Ämter der am Abkommen beteiligten Länder gelangt, wo es einzeln geprüft wird.

## **2.5. *Nicht registrierte Kennzeichen***

### **2.5.1. Enseigne**

Das ist die besondere Bezeichnung des Geschäftslokals (Gaststätten, Hotelnamen, Gebäudenamen). Die Enseigne kann im Handelsregister eingetragen werden, genießt aber



keinen Firmen, sondern ausschliesslich lauterkeitsrechtlichen Schutz. Es besteht aber die Möglichkeit, die Enseigne als Firmenzusatz zu verwenden und die damit des Firmenschutzes teilhaftig werden zu lassen, also wenn man sie in den Firmennamen integriert.

## 2.5.2. Nicht registrierte Herkunftsangaben

Obwohl dieser Schutz im zweiten Titel des Markenschutzgesetzes geregelt ist (MSchG 47 ff.), ist der Schutz lauterkeitsrechtlicher Natur. Zum Schutz von Herkunftsangaben verpflichten indessen verschiedene multi- und bilaterale Staatsverträge.

Registrierte Herkunftsangaben sind die Ursprungsbezeichnung (AOC) und die geographischen Angaben (IGP). Diese besitzen keinen Ausschliesslichkeitsanspruch, sondern sind jedem zu gewähren, der die Voraussetzungen im Pflichtenheft erfüllt.

## 2.5.3. Ausländische Handelsnamen

Gemäss PVUe 8 sind die Mitgliedsstaaten verpflichtet, ausländische Handelsnamen zu schützen, auch wenn sie keine Marke oder Firma sind. Die Konkretisierung ist ihnen selbst überlassen, bei uns liegt die Grundlage im Namensrecht und im UWG.

# 3. Lauterkeitsrecht

## 3.1. *Gegenstand*

### 3.1.1. Zweck

Gemäss UWG 1 bezweckt das Gesetz die **Gewährleistung des lautereren und unverfälschten Wettbewerbs im Interesse aller Beteiligten**. Das UWG behandelt also die **Qualität des Wettbewerbs**. Es schützt die Konsumenten, regelt die Verhältnisse zwischen den Mitbewerbern und es enthält wirtschaftspolitische Regeln (z.B. Arbeitsbedingungen bestimmter Arbeitnehmer). Das Lauterkeitsrecht ist daher dreidimensional.

### 3.1.2. Geltungsbereich

**Persönlich** richtet sich das UWG an alle am Wettbewerb beteiligten (UWG 1), aber auch an Aussenstehende, die den Wettbewerb beeinflussen. Ein Wettbewerbsverhältnis ist nicht nötig, vor allem die Medien können den Wettbewerb durch ihre Berichterstattung beeinflussen. Dabei steht die Medienfreiheit mit der Wirtschaftsfreiheit in Konkurrenz.

In den **sachlichen** Anwendungsbereich fallen nur Verhaltensweisen, die eine wirtschaftliche Wettbewerbshandlung darstellen, also solchen Handlungen, die objektiv dazu geeignet sind, Marktanteile von Unternehmen zu vergrössern oder zu vermindern.

Der **örtliche** Geltungsbereich: Das UWG findet für zivilrechtliche Ansprüche auf alle Handlungen Anwendung, welche sich auf dem Gebiet der Schweiz auswirken (Auswirkungsprinzip, IPRG 136). In strafrechtlicher Hinsicht gilt das Territorialprinzip, die wettbewerbswidrige Handlung muss also in der Schweiz begangen worden sein.

Neben dem Verhalten der Konkurrenten und der Verbraucher regelt das UWG auch das Verhalten von Dritten. In Frage kommen vor allem die Medien, die mit ihrer Berichterstattung den Wettbewerb verfälschen können.

### 3.1.3. Verhältnis zu den immaterialgüterrechtlichen Spezialgesetzen

Es ist von einer kumulativen Anwendbarkeit des UWG im Verhältnis zu den immaterialgüterrechtlichen Schutzrechten auszugehen (umstritten). Für den unlauteren Wettbewerb genügt die objektive Rechtswidrigkeit.

## 3.2. Die Generalklausel UWG 2

### 3.2.1. Allgemeines

Die Generalklausel UWG 2 dient dazu, den Anschluss an die sich ständig ändernde Wettbewerbspraxis nicht zu verpassen, die Spezialtatbestände UWG 3-8 sind bloss eine nicht abschliessende Liste. Zentraler Punkt im Lauterkeitsrecht ist der **Grundsatz von Treu und Glauben, denn der Marktteilnehmer soll nicht in seinen berechtigten Erwartungen enttäuscht werden**. Als Verstoss gegen ZGB 2 und damit gegen UWG 2 gilt jedes Verhalten, das geeignet ist, die konkrete Marktsituation zu beeinflussen.

### 3.2.2. Unzulässige Kundenbeeinflussung

Unlauter ist der Wettbewerb dann, wenn die Einwirkung geeignet ist, die freie Willensbildung des Kunden zu beeinträchtigen. Darunter fallen:

- **Unsachliche Werbung** (Selbstverständlichkeiten als Sonderleistung oder Negativwerbung wie das Produkt weise Eigenschaften nicht auf, die es gar nicht aufweisen darf).
- **Nötigung/Belästigung** (Aggressive Werbemethoden, Werbung mit Angst oder Mitleid oder Werbung mit Geschenken welche mit sachfremden Aspekten den Kaufentscheid beeinflussen).

- **Ausnützen des Spieltriebs** (Lotterien sind grundsätzlich verboten, somit kommt für Werbezwecke praktisch nur eine Gratisverlosung in Frage, also ist der Kaufzwang unlauter).
- **Laienwerbung** (Man kauft das Produkt nur wegen der Beziehung zum Verkäufer. Die Unlauterkeit ist auch bei Kundenwerbung durch das Schneeballprinzip zu bejahen).

### 3.2.3. Unkorrektes Vorgehen gegenüber Mitbewerbern

Ein Mitbewerber kann seine Leistung nicht mehr zur Geltung bringen bzw. ein anderer lehnt sich an die andere Leistung an. Darunter fallen

- **Parallelanmeldungen von Immaterialgüterrechten** (Wegen dem Territorialprinzip können in der Schweiz Parallelanmeldungen zu ausländischen Kennzeichen eingetragen werden. Wenn damit der ausländische Mitbewerber am Markteintritt gehindert werden soll, ist das unlauter).
- **Anlehnung an Leistungen Dritter** (oder auch Anschleichen, um von der Leistung des Dritten zu profitieren, hinzu gehört auch das systematische Kopieren ganzer Produktpaletten).
- **Entfernen von Kontrollnummern oder Kontrollzeichen** (früher umstritten, heute nicht unlauter).

## 3.3. *Spezialtatbestände*

### 3.3.1. Herabsetzung UWG 3a

Eine herabsetzende Äusserung ist unlauter, wenn sie objektiv unwahr (kommt nur Tatsachenbehauptung in Frage) ist, irreführend (Rossignol) oder unnötig verletzend (das Gebot der Verhältnismässigkeit muss verletzt sein, Bsp. Media Markt „Zürcher Preismonopol stürzen“). Die Herabsetzung muss dabei stets qualifiziert sein, so ist zum Beispiel eine Aussage, deren Unrichtigkeit offensichtlich ist, nicht unlauter. Zudem muss die Äusserung schwerwiegende Tatsachen betreffen.

### 3.3.2. Begünstigung

#### a) *Irreführende Angaben über die Produktgestaltung (UWG 3b, c, i)*

Hier soll das **eigene Produkt in einem besseren Licht dastehen, als es in Wirklichkeit ist**. Angaben nach 3b sind solche Aussagen, welche ernst genommen werden und

überprüfbar sind. Beispiele sind geografische Herkunft (Swiss chocolate liqueur), Qualität (patentiert bei blosser Patentanmeldung), Menge und Vorrat und Preis (Media Markt 70000mal günstiger). Nicht unlauter sind wiederum offensichtlich falsche Angaben wie zum Beispiel „Nordpol-Zigaretten“. Die Verwechslungsgefahr ist gerechtfertigt, wenn sie technisch oder ästhetisch begründet ist.

Ein Sonderfall von 3b ist 3c: die unlautere Verwendung von Titeln oder Berufsbezeichnungen.

UWG 3i erfasst nicht nur Angaben im Sinne von kommunikativen Äusserungen wie 3b, sondern auch jede täuschende Produktgestaltung oder Produktdarstellung. 3i bezieht sich also auf den Inhalt der Verpackung selbst, während 3b auf die angebotene Gesamtmenge zielt.

### **b) *Irreführung über die Betriebsherkunft (UWG 3d)***

Es genügt das Vorliegen **einer objektiven Verwechslungsgefahr vom Kennzeichen, egal ob es die Verpackung oder erst das ausgepackte Produkt betrifft**. Nicht schon die Nachahmung wird geschützt, sondern nur eine solche, wenn eine Verwechslungsgefahr daraus resultiert. Hier wird auf den **Gesamteindruck abgestellt, nicht wie im Markenrecht nur auf den Schriftzug, also abstrakt nur auf die Marke**. Hier im UWG herrscht die Gebrauchspriorität nicht wie im Markenrecht die Hinterlegungspriorität. Auf das Verschulden kommt es nicht an, höchstens später beim Schadenersatz.

Die einzelnen Kennzeichenkategorien sind die Produktbezeichnungen, die Marken (Cola-Line, auch anwendbar wenn eine Marke gar nicht eingetragen ist), Ausstattungen (jede Kennzeichnung einer Ware oder Dienstleistung, welche nicht als Marke geschützt ist, z.B. der Anwalt, dem das Patent entzogen wurde und sich weiter Anwalt nennt), Firmen- und Geschäftsbezeichnungen (firmenrechtlichen Schutz geniessen die Firmen nur bei firmenmässigem Gebrauch). Hier sind also solche „Firmen“ gemeint, die sich nicht eintragen lassen oder die Eintragung gar nicht möglich ist (wie bei der einfachen Gesellschaft).

**Während im Markenrecht bei einer Büchse mit Schriftzug nur untersucht wird, ob der Schriftzug verwechselbar ist, wird im UWG auf den Gesamteindruck abgestellt, also auch die Form und die Farbe der Büchse etc.**

Die Verwechslungsgefahr muss nach dem Gesamteindruck und der Aufmerksamkeit und Wahrnehmungsfähigkeit des Durchschnittskäufers beurteilt werden. Entscheidend ist nicht der gleichzeitige Vergleich, sondern das Erinnerungsbild.

Gemeinfreie Bezeichnungen dürfen benutzt werden, ausser wenn sie Kennzeichnungskraft für einen bestimmten Benutzer erlangt haben (z.B. Sunrise).

### **c) *Vergleichende Werbung (UWG 3e)***

Lauter ist eine Werbung nur, wenn die Angaben objektiv richtig sind (keine Superlativwerbung), nicht irreführend (Rossignol), nicht unnötig herabsetzend (d.h. die Aussage muss sachlich bleiben) und nicht unnötig anlehnend sind (Lattoflex/Bicoflex). Weiter hier zu nennen sind vergleichende Warentests Dritter.

**d) *Lockvögel (UWG 3f, Lex Denner)***

Das ist die systematische Senkung der Preise. Kumulativ müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein: Ausgewählte Waren, Werke oder Leistungen, ein Angebot unter dem Einstandspreis, ein wiederholtes Angebot, eine besondere Hervorhebung in der Werbung sowie die Täuschung des Kunden, dass der Anbieter generell günstiger anbietet als seine Konkurrenten.

Die Täuschung wird von Gesetzes wegen vermutet, wenn der Verkaufspreis unter dem Einstandspreis liegt (gesetzliche Vermutung).

**e) *Zugaben (UWG 3g)***

Das sind solche Sachen, die mit der erworbenen Sache gratis abgegeben werden. Hier soll verhindert werden, dass der Kunde sachfremde Kaufentscheide trifft. Dies setzt eine Täuschung über den tatsächlichen Wert des Angebotes voraus. Lauter ist eine Zugabe aber dann, wenn sie von geringem Wert ist.

**f) *Irreführende Geschäftsbedingungen (UWG 8)***

In der Inhaltskontrolle der AGB-Prüfung wird mitunter UWG 8 geprüft. Das „in irreführender Weise“ bedeutet, dass klar missbräuchliche Klauseln vor UWG 8 standhalten, soweit sie klar und verständlich sind. Deswegen ist der Anwendungsbereich von UWG 8 klein. Ob die Rechtsfolge UWG 9, OR 20, OR 21 oder OR 28 ist, ist noch nicht geklärt.

**g) *Täuschende Angebotspraktiken***

Sie sind bei Abzahlungskäufen, Kleinkreditverträgen etc. von Bedeutung (UWG 3k-m). 3k und l wollen erreichen, dass der Konsument in der Werbung nicht über die tatsächlichen Finanzierungskosten im Dunkeln gelassen wird. Art. 3m will zusätzlich, dass auch die verwendeten Vertragsformulare alle einschlägigen Kundeninformationen enthalten.

**3.3.3. *Aggressiver Kundenfang (UWG 3h)***

Der Käufer wird in eine psychische Zwangslage versetzt, „muss“ aus Anstand, Dankbarkeit, Loyalität, Beenden einer unangenehmen Situation etc. etwas kaufen, das er gar nicht will. Beispiele sind Werbecarfahrten, Haustürgeschäfte oder Partyverkäufe. Hierhin fallen nicht die aggressiven Werbemethoden nach UWG 2, die Kunden nur unbewusst beeinträchtigen. Hier wissen die Kunden, dass sie das Angebot eigentlich nicht nutzen wollen.

### **3.3.4. Verleitung zur Vertragsverletzung oder zur Vertragsauflösung (UWG 4a, b, d)**

Ein Aussenstehender mischt sich in ein Vertragsverhältnis ein, um daraus einen wettbewerbswidrigen Vorteil für sich selbst zu erzielen. Bei 4a geht es um die Verleitung zum Vertragsbruch. 4d ist ein gesetzlicher Missgriff, weil das Verleiten zur Vertragsauflösung mit zustehenden Gestaltungsrechten kein Vertragsbruch ist und somit nicht als unlauter gelten kann. 4b meint die Bestechung von anderen Arbeitnehmern, die geeignet ist, dass diese Informationen rausgeben.

### **3.3.5. Verwertung fremder Leistungen (UWG 5, Leistungsschutz)**

Es geht um die unlautere Übernahme und die folgende gewerbliche Verwertung eines Arbeitsergebnisses, durch welche sich der Verletzer einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil verschafft, indem er Aufwand einspart. Praktisch von Relevanz ist die Reproduktion von urheberrechtlich nicht mehr geschützten Arbeitsergebnissen.

Bei 5a traut der Erzeuger dem Verletzer das Erzeugnis selbst an, bei 5b wird es dem Verletzer in unbefugter Weise zugänglich gemacht. Beispiele sind komplexe Offerten, Pläne, Muster etc.

5c ist das eigentliche Kernstück des Leistungsschutzes. Es ist die Übernahme eines fremden Arbeitsergebnisses mittels eines technischen Reproduktionsverfahrens. Folgende Voraussetzungen müssen gegeben sein: Marktreife, unveränderte Form, ein technisches Reproduktionsverfahren und kein angemessener eigener Aufwand.

### **3.3.6. Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen (UWG 4c, 6)**

UWG 4c betrifft die unlautere Beschaffung von Informationen, während UWG 6 die Verwendung solcher Informationen regelt. Werkspionage ist hier nicht verboten, nur die Verleitung Dritter. Geheimnisse sind solche Informationen, zu denen nur ein beschränkter Personenkreis Zutritt hat und an denen der Geheimnisherr ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung hat (StGB 162). Inhaltlich wird zwischen Fabrikations- (technisches Wissen) und Geschäftsgeheimnissen (sonstige Informationen wie Strategie oder Struktur) unterschieden.

### **3.3.7. Missachtung von Arbeitsbedingungen, Lohndumping (UWG 7)**

Man will verhindern, dass sich ein Mitbewerber durch Missbrauch von Arbeitsbedingungen oder Lohndumping einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil gegenüber seinen Konkurrenten verschafft. Da es also um den Schutz der Mitbewerber geht, sind nur diese aktivlegitimiert. Den Arbeitnehmern steht diese Möglichkeit nicht offen.

### **3.4. *Verwaltungs- und Verfahrensrecht***

**Aktivlegitimiert** sind die Mitbewerber, die Kunden, Berufs- und Wirtschaftsverbände, Konsumentenschutzorganisationen und der Bund (UWG 9, 10). **Passivlegitimiert** ist derjenige, der die unlautere Wettbewerbshandlung begeht, sowie deren Geschäftsherrn (UWG 11).

Die Abwehr- und Leistungsklagen sind in UWG 9 aufgezählt. Die vorsorglichen Massnahmen erwähnt UWG 14. Eine Beweislastumkehr nennt UWG 13, das Gericht kann vom Werbenden den Beweis der Richtigkeit der dargestellten Tatsachen verlangen. UWG 23 ist die Strafnorm für Zuwiderhandlungen gegen UWG 3, 4, 5, 6. Handlungen gegen UWG 2 können nicht strafrechtlich sanktioniert werden (keine Strafe ohne Gesetz).

## **4. Grundzüge des Kartellrechts**

### **4.1. *Allgemeines***

#### **4.1.1. Abgrenzungen**

- Zum UWG: Quantität, nicht Qualität des Wettbewerbs.
- Zum PüG: Ergänzung zum KG, Grundbegriffe müssen einheitlich sein, deswegen Konsultation der Weko. Siehe KG 3 III.
- BGBM: Es wirkt auf die Beseitigung öffentlich-rechtlicher Wettbewerbshindernisse hin, während das KG Wettbewerbsbeschränkungen privatrechtlicher Natur erfasst.

#### **4.1.2. Funktionen**

- Koordinationsfunktion: durch Herstellung von natürlichem Gleichgewicht von Angebot und Nachfrage.
- Entdeckungs- und Fortschrittfunktion: durch Möglichkeit, mit besserem Produkt Marktanteile zu gewinnen bei funktionierendem Wettbewerb.
- Allokationsfunktion: Optimale Verwendung der Ressourcen.
- Preisstabilisierungs- und Renditennormalisierungsfunktion: gerechtfertigter Preis.

### 4.1.3. Wirksamer Wettbewerb

Die elementaren Funktionen sind in einem bestimmten Markt nicht durch private oder staatliche Einflüsse erheblich gestört. Gestört sind sie dann, wenn ein Anbieter oder Nachfrager bezüglich wesentlicher Wettbewerbsparameter (Preis, Qualität etc.) nicht individuell und unabhängig verhalten kann. Der **Intra-brandwettbewerb** bezeichnet den Wettbewerb innerhalb einer Marke, der **Inter-brandwettbewerb** denjenigen zwischen verschiedenen Marken. Wirksamer Wettbewerb liegt damit vor, wenn folgende Voraussetzungen gegeben sind:

- Wesentliche Wettbewerbsparameter spielen.
- Wettbewerbsfunktionen sind garantiert.
- Märkte sind offen für Ein- und Austritte..

## 4.2. *Musterfalllösung Kartellrecht*

### 4.2.1. Geltungsbereich (Art. 2 KG)

#### a) *Persönlicher Geltungsbereich*

Handelt es sich um ein Unternehmen? Ein Unternehmen liegt dann vor, wenn eine **selbständige** (rechtlich und wirtschaftlich, bei Verwaltungseinheiten zu bejahen, wenn sie durch eigenes Ermessen selber auf Wettbewerbsimpulse reagieren können) **Tätigkeit** (Produkte oder Dienstleistungen) **im Wirtschaftsprozess** (Anbieten und Nachfragen) **vorliegt, unabhängig von der Rechts- oder Organisationsform**. Eine Privatperson ist dann ein Unternehmen, wenn sie eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt.

#### b) *Sachlicher Geltungsbereich*

Es müssen alternativ folgende Anzeichen vorliegen:

- Beteiligungen an Abreden,
- Marktmacht. Massgeblicher Markteinfluss genügt, welchen die anderen Teilnehmer am Markt zur Kenntnis nehmen und bei geschäftspolitischen Fragen berücksichtigen müssen. Es wird damit der Zweck verfolgt, in den Fällen von KG 7 nicht zu hohe Anforderungen an den Geltungsbereich zu stellen.
- Beteiligungen an Zusammenschlüssen vorliegen. Bei Bestreiten der Zuständigkeit, erlässt die Weko eine anfechtbare Zwischenverfügung.



**c) *Räumlicher Geltungsbereich***

Massgebend ist das Auswirkungsprinzip, d.h. die Auswirkung in der Schweiz. Problematisch, weil Verhalten im Ausland wegen fehlender Zwangsmassnahmen nicht unterbunden werden kann, obwohl es sich in der Schweiz auswirkt. Beachte für Zusammenschlüsse KG 9 I b.

**4.2.2. Liegen vorbehaltene Vorschriften vor, welche die Anwendung des KG einschränken (Art 3 KG)?**

**a) *Vorbehalt öffentlich-rechtlicher Vorschriften, die Wettbewerb ausschliessen***

Die Weko kann nur eine Empfehlung erlassen (KG 45), wenn ein solcher Vorbehalt vorliegt, da die staatliche Regulierung dem Wettbewerb vorgeht („Marktversagen“, der Wettbewerb kann seine Funktionen nicht befriedigend entfalten). Die Anforderungen zum Ausschluss des KG sind sehr hoch.

**b) *Vorbehalt von Immaterialgüterrechten***

Wird der Wettbewerb über das Schutzrecht hinaus beschränkt, ist das KG anwendbar (z.B. durch weitergehende vertragliche Beschränkungen). KG 3 II wird restriktiv ausgelegt.

Parallelimporte sind dann vorliegend, wenn Ware in einem Drittland mit Zustimmung des Schutzrechtsinhabers eingeführt wurde, und dann in die Schweiz gelangt. Sie bewirken Intra-brandwettbewerb. Das KG ist anwendbar, wenn die Zustimmung des Rechtsinhabers für die Inverkehrsetzung im Ausland vorgelegen hat. Faktisch liegt damit internationale Erschöpfung vor.

**c) *Verhältnis zur Preisüberwachung***

Regelung, weil Überschneidung des Zustimmungsbereichs Weko/Preisüberwacher bei KG 7 II c. Es gilt das Abstraktionsprinzip.

**4.2.3. Wettbewerbsbeschränkung**

**a) *Wettbewerbsbeschränkende Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG)***

Zwei oder mehr Unternehmen sind daran beteiligt. Die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung. Unerheblich ist die rechtliche Grundlage der Abrede. Zu

beachten ist, dass wirtschaftlich bedingtes Gleichverhalten keine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise darstellt (Benzin). Oligopole Märkte = bewusstes Parallelverhalten.

Eine Wettbewerbsabrede liegt dann vor, wenn paralleles Verhalten ohne eine Abrede nicht möglich wäre, also wenn z.B. keine marktstrukturellen Gegebenheiten vorliegen, welche zu einem Parallelverhalten führen können.

#### **Arten der Wettbewerbsabreden:**

- Horizontale (Unternehmen gleicher Marktstufe, d.h. Konkurrenten).
- Vertikale (Unternehmen verschiedener Marktstufen).

Kein Wettbewerb herrscht innerhalb des Konzerns. Ein Gemeinschaftsunternehmen stellt dann eine Wettbewerbsabrede dar, wenn die beteiligten Unternehmen ihre Tätigkeit im gleichen Geschäftsbereich beibehalten.

#### **b) *Marktbeherrschendes Unternehmen (Art. 4 Abs. 2 KG, siehe 5.a.)***

Ein marktbeherrschendes Unternehmen kann sich im wesentlichen Umfang bezüglich eines relevanten Marktes unabhängig von Mitbewerbern und Anbietern oder Nachfragern verhalten. Ein marktbeherrschendes Unternehmen kann also wichtige Wettbewerbsparameter wie Preis und Qualität der Produkte nach eigenem Gutdünken festlegen.

- 1. Relevanter Markt?
- 2. Unabhängiges Verhalten möglich?

#### **c) *Unternehmenszusammenschluss (Art. 4 Abs. 3 KG)***

Ausschlaggebend ist die Änderung der Kontrolle, die rechtlichen Belange sind nicht von Belang.

- **Fusion:** Absorption, Kombination, Quasifusion (Aktienkauf) und die unechte Fusion (Übertragung der Aktiven und Passiven gegen Bargeld oder Aktien).
- **Kontrollübernahme:** Keine juristische Verschmelzung, aber Möglichkeit, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines anderen Unternehmens auszuüben (VKU 1). Miterfasst wird auch der Wechsel zu gemeinsamer oder zu alleiniger Kontrolle.
- **Gemeinschaftsunternehmen (VKU 2):** Übernahme eines bestehenden Unternehmens oder Neugründung eines GU. Wenn keine Strukturveränderung vorliegt, wird der Sachverhalt von KG 5 erfasst (Vollfunktions- vs. Teilfunktionsunternehmen). Das Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen hat folgende Merkmale:
  - Eigener Marktauftritt.
  - Selbständige wirtschaftliche Einheit, unternehmerische Freiheit.

- Auf Dauer angelegt.
- Geschäftstätigkeit mind. eines beteiligten Unternehmens: In das GU müssen Geschäftstätigkeiten eines Gründungsunternehmens einfließen, da bei einer neuen Geschäftstätigkeit kein Unternehmen i.S.v. KG 4 III b vorliegt.

Erfasst werden vertikale und horizontale Zusammenschlüsse. Auch komplementäre und konglomerale Zusammenschlüsse könnten einen Unternehmenszusammenschluss nach KG 4 III darstellen, jedoch sind diese i.d.R. unbedenklich.

Ein kooperatives GU hat keinen selbständigen Marktauftritt, da es nur für die Muttergesellschaften tätig ist. Seine Beurteilung erfolgt ebenfalls nach KG 5. Gemäss FKVO 3 V fällt der Erwerb in Zwangsvollstreckung und ein solcher, der nur vorübergehend ist durch Finanzinstitute nicht unter das KG.

#### **4.2.4. Materielle Beurteilung einer Wettbewerbsabrede**

##### **a) *Vermutungsweise Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG)?***

ALLE elementaren Funktionen sind im bestimmten Markt durch private oder staatliche Einflüsse erheblich gestört. Gestört sind sie dann, wenn ein Anbieter oder Nachfrager bezüglich wesentlicher Wettbewerbsparameter (Preis, Qualität etc.) nicht individuell und unabhängig verhalten kann. Üblicherweise sind alle Marktteilnehmer daran beteiligt.

Vermutet wird die Beseitigung bei Preis-, Mengen- und Gebietsabreden, Preisbindungen und Passivverkaufsverbote (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG). Im Zivilverfahren muss der Beklagte die Vermutung widerlegen. KG 49a ist anwendbar.

##### **b) *Widerlegung der Vermutung durch genügenden Aussen- oder Innenwettbewerb?***

###### **1. Relevanter Markt?**

- Sachlich relevanter Markt. Waren oder Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite aufgrund ihrer Eigenschaften, ihrer Preislage oder ihres Verwendungszwecks als gleichartig angesehen werden. VKU 11 III a. „substituierbar“.
- Räumlich relevanter Markt. VKU 11 III b. Zu prüfen ist, ob die Beschaffung der Substitutionsgüter räumlich zumutbar ist.
- Zeitlich relevanter Markt. Beispiele für Relevanz sind Fachmessen, oder saisonbedingte Produkte.

###### **2. Restwettbewerb noch vorhanden?**

- Aktueller Wettbewerb.
  - Aussenwettbewerb (durch Kartellaussenseiter).
  - Innenwettbewerb (durch Kartellmitglieder).

- Potentieller Wettbewerb: Zutritt von neuen Wettbewerbern
- Marktstellung der Marktgegenseite

**c) *Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 1 KG)?***

Einer oder mehr Wettbewerbsparameter sind ausgeschaltet. Bei horizontalen Wettbewerbsabreden bestehen qualitative (Art der Abrede, wirksamer Restwettbewerb durch andere Wettbewerbsparameter?) wie auch quantitative (Marktanteil) Kriterien.

1. Relevanter Markt? (räumlich, sachlich, zeitlich).

2. Erhebliche Beeinträchtigung?

- Qualitativ: Restwettbewerb noch vorhanden (sonst Beseitigung)
  - Aktueller Wettbewerb
    - Aussenwettbewerb (durch Kartellaussenseiter)
    - Innenwettbewerb (durch Kartellmitglieder)
  - Potentieller Wettbewerb: Zutritt von neuen Wettbewerbern
  - Marktstellung der Marktgegenseite
- Quantitativ: Keine Mindestgrenze vorhanden. Erscheint die Wettbewerbsabrede sozial und volkswirtschaftlich als schädlich?

**d) *Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG)?***

Nur möglich bei erheblichen Wettbewerbsbeschränkungen. Die positiven Auswirkungen überwiegen die negativen Wirkungen. Zudem liegt Rechtfertigung vor, wenn die Beschränkung notwendig ist, oder wenn keine Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vorliegt. Nur ökonomische Gründe zulässig!

**e) *Rechtfertigung durch Bekanntmachung oder Verordnung (Art. 6 KG)?***

Das Bundesgericht und die Rekurskommission sind nicht an die Bekanntmachungen gebunden.

**f) *Ausnahmsweise Zulassung aus öffentlichen Interessen (Art. 8 KG)?***

Erforderlich ist ein Gesuch der unterlegenen Partei an den Bundesrat, es muss also zuerst eine Unzulässigkeit festgestellt worden sein.

*g) Folgen*

Nichtigkeit ex tunc, da sonst überhöhte Gewinne nicht eingefordert werden könnten.

**4.2.5. Materielle Beurteilung des Verhaltens eines marktbeherrschenden Unternehmens**

*a) Liegt ein marktbeherrschendes Unternehmen vor (Art. 4 Abs. 2 KG)?*

- Relevanter Markt? (räumlich, sachlich, zeitlich).
  - Sachlich relevanter Markt
  - Räumlich relevanter Markt
  - Zeitlich relevanter Markt
- Marktstruktur: Oligopol (wenige grosse Konkurrenten), atomistisch (viele kleine Konkurrenten) **oder** duopol (zwei Unternehmen). Bei letzterem ist kollusives (paralleles) Verhalten eher möglich. Der Marktanteil spielt nicht die entscheidende Rolle. Selbst bei hohen Marktanteilen ist keine Marktbeherrschung vorhanden, wenn z.B. die Markteintrittsschranken gering sind.
  - Aktuelle Konkurrenz: Marktstruktur, Marktanteile, Finanzkraft, Entwicklung.
  - Potentielle Konkurrenz: Marktzutrittsschranken, Möglichkeit (Wahrscheinlichkeit) von Markteintritten.
  - Kollektive Marktbeherrschung: Je mehr Wettbewerber, desto geringer die Möglichkeit kollusiven Verhaltens. Die Voraussetzungen bzw. die Merkmale der kollektiven Marktbeherrschung sind ein gesättigter Markt, stabile Marktanteile, schwache Marktgegenseite, Symmetrien (z.B. Verflechtungen im VR), hohe Marktzutrittsschranken und eine hohe Markttransparenz. Liegt eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise vor, welche zur kollektiven Marktbeherrschung führt, sind KG 5 und KG 7 kumulativ anwendbar.
  - Nachfragemacht: Das ist die Machtstellung des Nachfragers gegenüber seinen Lieferanten. Sie ist vor allem im Detailhandel von Bedeutung. Die zentrale Prüfung ist, ob eine Ausweichmöglichkeit der Lieferanten auf andere Distributionskanäle besteht.

*b) Liegt ein Missbrauch nach Art. 7 Abs. 2 KG vor?*

- Verweigerung von Geschäftsbeziehungen: Hätte sich ein Dritter gleich verhalten? Unzulässig sind Boykothandlungen, nur um die Gegenseite zu schädigen. Das ist

vor allem dann von Bedeutung, wenn die Wettbewerber auf den Zugang zu einer vom marktbeherrschenden Unternehmen kontrollierten Infrastruktur angewiesen sind. Diese essential facilities doctrine ersieht eine Verweigerung als unzulässig wenn:

- Monopolist kontrolliert Einrichtung.
  - Die Einrichtung lässt sich nicht duplizieren.
  - Weigerung des Monopolisten trotz Zumutbarkeit. Bei Immaterialgüterrechten ist nicht die Verweigerung von Lizenzen unzulässig (vgl. KG 3 II), sondern wenn die wettbewerbsrechtliche Handlung den Bereich des immaterialgüterrechtlichen Schutzes sprengen (Bsp. Sperren eines Patentes, ohne es selber zu benutzen, nur um den Markteintritt zu erschweren).
  - Keine sachliche Rechtfertigung.
- Diskriminierung von Handelspartner bei Geschäftsbedingungen: Gezielte Besser- oder Schlechterstellung durch bspw. Treue- und Zielrabatte, nicht aber Mengenrabatte. Unzulässige Zielrabatte werden dann gegeben, wenn der Rabatt nur dann bezahlt wird, wenn das abnehmende Unternehmen einen gewissen Umsatz erreicht.
  - Erzwingung unangemessener Preise: Die Preise sind hier nicht das Ergebnis von Verhandlungen. Parallel ist der Preisüberwacher zuständig (vgl. PüG 12), welcher sich mit den Folgen beschäftigt. Das KG bekämpft die Ursachen.
  - Gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Geschäftsbedingungen: Das Ziel ist die Verdrängung des Konkurrenten mit anschließender Erhöhung der Preise. Zu prüfen ist immer, ob der Preis nicht vorher zu hoch war.
  - Einschränkung der Erzeugung, Absatz oder Entwicklung: Man verknappt das Angebot künstlich oder kauft Konkurrenten auf und setzt deren Entwicklungen still (Microsoft).
  - Koppelungsgeschäft: Sie sind nicht per se unzulässig, sondern nur wenn die Wettbewerbsmöglichkeiten beschränkt werden und wenn kein Sachzusammenhang mehr besteht.

**c) *Liegt ein Missbrauch nach Art. 7 Abs. 1 KG vor?***

Es muss eine Abklärung im Einzelfall erfolgen: Ambivalenz der Verhaltensweisen, d.h. es besteht die Frage, ob die Verhaltensweise sachlich gerechtfertigt oder missbräuchlich ist. Es bestehen folgende Fallgruppen: Behinderungsmisbrauch gegen Mitbewerber und Ausbeutungsmisbrauch gegen Marktgegenseite.

**d) *Ist das Verhalten sachlich gerechtfertigt?***

Kein sachlicher Grund (legitimate business reason): Würde sich ein Drittunternehmen ohne Marktbeherrschung gleich verhalten? Mit dem sachlichen Grund wird erreicht, dass

sogar Konkurrenten eliminiert werden, denn das KG bezweckt den Schutz des Wettbewerbs, nicht den Schutz vor Wettbewerb. Ist das Verhalten nicht sachlich gerechtfertigt, ist KG 49a anwendbar.

**e) *Ausnahmsweise Zulassung aus öffentlichen Interessen (Art. 8 KG)?***

Erforderlich ist ein Gesuch der unterlegenen Partei an den Bundesrat, es muss also zuerst eine Unzulässigkeit festgestellt worden sein.

#### **4.2.6. Materielle Beurteilung eines Unternehmenszusammenschlusses**

**a) *Ist der Zusammenschluss meldepflichtig (Art. 9 KG)?***

Die Voraussetzungen ergeben sich aus KG 9. Meldefähig ist man ab Abschluss, wobei die Meldung aber vor dem Vollzug geschehen muss. Die Meldung ist eine aufschiebende Rechtsbedingung. Die Umsatzberechnung erfolgt nach VKU 4 f. Zu bestimmen ist, ob der Zusammenschluss Auswirkungen haben wird (wegen Auswirkungsprinzip, evtl. durch geografischen Bezug). Die Meldung muss die Inhalte gemäss VKU 11 I und II enthalten.

Bei Banken und Finanzintermediären sind andere Schwellenwerte zu beachten!! Immer Meldepflichtig ist ein Zusammenschluss, wenn bereits rechtskräftig festgestellt wurde, dass ein beteiligtes Unternehmen marktbeherrschend ist!

**b) *Begründet oder verstärkt der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung?***

Es erfolgt eine zweistufige Prüfung (1. „könnte es sein?“, 2. eigentliche Prüfung). Der Zusammenschluss muss dynamisch betrachtet werden (KG 10 IV). In der Vorprüfung (KG 10 I) werden die Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung untersucht.

1. Relevanter Markt? (räumlich, sachlich, zeitlich).

2. Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung?

3. Gefahr der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs?

- Aktuelle Konkurrenz.
- Potentielle Konkurrenz.

4. Keine Beanstandung, sofern

- Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf einem anderen Markt.
- Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb.
- Sanierungsfusion.

Zu beachten ist, dass eine **Sanierungsfusion** (failing company defence) **immer zulässig** ist. Die Voraussetzungen sind:

- Sanierungsbedürftigkeit.
- Absorption der freiwerdenden Marktanteile = Fehlender Kausalzusammenhang zwischen Zusammenschluss und Änderung der Marktstruktur, da die Marktanteile des sanierungsbedürftigen Unternehmens sowieso an das stärkere übergehen würden.
- Keine bessere Alternative aus Sicht des Wettbewerbs.
- Eine allgemeine Voraussetzung ist ein marktstarkes Unternehmen.

**c) *Kann die Wettbewerbsbeseitigung durch Auflagen oder Bedingungen abgewendet werden?***

Für die Zulassung unter Auflagen oder Bedingungen erfolgt ein Dialog zwischen Unternehmen und Behörde. Die Bedingung ist vor Vollzug zu erfüllen, die Auflage nicht. Es gibt folgende Arten von Auflagen und Bedingungen:

- Veräußerungszusagen (Verpflichtung zum Weiterverkauf eines Teils)
- Marktöffnungszusagen (Marktzutrittsschranken abbauen, z.B. durch Lizenzen)
- Entflechtungszusagen (z.B. VR-Sitz abgeben)
- Verhaltenszusagen (problematisch, weil überprüfungsnotig).

Kann sie nicht durch Auflagen oder Bedingungen abgewendet werden, wird sie untersagt (KG 10 II).

**d) *Erfolgt eine ausnahmsweise Zulassung (KG 11)?***

Bei überwiegenden öffentlichen Interessen durch den Bundesrat (Notwendigkeit, kein milderes Mittel für den Wettbewerb). Voraussetzung ist eine Untersagung durch die Weko. Bisher ist dies noch nicht zustande gekommen.

### **4.3. *Behörden und Verfahren in der Schweiz***

#### **4.3.1. *Allgemeines***

Die Weko besteht aus drei Kammern und dem Präsidium. Das Sekretariat ist hauptsächliches Untersuchungsorgan, indessen auch beratend tätig (KG 23 II). Die Reko hat volle Kognition, nicht so das Bundesgericht, welches mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde anzurufen ist.



Die Verfahren beurteilen sich nach VwVG, ausser das KG sieht ausnahmsweise eine Abweichung davon vor. Durch die Rechtsprechung ist es der Weko möglich, vorsorgliche Massnahmen zu erlassen. Die Voraussetzungen sind eine günstige Entscheidprognose, ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil, Dringlichkeit und Verhältnismässigkeit. Bei den Verfahren ist folgendes zu beachten:

- Ausstand (VwVG 10, KG 22 II).
- Vertretung (VwVG 11 I, KG 43 II).
- Zuständigkeit (VwVG 7).
- Rechtliches Gehör (KG 25, 30 II, 26 III bei Vorabklärungen).
- Parteien und Dritte (VwVG 6, KG 40, 43).

Eine Vorabklärung durch das Sekretariat ist nicht zwingend nötig, es ist direkt eine Untersuchung möglich. Der Schluss der Vorabklärung stellt keine rechtsmittelfähige Verfügung dar, weshalb eine Feststellungsverfügung durch die Weko den materiellen Teil davon überprüfen kann. Beim Abschluss der Vorabklärung ergeht eine allgemeine Anregung, die Anhaltspunkte für eine Verletzung des KG enthalten kann oder nicht. Bei der Untersuchung ergeht ein Schriftenwechsel, dann das Beweisverfahren und zuletzt der Antrag an die Weko, bevor diese den Entscheid fällt. Das **zivilrechtliche Verfahren** (KG 12-17) ist unbedeutend, da es viele Beweisprobleme in sich birgt (Dispositions- und Eventualmaxime, sowie die Kosten).

#### **4.3.2. Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen:**

- Meldung (VKU 9 ff.).
- Prüfungsverfahren I: Anhaltspunkte für Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung KG 10 I, Publikation, Entscheid über vorzeitigen Vollzug (KG 32 II), Verlängerungsmöglichkeit der Fristen (KG 33 III).
- Prüfungsverfahren II: Materielle Prüfung Materielle Prüfung (KG 10 II, Marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse, informelle Kontakte mit der EU-Kommission).

#### **4.3.3. Sanktionen**

Direkte Sanktionen sind bei der Verletzung von KG 5 III, IV und KG 7 möglich. Die Verwaltungs- und Strafsanktionen sind nur Sanktionen für den Wiederholungsfall, also indirekte Sanktionen. Die Sanktionsbemessung ergibt sich aus SVKG. Die rechtliche Grundlage für die direkten Sanktionen ist KG 49a, welche sehr detailliert regelt. Nach der Weko haben alle Abreden, die den Wettbewerb beseitigen, Sanktionen nach KG 49a zur Folge, egal ob eine Abrede über Preise, Mengen oder Gebiete nach KG 5 III und IV vorliegt oder nicht.

## 5. Grundzüge des internationalen Privatrechts

### 5.1. *Allgemeines*

#### 5.1.1. Problemstellung

Staatliche Privatrechtsordnungen regeln fast ausschliesslich inländische Sachverhalte. Ein Bezug auf andere Länder findet nur selten statt, obwohl grenzüberschreitende Sachverhalte mittlerweile an der Tagesordnung sind. Selbst die IPRG der einzelnen Länder sind nur IPRG der einzelnen Länder. Da die Rechtsordnungen der verschiedenen Staaten inhaltlich voneinander abweichen, muss eine Lösung für internationale Sachverhalte gefunden werden. Bevor das anwendbare Recht bestimmt werden kann, stellt sich die Frage nach der **internationalen Zuständigkeit** der Gerichte. Auch das internationale Zivilprozessrecht ist überwiegend nationales Recht.

Das IPRG regelt im internationalen Verhältnis für alle Streitigkeiten unter Privaten (bzw. in allen Materien des Privatrechts): die Entscheidungszuständigkeit der schweizerischen Gerichte und Behörden (IZPR), das anwendbare Recht (IPR), die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen (IZPR).

|  |  |
|--|--|
| <b>International relevanter Sachverhalt?</b>       | z.B. nicht gegeben, wenn eine Mietstreitigkeit vorliegt und der Vermieter kein Schweizer ist |
| <b>Örtliche Zuständigkeit</b>                      | IPRG oder allenfalls LugÜ  |
| <b>Anwendbares materielles Recht</b>               | IPRG oder allenfalls CISG  |
| <b>Prozessrecht (u.a. sachliche Zuständigkeit)</b> | Lex fori   |

#### 5.1.2. Gegenstand und Definitionen des IPR

Von absolut internationalen Sachverhalten spricht man, wenn der Sachverhalt auch in einer überstaatlichen Optik relevante Beziehungen zu mehr als einer Rechtsordnung aufweist (z.B. Verkäufer und Käufer wohnen in verschiedenen Staaten). Relativ ist der internationale Sachverhalt dann, wenn ausländische Binnensachverhalte von einem inländischen Gericht beurteilt werden.

Das internationale Privatrecht ist der Inbegriff der Rechtssätze, welche von mehreren staatlichen Privatrechtsordnungen auf einen Sachverhalt mit Auslandberührung anwendbar ist.

Das IPR ist in der Schweiz privates Bundesrecht. Die verfassungsmässige Grundlage ist BV 122. Das IPRG regelt kurz gesagt die **Zuständigkeit**, das **anwendbare Recht**, die **Anerkennung** und die **Vollstreckung**.

## **5.2. IPR-Kollisionsregeln**

### **5.2.1. Struktur und Arten der Kollisionsregeln**

Die IPR-Kollisionsregeln sagen, welches Recht anwendbar sein soll. Sie bestimmen das auf den in Frage stehenden internationalen Sachverhalt anwendbare inländische oder ausländische Recht. Die Kollisionsregeln haben drei Bestandteile (vgl. am Beispiel von IPRG 121):

- Verweisungsbegriff (der Arbeitsvertrag).
- Anknüpfungsbegriff (gewöhnlicher Arbeitsort).
- Anwendbares Recht (Recht des Staates, in dem der gewöhnliche Arbeitsort liegt).

Der Verweisungsbegriff umschreibt abstrakt das Rechtsproblem, für welches eine Lösung gesucht wird. Der Anknüpfungsbegriff ist das Kriterium, nach welchem die Kollisionsregel die eine oder andere Rechtsordnung für anwendbar erklärt.

Die Kollisionsregeln können ein- oder zweiseitig sein. Die Einseitigen beziehen sich explizit auf schweizerisches Recht (vgl. IPRG 34 I; zu zweiseitigen IPRG 35 I).

### **5.2.2. Die einzelnen Anknüpfungsbegriffe**

#### **a) Allgemeines**

Die im IPRG gebräuchlichen Anknüpfungsbegriffe sind u.a. Wohnsitz, Sitz, Aufenthalt, Niederlassung, Staatsangehörigkeit, Belegenheit, Ort einer Handlung, Parteiwille und Forum. Sie sind daher persönlicher, territorialer oder funktioneller Natur.

Der Wohnsitz ist im Gesetz selbst definiert (IPRG 20 I a) und lehnt sich an ZGB 23 I an. Erforderlich ist daher der tatsächliche Aufenthalt, mit der Absicht des dauernden Verbleibens (bzw. der Lebensmittelpunkt). Ist kein Wohnsitz eruierbar, tritt der Aufenthaltsort als Anknüpfungskriterium an seine Stelle (IPRG 20 II). Der gewöhnliche Aufenthalt ist dort, wo eine Person sich normalerweise für eine gewisse Dauer aufhält (IPRG 20 I b).

Der Sitz einer Gesellschaft ist derjenige in den Statuten, subsidiär der Ort, an dem die Gesellschaft tatsächlich verwaltet wird (IPRG 21 II). Die Niederlassung einer natürlichen Person ist dort, wo sich der Mittelpunkt ihrer geschäftlichen Tätigkeit befindet (IPRG 20 I c). Für Zweigniederlassungen vgl. IPRG 21 III.

Bzgl. der Staatsangehörigkeit vgl. IPRG 23 f. Bei mehrfacher Staatsangehörigkeit ist diejenige massgebend, mit welcher die Person am engsten verbunden ist (z.B. Wohnsitz). Für Staatenlose und Flüchtlinge gilt der Wohnsitz als Anknüpfungspunkt anstelle der Staatsangehörigkeit (IPRG 24 III).

Bei der Belegenheit gilt der Ort der belegen Sache als Anknüpfungspunkt (vgl. IPRG 58 I d, 86 II etc.). Der bequemste Anknüpfungspunkt erfolgt am Ort des zur Entscheidung zuständigen Gerichts bzw. der zuständigen Behörde (lex fori, vgl. IPRG 16 II).

#### ***b)           Rechtswahl***

Durch die kollisionsrechtliche Verweisung (Parteiautonomie, Rechtswahl) werden die dispositiven und die zwingenden Normen einer objektiv auf einen Sachverhalt anwendbaren Rechtsordnung durch dispositive und zwingende Normen einer anderen - von den Parteien gewählten - Rechtsordnung ersetzt.

Die materiellrechtliche Verweisung ist eine Verweisung innerhalb des anwendbaren Sachrechts. Im Rahmen der ihnen durch diese Rechtsordnung (Sachrecht) verliehenen Befugnis, das Rechtsverhältnis frei zu gestalten (Vertragsfreiheit), bestimmen die Parteien die Regeln eines anderen Rechts zum Vertragsinhalt.

Die professio iuris bedeutet eine beschränkte Rechtswahl auf dem Gebiete des Erbrechts und stellt eine einseitige Willenserklärung des Erblassers dar (Art. 90 Abs. 2 i.V.m. Art. 91 Abs. 2 und Art. 87 Abs. 2 IPRG).

### **5.2.3.       Qualifikation und Anpassung**

Damit werden die Probleme bei der Auslegung des Verweisungsbegriffes und bei der folgenden Subsumtion bezeichnet. Die IPR-Regeln sollen zwar herkömmlich ausgelegt werden, doch sind die Systemunterschiede der verschiedenen Rechtsinstitute zu beachten. Anders gesagt sollte das Ziel nicht ausser Acht gelassen werden, dass man das adäquate Recht zu bezeichnen hat.

Die Anpassung dient der Korrektur von widersprüchlichen Ergebnissen, die daraus entstehen, dass verschiedene Rechtsordnungen, die nicht aufeinander abgestimmt sind, zur Anwendung kommen. Mit anderen Worten: es entstehen Normwidersprüche. Dies rührt daher, dass durch die kollisionsrechtliche Qualifikation Lebenssachverhalte in einzelne Rechtsfragen zerlegt werden, die unterschiedlichen Rechtsordnungen unterstehen können.

### **5.2.4.       Renvoi (IPRG 14)**

Die Haltung des ausländischen IPR, das entweder auf das Recht des Ausgangsstaates zurück- oder auf das Recht eines dritten Staates weiterverweist, nennt man Rück- oder Weiterverweisung; oder eben Renvoi. Bei Verweisung einer Kollisionsregel auf eine ausländische Rechtsordnung steht der Richter vor der Frage, ob er diese Rechtsordnung inklusive deren IPR berücksichtigen soll oder ob er direkt die Sachnormen anzuwenden hat.

Bei einer direkten Sachnormverweisung, findet keine Rück- oder Weiterverweisung statt („Es ist das ausländische Erbrecht anwendbar“). Eine Sachnormrückverweisung (Schweizer IPRG – Ausländisches IPRG – Schweizer Sachnormen) ist ebenfalls problemlos.

Problematisch ist, wenn das ausländische IPRG auf Schweizer IPRG rückverweist. IPRG 14 I besagt, dass eine Rückverweisung dann zu beachten ist, „wenn dieses Gesetz sie vorsieht“.

### **5.2.5. Der Zeitfaktor im IPR und die Ausnahmeklausel**

Für Änderungen des IPR sind die Grundsätze im jeweiligen Staat anwendbar, die für das intertemporale Privatrecht allgemein anwendbar sind. In der Schweiz sind dies SchIT ZGB 1-4. Die einschlägigen intertemporalen Regeln sind IPRG 196-199. Bei der Anwendung von fremdem IPR sind auch die „fremden“ Regeln über die intertemporalen Grundsätze anzuwenden (vgl. auch IPRG 13 I).

Die Ausnahmeklausel ist in IPRG 15 festgelegt. Wenn das Ergebnis der Anwendung des IPRG stossend ist, kann ein anderes Recht angewendet werden, sofern es in einem viel engeren Zusammenhang zur Sache steht. Anwendungsbeispiel ist der Statuten- bzw. Wohnsitzwechsel. Der Statutenwechsel wird nicht beachtet, wenn eine Norm es ausdrücklich vorsieht (z.B. Art. 55 IPRG), oder eine eigenmächtige Änderung des Anknüpfungsbegriffs zur Benachteiligung der anderen Partei führen würde.

## **5.3. *Anwendung des massgeblichen Rechts***

### **5.3.1. Anwendung des IPRG**

Das IPRG ist als Teil des Bundesprivatrechts von Amtes wegen anzuwenden (IPRG 16 I). Ebenfalls von Amtes wegen wird aufgrund des Renvoi oder der Sonderanknüpfungen (IPRG 19) das ausländische Recht IPR angewendet.

Wenn es um vermögensrechtliche Ansprüche geht, kann der Nachweis des ausländischen Rechtsinhaltes den Parteien überbunden werden (IPRG 16 I Satz 3). Der Richter ist aber dennoch nicht an die Parteivorbringen gebunden. Das ausländische Recht ist in all seinen Punkten anwendbar, wie der ausländische Richter es anwenden würde. Auch ausländisches Recht mit öffentlichem Charakter ist anwendbar (IPRG 13 Satz 2).

### **5.3.2. Adaption**

Es kann zur Situation kommen, dass durch Umstände bspw. Erbrecht des Staates A, und Güterrecht des Staates B anwendbar ist. Dieses Problem nennt man Anpassung (Adaption). Anpassungsprobleme sind im Schweizerischen Recht selten, da das IPRG dem Wohnsitz- bzw. dem Aufenthaltsprinzip folgt. Ergibt sich aber ein solches Problem, wird es durch die Nichtanwendung, Ergänzung, oder extensive Auslegung der Kollisionsregel gelöst, sodass im Extremfall nur noch ein ausländisches Recht anwendbar ist.

### **5.3.3. Die Vorfrage im IPR**

Unter Vorfragen versteht man im Allgemeinen Rechtsfragen, deren Beantwortung notwendige Voraussetzungen für die Beurteilung der hauptsächlich zu beantwortenden Rechtsfrage (Hauptfrage) ist. Vorfragen stellen sich in allen Bereichen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts. Im IPRG wird die Vorfrageproblematik durch die Anknüpfung an Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt entschärft, wie auch durch im IPRG enthaltene materielle Werturteile, also solche, die ein bestimmtes Ergebnis wie den Bestand der Ehe begünstigen.

### **5.3.4. Ordre Public**

Der ordre public ist eine Generalklausel, eine allgemeine Ermächtigung des Richters zur ausnahmsweisen Nichtanwendung fremden Rechts, das im Einzelfall zu einem krass ungerechten Ergebnis führen würde (vgl. IPRG 17). Die Norm wird angewendet, wenn die ausländische Rechtsnorm das einheimische Rechtsgefühl in unerträglicher Weise verletzen würde.

Der ausländische ordre public ist immer zu beachten, ausser er verstösst selbst gegen den Schweizerischen ordre public. Der ordre public schützt neben den grundlegenden Werten auch die Grundrechte und die wesentlichen Verfahrensrechte. Es herrscht die Auffassung, vom ordre public nur in sehr zurückhaltender Weise Gebrauch zu machen. Insbesondere wird vorausgesetzt, dass der Sachverhalt eine hinreichende Binnenbeziehung zur Schweiz bzw. zur schweizerischen Rechtsordnung aufweist.

Selbst staatsvertraglich vereinbarte Kollisionsregeln stehen unter dem Schutz des ordre public. In IPRG 61 III, 135 II und 137 II sind spezielle ordre public-Regeln erwähnt, an die der Richter gebunden ist. Die Frage des ordre public stellt sich auch bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen (indirekte Rechtsanwendung). IPRG 27 I regelt das Problem sinngemäss wie IPRG 17.

### **5.3.5. Gesetzesumgehung**

Wenn Private einen kollisionsrechtlichen Tatbestand schaffen, um einem sonst anwendbaren unerwünschten Rechtssatz auszuweichen, spricht man im IPR von einer Gesetzesumgehung. Im IPR ist nach überwiegender Lehrmeinung im Gegensatz zu ZGB 2 die Umgehungsabsicht erforderlich. Anwendungsfälle sind vor allem die Ausnützung des Formalismus mancher Verweisungsbegriffe oder bei Binnensachverhalten die Konstruierung der Anwendung des IPR, wenn es am Handlungsort anknüpft.

Zur Bekämpfung der Gesetzesumgehung wird herkömmlicherweise der ordre public angerufen, denn das Verbot des Rechtsmissbrauchs gehört zur schweizerischen öffentlichen Ordnung (vgl. daneben auch IPRG 18 und 19). Wo ein mit dem Sachverhalt wesentlich enger zusammenhängendes Recht durch Manipulation objektiver Anknüpfungen umgangen werden soll, hilft IPRG 15 I.

## **5.4.      *International zwingende Rechtsnormen***

### **5.4.1.    Lois d'application immédiate (Eingriffsnormen)**

Eingriffsnormen sind einzelne Rechtssätze oder Rechtssatzgruppen einer nationalen Rechtsordnung, welche selbst dann auf internationale Sachverhalte zwingend angewendet werden, wenn die ordentliche IPR-Kollisionsregel auf fremdes Recht verweist (IPRG 18). Der Vorrang ergibt sich aus der Spezialität der Rechtssätze. Anwendbar sind dadurch namentlich Schweizer Normen zur Bestimmung der Geisteskrankheit, der Urteilsfähigkeit oder der Mündigkeit. Die lois d'application immédiate greifen nur punktuell ein. Liegt eine solche vor, steht dem Richter kein Auslegungsspielraum mehr zu.

Fremde lois d'application immédiate sind selbstverständlich mit dem fremden Recht anzuwenden, sofern sie dem ordre public und den Eingriffsnormen entsprechen. Die Anwendung der Eingriffsnormen einer fremden Rechtsordnung, bei Nichtanwendung dieses ausländischen Rechts ist in IPRG 19 geregelt. Die Sonderanknüpfung daraus ist nur insofern gerechtfertigt, als sie zu einem sachgerechten Ergebnis führt.

### **5.4.2.    IPR-Sachnormen**

IPR-Sachnormen sind materielle Rechtssätze, welche den internationalen Sachverhalt ganz oder teilweise direkt regeln (z.B. IPRG 102 III). Sie begnügen sich nicht damit, wie Kollisionsregeln die eine oder andere Rechtsordnung als anwendbar zu bezeichnen. Vielmehr ordnen sie selber eine Rechtsfolge im Sinne einer Verteilung von Rechten und Pflichten der Privaten in internationalen Sachverhalten an. Sie können damit die Bedürfnisse des internationalen Handels und Rechtsverkehrs besonders gut berücksichtigen.

Es gibt Normen, die Sachverhalt mit einer tatsächlichen Beziehung zum Ausland leicht modifiziert behandeln (z.B. OR 84 II, 189 II, 485 I, SchKG 66 V). Überdies bestehen Normen, die nur auf eigentliche internationale Sachverhalte anwendbar sind (z.B. OR 515 III, VVG 22). Ferner gibt es IPR-Sachnormen in Staatsverträgen und internationalen Konventionen.

## **5.5.      *Internationales Zivilprozessrecht***

### **5.5.1.    Allgemeines**

IPR und IZPR ergänzen einander. In der Regel hat das IZPR Vorrang vor dem IPR. Das IPR eines Staates kommt nur dann zur Anwendung, wenn seine Gerichte zuvor für international zuständig erklärt wurden.

IZPR im weiten Sinn ist die Gesamtheit der Rechtssätze und Regeln, welche die zivilverfahrensrechtliche Behandlung von Sachverhalten mit Auslandberührung sowie weitere im Zivil- und Zwangsvollstreckungsverfahren auftretende Auslandsbeziehungen ordnen.

Das IZPR befasst sich mit folgenden Fragen:

- Internationale Entscheidungszuständigkeit der Gerichte und Behörden;
- Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen;
- Besonderheiten im Verlauf des Erkenntnisverfahrens;
- Rechtshilfe;
- Internationales Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht;
- Internationale Schiedsgerichtsbarkeit;
- Internationale freiwillige Gerichtsbarkeit.

### 5.5.2. Die internationale Zuständigkeit

Bevor die Zuständigkeit der Gerichte eines Staates bejaht werden darf, muss zuerst die Frage beantwortet werden, ob der Staat Gerichtshoheit hat, bzw. ob Immunität besteht. Die Prüfung ergeht von Amtes wegen. Ausländische Staaten haben nur Immunität, wenn sie hoheitlich handeln. Die Immunität internationaler Organisationen ergibt sich aus völkerrechtlichen Vereinbarungen.

Die internationale Zuständigkeit bedeutet die **Zuweisung der Entscheidungskompetenz über eine Streitsache mit Auslandsbezug an Gerichte oder Behörden eines bestimmten Staates**. Sie wird als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen geprüft. Die direkte Zuständigkeit ist die Entscheidungszuständigkeit (z.B. IPRG 129), während die indirekte Zuständigkeit die Anerkennung von ausländischen Urteilen darstellt (z.B. IPRG 149).

Die allgemeine Zuständigkeit ist der Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei (LugÜ 2, IPRG 2). Internationale Abkommen können aber auch alternative Zuständigkeiten vorsehen. Die zwingenden Zuständigkeiten sind in IPRG 5 f. geregelt. Ferner gibt es ausschliessliche Zuständigkeiten, deren Bestehen die Nichtanerkennung bzw. die Nichtvollstreckung ausländischer Urteile zur Folge haben (vgl. IPRG 5 I Satz 3, 6, 97, 111 II). Das IPRG sieht stellenweise eine subsidiäre Zuständigkeit vor, wenn sich die primäre Zuständigkeit nicht realisiert (z.B. IPRG 112 f.).

Von exorbitanten (sog. beziehungsarmen) Zuständigkeiten wird gesprochen, wenn dem Kläger für Klagen gegen Personen ohne inländischen Wohnsitz ein inländisches Forum zur Verfügung steht, obwohl der strittige Sachverhalt in keiner vernünftigen, weil zufälligen, Beziehung zum Forumstaat steht.



### **5.5.3. Widerklage und Gerichtsstandsvereinbarung**

Zur Widerklage s. IPRG 8. IPRG 10 bestimmt, dass vorsorgliche Massnahmen auch dann vom Schweizer Gericht getroffen werden können, wenn es sachlich nicht zuständig ist.

Bei der Gerichtsstandsvereinbarung ist zwischen der Prorogation (Begründung der Zuständigkeit des gewählten Gerichts) und der Derogation (Wegbedingung des ordentlichen Gerichts) zu unterscheiden. Die wichtigsten Zulässigkeitsvoraussetzungen nach schweizerischem IZPR sind die Beschränkung auf vermögensrechtliche Ansprüche (IPRG 5), auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis und ein genanntes Gericht (also Zürich anstatt Gerichte der Schweiz). Damit eine Gerichtsstandsvereinbarung nach IPRG 5 erfolgen kann, muss ausserdem ein internationales Verhältnis vorliegen, und die Vereinbarung darf nicht missbräuchlich sein. Für die Derogation ist IPRG 5 III zu beachten.

### **5.5.4. Das anwendbare Prozessrecht**

Es wird der Grundsatz vertreten, jedes Gericht habe das Prozessrecht des eigenen Staates anzuwenden (lex fori). IPRG 13 erfasst die Mitwirkung ausländischer Prozessrechtsnormen.

### **5.5.5. Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Entscheidungen**

IPRG 25 ff. umschreibt, unter welchen Voraussetzungen ausländische Entscheidungen in der Schweiz anerkannt und vollstreckbar erklärt werden. Mit der Vollstreckbarerklärung kommt dem ausländischen Entscheid die Qualität eines Schweizerischen zu. IPRG 27 nennt die Verweigerungsgründe, wegen denen die ausländischen Entscheide nicht anerkannt oder vollstreckt werden dürfen (u.a. ordre public).

### **5.5.6. Das Lugano-Übereinkommen**

Der Grundsatz lautet, dass jede natürliche oder juristische Person am Wohnsitz oder Sitz in einem Vertragsstaat eingeklagt werden kann und muss (LugÜ 2). LugÜ 5, 6 und 6a nennt alternative Gerichtsstände.

Sachlich ist das Übereinkommen in Zivil- und Handelssachen anwendbar (LugÜ 1 I). LugÜ 1 II beinhaltet ausserdem einen Negativkatalog, für dessen Punkte das LugÜ nicht anwendbar ist.

## 6. Grundzüge des Privatversicherungsrechts

### 6.1. *Allgemeines*

#### 6.1.1. Elemente

Ausgangspunkt der Versicherung ist das Sicherungsbedürfnis des Menschen, das heisst sein Bedürfnis, für sich oder seine Angehörigen eine wirtschaftlich sichere Zukunft zu schaffen angesichts der vielgestaltigen ständigen Gefahren, die ihn bedrohen. Da die Versicherung die Gefahren nicht verhindern kann, sollen damit nur die wirtschaftlichen Folgen gelindert werden und die Gefahrenrealisierung gleichmässig verteilt werden. Die Versicherung bezweckt also nicht die Schadensverhütung, die Gefahrenprophylaxe, sondern die Wiedergutmachung wirtschaftlicher Nachteile (**wirtschaftliches Element**).

Im Sinne eines **technischen Elementes** hat der Versicherer eine Risikoschätzung vorzunehmen, denn nur eine genügende Prämie gewährleistet, dass der Versicherer seinen Pflichten nachkommt. Entsprechend hat der Versicherer das Risiko nach Gefahrengemeinschaften zu verteilen. Organisatorisch muss der Versicherer als Aktiengesellschaft oder als Genossenschaft organisiert sein (VAG 11, **organisatorisches Element**).

Das finanzielle Element drückt sich in den einzelnen Prämienverfahren aus. Gemäss dem **Umlageverfahren** muss der Versicherer pro Rechnungsperiode (z.B. Kalenderjahr) nur über so viele Einnahmen verfügen, dass er die in dieser Periode fällig werdenden Verbindlichkeiten erfüllen kann. Die **Ausgaben werden somit laufend durch die Einnahmen gedeckt**. Das reine Umlageverfahren setzt voraus, dass der Versicherer nie liquidieren wird. Privaten Versicherern ist daher das Umlageverfahren aufsichtsrechtlich untersagt. Nach dem **Kapitaldeckungsverfahren** werden Ausgaben, die aus bestimmten Rechtsverhältnissen für die Zukunft zu erwarten sind, durch die Bereitstellung entsprechender Kapitalien vorausfinanziert. Dies ist notwendigerweise mit einer entsprechenden Fondsbildung verbunden. In der Privatversicherung finden vor allem das Rendendeckungsverfahren (Privatunfall- und Haftpflichtversicherung) sowie das Anwartschafts-Deckungsverfahren (Lebensversicherung) eine bedeutende Rolle.

#### 6.1.2. Rechtsquellen

##### a) *Privatrecht*

Im Vordergrund steht das Versicherungsvertragsgesetz (VVG). Es handelt sich um Vertragsrecht i.S. des Obligationenrechts (OR). Systematisch würde das VVG an die übrigen Verträge anschliessen, weshalb die allgemeinen Bestimmungen des OR (und ZGB) auch für den Versicherungsvertrag gelten müssen (vgl. VVG 100 I).

Die Aufsicht über die Versicherungen ist im Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG) geregelt. Es ist materiell dem EU-Recht kompatibel.

#### *b)           **Versicherungsbedingungen***

Relevant sind ebenso die Versicherungsbedingungen. Das VVG selbst dringt nicht in Einzelfragen ein. Es ist daher Sache der Versicherungsbedingungen, das Versicherungsverhältnis im Einzelnen zu ordnen.

In Wissenschaft und Praxis wird zwischen den **Allgemeinen und den Besonderen Versicherungsbedingungen unterschieden**. Die Allgemeinen Versicherungsbedingungen, abgekürzt AVB, enthalten den üblichen, generell zur Anwendung kommenden Vertragstext. Sie bilden also den typischen Inhalt eines Versicherungsvertrages der betreffenden Art. Die besonderen Versicherungsbedingungen, abgekürzt BVB, verfolgen den Zweck, die AVB in diesem oder jenem Punkte in Anpassung an die Besonderheiten des Einzelfalles zu ergänzen oder abzuändern.

### **6.1.3.    Gegenstand**

#### *a)           **Einteilung in Schadens- und Personenversicherung***

Diese Einteilung entspricht der Systematik des Gesetzes. **Schadensversicherung** liegt vor, wenn es für die Leistungspflicht des Versicherers auf einen Schaden ankommt. Bei der **Personenversicherung** ist vielmehr entscheidend, dass die versicherte Person überhaupt von einem Ereignis (Tod, Unfall, Krankheit) betroffen wird. Da das versicherte Ereignis bei der Personenversicherung in der Regel eine vertraglich festgelegte Summe auslöst, spricht man gelegentlich auch von **Summenversicherung**.

#### *b)           **Einteilung in Versicherungsarten***

##### **i.            Sachversicherung**

Unter dem Begriff Sachversicherung werden diejenigen Versicherungen zusammengefasst, **bei denen Sachen den Gegenstand des Versicherungsvertrages bzw. des Versicherungsschutzes bilden**. Beispiele von Sachversicherungen sind vor allem die Feuerversicherung sowie die Transportversicherung. Ferner kommen die Diebstahlversicherung, Maschinenversicherung, Autokaskoversicherung, Viehversicherung und Glasversicherung in Betracht.

##### **ii.           Vermögensversicherung**

Bei der Vermögensversicherung ist **das Vermögen als abstrakter Begriff versicherter Gegenstand**. Wesentlich ist, dass das Vermögen einer bestimmten Person eine Schädigung erfahren hat. Sobald eine bestimmte Sache zerstört oder beschädigt wird bzw. verloren geht, liegt vielmehr eine Sachversicherung vor. In Betracht fällt neben

der Betriebsunterbrechungsversicherung (Chömageversicherung) auch die Hagelversicherung. Gegenstand der Versicherung sind nicht etwa die Bodenerzeugnisse mit ihrem Sachwert, sondern das Vermögen des Versicherten.

### iii. **Personenversicherung**

In der Personenversicherung ist eine Person Gegenstand der Versicherung; sie ist dem befürchteten Ereignis ausgesetzt. Beispiele sind die Lebens- und die Unfallversicherung, soweit es sich nicht um die für Arbeitnehmer obligatorische Unfallversicherung gemäss UVG handelt.

## 6.2. *Der Versicherungsvertrag*

### 6.2.1. **Allgemeines**

Der Versicherungsvertrag ist ein Vertrag nach dem Obligationenrecht mit den Abweichungen des VVG. Er ist zusammengefasst ist **ein Vertrag, bei dem der Versicherer dem Versicherungsnehmer Entgelt (Prämie) eine Vermögensleistung verspricht für den Fall, dass ein bestimmter Gegenstand (Person, Sache, Vermögen) von einem bestimmten Gefahrereignis betroffen wird.**

### 6.2.2. **Beteiligte Personen**

Neben den Parteien sind oftmals gebundene **Versicherungsagenten** sowie **Versicherungsbroker** vorhanden. Erstere sind als Agenten (OR 418 a ff.) von der Versicherung angestellt und vermitteln oder schliessen die Verträge direkt ab. Die Versicherung hat für den Agenten einzustehen (VVG 34, vgl. OR 101). Im Gegensatz zum Versicherungsagenten, der die Interessen des Versicherers zu wahren hat, wird der Versicherungsbroker in erster Linie als **Berater und Ratgeber für Risikofinanzierungslösungen für den Versicherungsnehmer tätig**. Die Brokervereinbarung (Rechtsverhältnis zwischen Versicherungsnehmer und Versicherungsbroker) ist ein Innominatkontrakt.

### 6.2.3. **Merkmale und Zustandekommen des Versicherungsvertrages**

Objektiv wesentlich ist die Gefahr, bei deren Verwirklichung die Leistung des Versicherers geschuldet ist. Sie muss zwingend realisierbar sein. Wesentlich sind auch das Objekt, das von der Versicherungsgefahr bedroht ist (Gegenstand des Vertrages), sowie die Leistungen der Parteien und die Dauer des Vertrages. Inhalt können weiter die subjektiv wesentlichen Vertragspunkte sein.

Der Versicherungsvertrag kommt wie im OR durch Antrag und Annahme zustande. Grundsätzlich bestehen keine Formvorschriften, wobei allerdings die AVB solche vorsehen

können. Speziell ist, dass nach VVG 1 III der Antrag vom Versicherungsagent rechtswirksam entgegengenommen werden kann (vgl. auch VVG 44 III). Ferner müssen die AVB übergeben werden (VVG 3 II). Wird der Antrag, einen bestehenden Vertrag zu verlängern oder abzuändern oder einen suspendierten Vertrag wieder in Kraft zu setzen, vom Versicherer nicht binnen 14 Tagen, vom Empfang an gerechnet, abgelehnt, gilt er als angenommen. Ist nach Massgabe der allgemeinen Versicherungsbedingungen eine ärztliche Untersuchung erforderlich, so gilt der Antrag als angenommen, wenn er vom Versicherer nicht binnen vier Wochen, vom Empfang an gerechnet, abgelehnt wird. Der Antrag, die Versicherungssumme zu erhöhen, fällt nicht unter diese Bestimmung.

Die **Gebundenheit des Antragstellers** ordnet VVG 1 zunächst hinsichtlich des Beginns abweichend vom OR. Die Gebundenheit des Antragstellers beginnt nach OR mit dem Zeitpunkt, in dem der Antrag beim Adressaten eintrifft. Gemäss VVG beginnt dagegen die Gebundenheit des Antragstellers nicht erst in diesem Zeitpunkt. **Der Antragsteller ist vielmehr schon gebunden, wenn er den Antrag dem Agenten übergibt bzw. ihn an den Versicherer oder seinen Agenten absendet** (VVG 1 III). Im Unterschied zum OR sieht das VVG für die Dauer ferner andere Fristen vor. VVG 1 I setzt eine Bindungsfrist von vierzehn Tagen für Versicherungsanträge im Allgemeinen. Eine vierwöchige Frist (VVG 1 II) gilt dagegen für Anträge, die auf den Abschluss einer Versicherung mit ärztlicher Untersuchung gerichtet sind (Lebensversicherung, Krankenversicherung).

#### 6.2.4. Die Versicherungspolice

##### a) *Allgemeines*

Die Police ist eine Vertragsurkunde, welche die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Parteien umschreibt. Das VVG verpflichtet den Versicherer in VVG 11 I, dem Versicherungsnehmer eine Police auszuhändigen, welche die Rechte und Pflichten der Parteien feststellt. Dies ist auch der **Zweck** der Police. Die Police ist eine **Beweisurkunde**. Stimmt der Inhalt der Police oder der Nachträge zu derselben mit den getroffenen Vereinbarungen nicht überein, hat der Versicherungsnehmer binnen vier Wochen nach Empfang der Urkunde deren Berichtigung zu verlangen, widrigenfalls ihr Inhalt als von ihm genehmigt gilt (VVG 12).

Bei der Auslegung gelten die allgemeinen Regeln. Zu beachten ist, dass das VVG in Art. 33 die Unklarheitenregel statuiert. Diese ist aber bereits im Vertrauensprinzip enthalten, weshalb der Norm keine eigenständige Bedeutung zukommt.

##### b) *Hauptpflichten des Versicherers*

Die Hauptpflicht des Versicherers ist die Versicherungsleistung. Sie wird vier Wochen nach der Meldung der Gefahrenereignis fällig (VVG 41 I). Diese sog. Deliberationsfrist dient dazu, dass der Versicherer die notwendigen Abklärungen machen kann, wie und inwiefern er leistungspflichtig ist. VVG 38 I schreibt dem Anspruchsberechtigten vor, dass er, **unverzüglich sobald er vom Eintritt des befürchteten Ereignisses und von seinem Anspruch aus der Versicherung Kenntnis erlangt, den Versicherer benachrichtigen muss** (vgl. dazu auch VVG 4 ff.). Ohne die Anzeige kann keine Fälligkeit eintreten.

Eine besondere Regelung greift für den Fall Platz, dass der Anzeigepflichtige die Anzeigepflicht in betrügerischer Weise verletzt hat. VVG 38 III bestimmt, dass der Versicherer an den Vertrag nicht gebunden ist, wenn der Anspruchsberechtigte die unverzügliche Anzeige in der Absicht unterlassen hat, den Versicherer an der rechtzeitigen Feststellung der Umstände, unter denen das befürchtete Ereignis eingetreten ist, zu hindern. Wurden Tatsachen nicht mitgeteilt, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern würden, ist dieser nicht mehr an den Vertrag gebunden (VVG 40).

Nach VVG 41 II sind Vertragsabreden rechtsunwirksam, kraft derer der Versicherungsanspruch erst nach Anerkennung durch den Versicherer oder nach rechtskräftiger Verurteilung fällig werden soll.

VVG 46 setzt für Forderungen aus dem Versicherungsvertrag (nicht nur Ansprüche, sondern alle Forderungen) eine **Verjährungsfrist von zwei Jahren** fest. Entscheidend für den Beginn der Verjährungsfrist ist vielmehr der Eintritt der die Leistungspflicht begründenden Tatsache. Die Bestimmungen des OR über den Stillstand und die Unterbrechung sind anwendbar (VVG 100).

- Unfallversicherung: Tag des Unfalls.
- Invalidität aus einem Unfall: Tag, an dem die Invalidität mit Sicherheit angenommen werden kann.
- Rechtsschutzversicherung: Tag des Bedarfes des Rechtsschutzes.
- Haftpflichtversicherung: Die Haftpflichtversicherung hat den haftpflichtigen Versicherten auch für Haftpflichtansprüche zu schützen, die erst nach Jahren entstehen oder gestellt werden. Dies erfordert, dass man den Beginn der Verjährung nach VVG 46 I hinsichtlich der Haftpflichtversicherung weit hinausschiebt. Als Tatsache im Sinne dieser Bestimmung sei daher die rechtskräftige Verurteilung des versicherten Haftpflichtigen zu Schadenersatz bzw. die gerichtliche oder aussergerichtliche Vereinbarung über die Haftpflichtansprüche oder deren Anerkennung zu bezeichnen.
- Rentenansprüche: Tag des Unglückes; das Recht, die einzelnen Leistungen zu erhalten, verjährt dagegen in der ordentlichen Frist von 10 Jahren.
- Krankentaggelder: z.B. Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit.

### c) *Hauptpflicht des Versicherungsnehmers*

Die Hauptpflicht des Versicherungsnehmers ist die Prämienzahlung. VVG 20 f. stellen für den Verzug in der Prämienzahlung eine **Sonderordnung gegenüber dem OR** auf. Zum Schutze des Versicherungsnehmers erschwert VVG 20 einmal die Voraussetzungen des Schuldnerverzuges. Die **Mahnung muss einen bestimmten, näher umschriebenen Inhalt haben** (v.a. Fälligkeit der Leistung, Umfang der Säumnisfolgen). Mit der Mahnung ist eine 14tägige **Mahnfrist** zu verbinden.

Andererseits werden zum Schutze des Versicherers die Wirkungen des Schuldnerverzuges verschärft. Der **Verzug zieht für den Prämienschuldner nach VVG weit schwerere Folgen nach sich als nach OR, indem die Leistungspflicht des Versicherers in**

**diesem Moment ruht.** Der Verzug tritt ein, wenn die Prämie bis zum Ablauf dieser Mahnfrist nicht bezahlt wird. Für Ereignisse, die sich während der Dauer der Mahnfrist zutragen, ist daher der Versicherer voll haftbar. Der **Verzug tritt nicht ein, wenn der Prämienschuldner die Prämienzahlung schuldlos versäumt und sofort nach Beseitigung des Hindernisses nachholt** (VVG 45 III).

Ist der Vertrag infolge Verzuges suspendiert und fordert der Versicherer die Prämie nicht binnen 2 Monaten seit dem Eintritt des Verzuges rechtlich ein, so wird angenommen, dass der Versicherer unter Verzicht auf die Bezahlung der rückständigen Prämie vom Vertrag zurücktritt (VVG 21 I). Bei Rücktritt verliert der Versicherer seinen Anspruch auf Bezahlung der rückständigen Prämie. Statt vom Vertrag zurückzutreten, kann der Versicherer den Versicherungsnehmer zur Erfüllung anhalten.

Wird die rückständige Prämie vom Versicherer während der Frist von 2 Monaten nach dem Verzug eingefordert oder nachträglich noch angenommen, so tritt der in Bezug auf die Leistungspflicht des Versicherers suspendierte Vertrag mit dem Zeitpunkt, in dem die Prämie samt Zinsen und Kosten bezahlt wird, ohne weiteres wieder in Kraft (VVG 21 II).

### **6.3.      *Versicherungsfall und Regress***

#### **6.3.1.    Rechtliche Bedeutung**

##### **a)           *Absichtliche Herbeiführung des Versicherungsfalles***

Der Eintritt des befürchteten Ereignisses löst den Anspruch auf die Versicherungsleistung (Versicherungsanspruch) aus.

Für den Fall der **absichtlichen Herbeiführung** des befürchteten Ereignisses durch den Versicherungsnehmer oder Anspruchsberechtigten schreibt VVG 14 I vor, dass der **Versicherer nicht haftet**. Blosser Eventualvorsatz genügt für VVG 14 I nicht (vgl. VVG 15). Nach VVG 14 II tritt im Falle einer grobfahrlässigen Herbeiführung des befürchteten Ereignisses durch den Versicherungsnehmer oder Anspruchsberechtigten eine **Reduktion** der Versicherungsleistung ein.

##### **b)           *Schuldhafte Herbeiführung durch Hausgenossen, Angestellte oder Arbeiter***

Trifft den Versicherungsnehmer kein Verschulden, wird der VR leistungspflichtig, unabhängig davon, ob der Erfolg durch die Hausgenossen, Angestellten oder Arbeiter schuldhaft herbeigeführt wurde (vgl. VVG 14 III und IV). Bezieht sich aber ein grobes Verschulden des Versicherungsnehmers auf die Aufnahme, Anstellung, Instruktion oder Beaufsichtigung einer oben genannten Person, ist der Anspruch zu kürzen. Die gemeinrechtlichen Haftungsgrundsätze gemäss OR 55 I und 101 sind ausgeschaltet.

Hat eine der in VVG 14 genannten Personen gemäss einem **Gebote der Menschlichkeit** gehandelt und dadurch das befürchtete Ereignis herbeigeführt, so haftet der Versicherer in vollem Umfange (VVG 15). Die Verschuldensfrage stellt sich hier überhaupt nicht. Ob

tollkühn, ohne jede Vorsicht und Überlegung, oder ob mit bzw. ohne Aussicht auf Erfolg gehandelt wird, darf nach VVG 15 nicht untersucht werden.

### c) *Teilschaden*

Unter **Totalschäden** sind befürchtete **Ereignisse zu verstehen, die den Eintritt eines weiteren befürchteten Ereignisses ausschliessen**. Beispiele: vollständige Zerstörung oder Verlust von Sachen; Tod in der Lebensversicherung, Ganzinvalidität in der Unfallversicherung. Liegt ein Voll- oder Totalschaden vor, so ist der Eintritt eines weiteren befürchteten Ereignisses ausgeschlossen. Die Leistung des Versicherers ist infolgedessen objektiv unmöglich geworden (vgl. OR 119 I).

VVG 42 I bestimmt Folgendes: "Ist nur ein **Teilschaden** eingetreten und wird dafür Ersatz beansprucht, so ist der Versicherer wie der Versicherungsnehmer berechtigt, spätestens bei der Auszahlung der Entschädigung vom Verträge zurückzutreten." Wird der Vertrag gekündigt, so erlischt die Haftung des Versicherers 14 Tage, nachdem der anderen Partei die Kündigung mitgeteilt wurde (VVG 42 II). Tritt der Versicherungsnehmer vom Verträge zurück, so bleibt dem Versicherer aber der Anspruch auf die Prämie für die laufende Versicherungsperiode gewahrt (VVG 42 III).

### 6.3.2. Subrogation des Schadensversicherers gemäss VVG 72

Gemäss VVG 72 I **geht der Ersatzanspruch, der dem Anspruchsberechtigten gegenüber Dritten aus unerlaubter Handlung zusteht, insoweit auf den Versicherer über, als dieser Entschädigung geleistet hat**. Diese Bestimmung steht im Abschnitt über die Schadensversicherung und ist ausschliesslich auf die Sachversicherung zugeschnitten. Massgebend ist die tatsächlich erfolgte Leistung. Voraussetzung ist die Erfüllung von OR 41; eine Kausalhaftung reicht nicht aus zur Anwendung von VVG 72.

Nach VVG 72 II ist der Anspruchsberechtigte für jede Handlung, durch die er das Regressrecht seines Versicherers verkürzt, verantwortlich; er kann durch eine solche Handlung schadenersatzpflichtig werden.