
BASLER KOMMENTAR

Honsell · Vogt · Wiegand (Hrsg.)

Obligationenrecht I

Art. 1–529 OR

6. Auflage



Helbing Lichtenhahn Verlag

Vorwort zur sechsten Auflage

Wie schon die Voraufgaben wurde auch die fünfte Auflage des Kommentars von Praxis und Lehre wohlwollend aufgenommen und in Judikatur und Literatur häufig verwendet und zitiert. Dies bestätigt erneut die grosse Beliebtheit und praktische Bedeutung auch dieses Bandes des Basler Kommentars. Die vorliegende Neuauflage gewährleistet erneut Aktualität und praktische Verwendbarkeit des Kommentars in einem sich immer rascher wandelnden Umfeld, dem sich auch das Obligationenrecht anzupassen hat. Änderungen im Gesetz wurden berücksichtigt (namentlich die Revision der Verjährung bei der Sachmängelgewährleistung). Rechtsprechung und Literatur sind auf den neusten Stand gebracht.

Auch im Lichte der stets wachsenden juristischen Literatur haben wir das bewährte und erfolgreiche Konzept beibehalten: Die Kommentierung soll die dogmatischen Grundlinien des Obligationenrechts sichtbar, aber auch die Fülle der Kasuistik verfügbar machen.

Wir hoffen, dass sich auch die sechste Auflage weiterhin als nützliches Hilfsmittel für die Praxis erweist. Für Anregungen und Kritik sind wir dankbar.

Wir danken allen Autorinnen und Autoren für ihre Mitarbeit. Unser Dank gilt auch dem Helbing Lichtenhahn Verlag, namentlich Frau lic. iur. Joëlle Monney und Herrn Dr. Men Haupt, für die sorgfältige und kompetente Betreuung auch dieses Kommentarbandes.

Zürich und Bern, Sommer 2015

Die Herausgeber
Heinrich Honsell
Nedim Peter Vogt
Wolfgang Wiegand

Inhaltsverzeichnis

	Art.	Seite
Vorwort		V
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren		VII
Inhaltsverzeichnis		IX
Abkürzungsverzeichnis		XIII
Literaturverzeichnis		XXXVII
 Einleitung vor Art. 1 ff.		 3
 Erste Abteilung: Allgemeine Bestimmungen	 1–183	 33
Erster Titel: Die Entstehung der Obligationen	1–67	33
Erster Abschnitt: Die Entstehung durch Vertrag	1–40g	33
Zweiter Abschnitt: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen	41–61	317
Dritter Abschnitt: Die Entstehung aus ungerechtfertigter Bereicherung	62–67	454
Zweiter Titel: Die Wirkung der Obligationen	68–113	507
Erster Abschnitt: Die Erfüllung der Obligationen	68–96	507
Zweiter Abschnitt: Die Folgen der Nichterfüllung	97–109	572
Dritter Abschnitt: Beziehungen zu dritten Personen	110–113	654
Dritter Titel: Das Erlöschen der Obligationen	114–142	691
Vierter Titel: Besondere Verhältnisse bei Obligationen	143–163	813
Erster Abschnitt: Die Solidarität	143–150	813
Zweiter Abschnitt: Die Bedingungen	151–157	829
Dritter Abschnitt: Haft- und Reugeld, Lohnabzüge, Konventionalstrafe	158–163	852
Fünfter Titel: Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme	164–183	873
 Zweite Abteilung: die einzelnen Vertragsverhältnisse	 184–529	 1077
Sechster Titel: Kauf und Tausch	184–238	1077
Erster Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen	184–186	1077
Zweiter Abschnitt: Der Fahrniskauf	187–215	1115
Dritter Abschnitt: Der Grundstückskauf	216–221	1224
Vierter Abschnitt: Besondere Arten des Kaufes	222–236	1253
Fünfter Abschnitt: Der Tauschvertrag	237–238	1283
Siebenter Titel: Die Schenkung	239–252	1291

Inhaltsverzeichnis

		Art.	Seite
Achter Titel:	Die Miete	253–274 <i>g</i>	1335
Erster Abschnitt:	Allgemeine Bestimmungen	253–268 <i>b</i>	1353
Zweiter Abschnitt:	Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen und andern missbräuchlichen Forderungen des Vermieters bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen	269–270 <i>e</i>	1518
Dritter Abschnitt:	Kündigungsschutz bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen	271–273 <i>c</i>	1580
Vierter Abschnitt:	Behörden und Verfahren	274–274 <i>g</i>	1631
Achter Titel^{bis}:	Die Pacht	275–304	1633
Neunter Titel:	Die Leihe	305–318	1693
Erster Abschnitt:	Die Gebrauchsleihe	305–311	1697
Zweiter Abschnitt:	Das Darlehen	312–318	1711
Zehnter Titel:	Der Arbeitsvertrag	319–362	1771
Erster Abschnitt:	Der Einzelarbeitsvertrag	319–343	1806
Zweiter Abschnitt:	Besondere Einzelarbeitsverträge	344–355	2164
	A. Der Lehrvertrag	344–346 <i>a</i>	2164
	B. Der Handelsreisendenvertrag	347–350 <i>a</i>	2181
	C. Der Heimarbeitsvertrag	351–354	2194
	D. Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften	355	2202
Dritter Abschnitt:	Gesamtarbeitsvertrag und Normalarbeitsvertrag	356–360 <i>f</i>	2202
	A. Gesamtarbeitsvertrag	356–358	2202
	B. Normalarbeitsvertrag	359–360 <i>f</i>	2236
Vierter Abschnitt:	Zwingende Vorschriften	361–362	2255
Elfter Titel:	Der Werkvertrag	363–379	2263
Zwölfter Titel:	Der Verlagsvertrag	380–393	2433
Dreizehnter Titel:	Der Auftrag	394–418 <i>v</i>	2469
Erster Abschnitt:	Der einfache Auftrag	394–406	2469
Erster Abschnitt ^{bis} :	Auftrag zur Ehe- oder zur Partnerschaftsvermittlung	406 <i>a</i> –406 <i>h</i>	2543
Zweiter Abschnitt:	Der Kreditbrief und der Kreditauftrag	407–411	2585
Dritter Abschnitt:	Der Maklervvertrag	412–418	2590
Vierter Abschnitt:	Der Agenturvertrag	418 <i>a</i> –418 <i>v</i>	2607
Vierzehnter Titel:	Die Geschäftsführung ohne Auftrag	419–424	2647
Fünfzehnter Titel:	Die Kommission	425–439	2677
Sechzehnter Titel:	Der Frachtvertrag	440–457	2717

Inhaltsverzeichnis

	Art.	Seite
Siebzehnter Titel: Die Prokura und andere Handlungsvollmachten	458–465	2773
Achtzehnter Titel: Die Anweisung	466–471	2795
Neunzehnter Titel: Der Hinterlegungsvertrag	472–491	2831
Zwanzigster Titel: Die Bürgschaft	492–512	2885
Einundzwanzigster Titel: Spiel und Wette	513–515a	2983
Zweiundzwanzigster Titel: Der Leibrentenvertrag und die Verpfändung	516–529	2999
 Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht (Produkthaftpflichtgesetz, PrHG)	 1–14	 3021
 Bundesgesetz über Pauschalreisen (PRG)	 1–20	 3073
Erster Abschnitt: Begriffe	1–2	3075
Zweiter Abschnitt: Prospekte	3	3081
Dritter Abschnitt: Information des Konsumenten	4–5	3082
Vierter Abschnitt: Inhalt des Vertrages	6	3086
Fünfter Abschnitt: Preiserhöhungen	7	3087
Sechster Abschnitt: Wesentliche Vertragsänderungen	8–10	3089
Siebter Abschnitt: Annullierung der Pauschalreise	11	3092
Achter Abschnitt: Nichterfüllung und nicht gehörige Erfüllung des Vertrages	12–16	3093
Neunter Abschnitt: Abtretung der Buchung der Pauschalreise	17	3104
Zehnter Abschnitt: Sicherstellung	18	3106
Elfter Abschnitt: Zwingendes Recht	19	3108
Zwölfter Abschnitt: Referendum und Inkrafttreten	20	3108
 Sachregister		 3109

Erste Abteilung: Allgemeine Bestimmungen

Erster Titel: Die Entstehung der Obligationen

Erster Abschnitt: Die Entstehung durch Vertrag

Vorbemerkungen zu Art. 1–40f

Literatur

BÄRTSCHL, Verabsolutierte Relativität – die Rechtsstellung des Dritten im Umfeld von Verträgen, Habil. Zürich 2009; BUCHER, Überblick über die Neuerungen des Wiener Kaufrechts; dessen Verhältnis zur Kaufrechtstradition und zum nationalen Recht, in: Bucher (Hrsg.), Wiener Kaufrecht: der schweizerische Aussenhandel unter dem UN-Übereinkommen über den internationalen Warenkauf: Berner Tage für die juristische Praxis, Bern 1991, 13 ff. (<www.eugenbucher.ch> Nr. 55) (zit. Überblick); DERS., Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht? Referat für den Schweizerischen Juristenverein [1983], ZSR 1983, 316 ff. (zit. ZSR 1983); DERS., «Drittwirkung der Grundrechte»? – Überlegungen zu «Streikrecht» und «Drittwirkung» i.S. von BGE 111 II 245–259, SJZ 1987, 37–47 (<www.eugenbucher.ch> Nr. 41) (zit. SJZ 1987); DERS., Rechtsüberlieferung und heutiges Recht, ZEuP 2000, 508 ff. (<www.eugenbucher.ch> Nr. 29 und Nr. 75) (zit. ZEuP 2000); DERS., Nicht «Kontrahierungspflicht» – Schon eher Schutz vor Boykott; zu BGE 129 III 35 ff. (7.5.2002; 4C.297/2001), recht 2003, 101–115 (<www.eugenbucher.ch> Nr. 83) (zit. recht 2003); BYDLINSKI, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, AcP 180 (1980), 1 ff.; ERNST, Der Beschluss als Organakt, Liber amicorum für Detlef Leenen, Berlin 2012, 1 ff.; EULAU, Verleitung zum Vertragsbruch und Ausnutzung fremden Vertragsbruchs, Diss. Zürich 1976; GROSSEN, La responsabilité du tiers complice de la violation d'un contrat, in: FS für Wilhelm Schönenberger, Freiburg 1968, 121 ff.; HONSELL, 100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, ZSR 2011 II, 5 ff.; KOZIOL, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte, Wien 1967; ROGGWILLER, Der «wichtige Grund» und seine Anwendung in ZGB und OR, Diss. Zürich 1957; SCHLUEP, Von der Kontrahierungspflicht der kartellähnlichen Organisationen, WuR 1969, 193 ff.

I. Bedeutung der Privatautonomie

Das Privatrecht ordnet die Beziehungen zwischen Privaten, setzt dabei aber voraus, dass diese ihre gegenseitigen Beziehungen in **Selbstbestimmung** und **Selbstverantwortung** selber angemessen gestalten können. In den Privatrechtskodifikationen ist die **Privat-(Vertrags-) autonomie** von grundlegender Bedeutung und deren Gewährleistung in allen zivilisierten Gegen- 1 den selbstverständlich.

Allerdings kann der Gesetzgeber **Verträge mit verwerflichem** (widerrechtlichem oder sittenwidrigem) **Inhalt** oder mit **übermässiger Bindungswirkung** nicht anerkennen (Art. 20 OR, Art. 27 ZGB; s. N 10). Auch im Bereich der zulässigen Verträge bleibt es Aufgabe des Gesetzgebers, den schwächeren Vertragspartner zu schützen. Die Möglichkeiten des Privatrechts sind jedoch beschränkt; es muss darauf abstellen, dass der Bürger seine Angelegenheiten selber angemessen zu ordnen in der Lage ist (jedenfalls, soweit er die im ZGB geregelte Geschäfts- 2 fähigkeit aufweist).

Die Rechtsordnung als Ordnung menschlichen Verhaltens tritt in Normen entgegen; das Wesen der **Privatautonomie** wird dementsprechend als **«Selbst-Gesetzgebung»** der Privaten verstanden, deren reguläre Erscheinungsform der *Vertrag* ist (s. aber N 73 ff. und insb. N 84 zum heute auch das Vertragsrecht beherrschenden Wirkungsprinzip). Klassischen Ausdruck gibt dieser Auffassung der CC fr. (Art. 1134 Abs. 1): *«Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.»* 3

- 4 **Schuldverträge** i.S.v. **Verpflichtungsgeschäften** begründen *Pflichten* und korrespondierende Rechte der Parteien, beschränken jedoch *nicht* deren *Können*. Die vertraglich begründete Pflicht, mit einem Dritten nicht zu kontrahieren, stellt die Möglichkeit, dies trotzdem zu tun, nicht in Frage, so wenig als der Verkauf einer Sache hindert, dieselbe ein weiteres Mal gültig zu verkaufen (vgl. Art. 27 Abs. 1 ZGB und BK-BUCHER, Art. 27 ZGB N 30–89).

II. Vertragsfreiheit

- 5 Die im OR in umfassendem Sinn verwirklichte **Vertragsfreiheit** heisst vorab Folgendes:

1. Abschlussfreiheit

- 6 Niemand ist verpflichtet, einen bestimmten Vertrag zu schliessen; dieser selbstverständliche, in den Gesetzen kaum je ausdrücklich statuierte Grundsatz ist Ausfluss der Regelung, dass ein Vertrag allein auf **Initiative** der Parteien hin zustande kommt (zum Vorbehalt gegenüber dem apodiktischen Primat der Willensfreiheit s. N 73 ff.).
- 7 **Kontrahierungspflichten** werden durch öffentlich-rechtliche Sondernormen begründet, so etwa für Transportunternehmen oder Energielieferanten im Rahmen der den Betrieb ermöglichenden *öffentlich-rechtlichen Konzession*, durch das Gesetz für Angehörige bestimmter zulassungspflichtiger Berufe. Aus dem kartellrechtlichen Verbot des Wettbewerbsausschlusses bzw. unzulässiger Wettbewerbsbehinderung gem. Art. 5 KG kann sich u.U. indirekt eine Kontrahierungspflicht ergeben. Dazu SCHLUEP, WuR 1969, 193 ff.

Aus privatrechtlichen Vorschriften kann sich gelegentlich indirekt ein *Kontrahierungszwang* ergeben; etwa Art. 650, 694, 710 ZGB, unter bestimmten Voraussetzungen Art. 28 ZGB. Vgl. weiterhin ENGEL, traité, 81; BYDLINSKI, AcP 1980, 1 ff. Kontrahierungspflicht schliesst regelmässig auch mehr oder weniger die Vertragsinhaltsfreiheit aus und verpflichtet zum Vertragsschluss zu Tarifpreisen, allgemein üblichen Konditionen und dgl., andernfalls die Abschlusspflicht durch Preisüberforderung unterlaufen werden könnte.

Eine *generelle Kontrahierungspflicht* kann **nicht** aus **privatrechtlichen Allgemeingrundsätzen**, etwa aus dem Persönlichkeitsschutz von Art. 28 ZGB, oder gar aus Verfassungsprinzipien abgeleitet werden; so zutreffend BGE 80 II 26 im Fall des Filmkritikers Selig; eine Kontrahierungspflicht lässt sich in **Ausnahmefällen** aus dem Verbot der Persönlichkeitsverletzung durch Boykott mittelbar begründen (BUCHER, SJZ 1987, insb. 42). Zu dieser Frage auch BGE 129 III 35 (dazu BUCHER, recht 2003, 101 ff.).

Durch gewöhnlichen Schuldvertrag kann der Abschluss eines oder mehrerer künftiger Verträge unter den gleichen oder anderen Partnern zur Pflicht erhoben werden; dies die sog. *Vorverträge* (Art. 22).

2. Freiheit der Partnerwahl

- 8 Niemand ist gehalten, das günstigste Angebot zu berücksichtigen, den bestqualifizierten Bewerber anzustellen. Gelegentlich wird diese Freiheit vom **Gesetzgeber** eingeschränkt, so etwa durch das Vorkaufsrecht des Miteigentümers (Art. 682 Abs. 1 ZGB).

3. Freiheit, einen geschlossenen Vertrag aufzuheben oder zu ändern

- 9 Zur Vertragsfreiheit gehört die Möglichkeit der Parteien, einen einmal geschlossenen Vertrag durch gegenläufige Abmachung (**contrarius actus**) ganz oder teilweise aufzuheben oder durch einen anderen Vertrag zu ersetzen (s. insb. Art. 115).

4. Freiheit inhaltlicher Gestaltung der Verträge (Art. 19 Abs. 1)

Es gilt allgemein der Grundsatz, dass die Parteien ihre Verträge beliebig ausgestalten dürfen, aber auch, dass sie grundsätzlich alles und jedes, das sich für vertragliche Absprache eignet, vertraglich regeln können, «der **Inhalt des Vertrages** kann innerhalb der Schranken des Gesetzes **beliebig festgestellt** werden» (Art. 19 Abs. 1). Als «gesetzliche Schranken» fallen hier einerseits das zwingende Gesetzesrecht des OR, anderseits privatrechtliche Generalklauseln (Art. 27 ZGB; Art. 20 OR) in Betracht. In Sonderbereichen (*Arbeitsrecht*, *Mietrecht*, durch öffentlich-rechtliche Eingriffe «*gelenkte*» *Wirtschaft* usw.) wird diese allgemeine Regel durch (hier nicht zu untersuchende) gesetzliche Sondererlasse ausgeschaltet.

Vertragsfreiheit bezieht sich nicht bloss auf den *Vertragsinhalt* (d.h. die gegenseitigen Pflichten der Parteien), sondern kann auch die Folgen der Pflichtverletzung erfassen (dazu u. N 19) und im Rahmen der verfahrensrechtlichen Möglichkeiten die Gerichtsbarkeit bestimmen (Begründung der Zuständigkeit eines an sich nicht zuständigen Gerichts durch Gerichtsstandsklauseln, die Vereinbarung der Zuständigkeit des Handelsgerichts, eines Schiedsgerichts usw.). Auch die *Vertragsentstehung* als solche können die Parteien für die Zukunft Regeln unterwerfen: Festschreiben der Gültigkeit mündlicher Abreden oder (häufiger) deren Unbeachtlichkeit, Fixierung (inhaltlich und personell) der Kompetenz zum Vertragsschluss, Notwendigkeit der Genehmigung seitens höherer Instanzen oder Dritter usw.

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit begründet die *Vermutung*, dass *gesetzliche Vertrags-Inhaltsregeln*, wie sie v.a. im Besonderen Teil angetroffen werden, nicht zwingendes, sondern *dispositives Recht* darstellen, d.h. von den Parteien durch anderslautende Vereinbarung ausgeschaltet werden können.

5. Typenfreiheit

Art. 19 Abs. 1 ist Ausdruck der Regel, dass die Parteien, um einen Vertrag zu schliessen, sich **nicht** eines der **gesetzlichen Typen** des Besonderen Teils bedienen müssen, sondern Verträge schliessen können, die sich *keinem bestimmten Typus zuordnen* lassen. Zur methodischen Handhabung derartiger Verträge s. N 41 ff.

Als Folge der **Typenfreiheit** sind folgende Formen von Verträgen möglich;

- Verträge, die sich überhaupt keinem gesetzlichen Typus zuordnen lassen;
- Verträge, die zwar Verwandtschaft mit einem gesetzlichen Typus haben, ohne sich diesem ganz unterzuordnen, und die daher bloss in einem Teil der sich stellenden Fragen den Regeln des Typus unterstellt werden können;
- Verträge, die gleichzeitig Elemente zweier verschiedener Typen aufweisen (z.B. Sachleistung gegen Dienstleistung);
- Verträge, die Zwischenformen darstellen zwischen gesetzlichen Typen und die nicht ohne Gewalt sich dem einen oder anderen Typus zuordnen lassen, dies m.E. mit der Wirkung, dass je nach dem sich stellenden Problem die Regeln des einen oder anderen Typus heranzuziehen sind, um den Vorstellungen der Parteien bei Vertragsschluss gerecht zu werden;
- Verträge, die *Unikate* darstellen, d.h. sich weder in die Nähe eines gesetzlichen Vertragstyps rücken lassen noch in der Praxis durch regelmässiges Vorkommen eine extralegale Typizität entwickeln.

Zur Behandlung der sich der Typenzuordnung entziehenden Verträge s. N 41–47.

Die das OR beherrschende *Typenfreiheit* macht vermutungsweise die Regeln des «Besonderen Teils» **insgesamt zu nachgiebigem Recht**, zu einer *Summe dispositivrechtlicher Regeln*; diesen gegenüber treten zwingende Normen zurück und stellen sich als Ausnahmen dar: Zwingende Regeln sind wesensmässig auf bestimmte Vertragstypen bezogen, deren Geltung auf diese beschränkt, sodass es nur im Rahmen genau abzugrenzender Vertragsarten überhaupt möglich ist, (insgesamt nicht häufig) zwingendes Recht auszumachen. – Der Grundsatz

der **Formfreiheit** (Abwesenheit allgemein geltender zwingender Formvorschriften; Art. 11) ist seinerseits Ausfluss der Typenfreiheit.

- 14 Spiegelt das *Vertragsrecht des Allgemeinen Teils* in seinem Kern *naturrechtliches Gedanken- gut* der Aufklärungszeit, ist der Besondere Teil mit seinem **Vertragstypen-Katalog** eine Fort- setzung *romanistischer Tradition*. Zwischen der Statuierung einzelner Vertragstypen einer- seits und dem Grundsatz der Typenfreiheit, welcher deren Benützung freistellt, besteht ein *Spannungsverhältnis*. Schwierigkeiten, wie sie sich bei der Zuordnung von Verträgen in Grenzbereichen stellen, gehen auf das Zusammentreffen zweier sich im Grundansatz wider- sprechender Prinzipien zurück. Zu Methodenfragen vgl. N 42–46.

6. Entbehrlichkeit der Angabe eines Verpflichtungsgrundes

- 15 Ausfluss der Vertragsfreiheit ist auch die Möglichkeit, vertragliche Forderungen bzw. Pflich- ten zu begründen, **ohne** einen dieselben rechtfertigenden **«Rechtsgrund»** zu vereinbaren (so explizit Art. 17).

7. Freiheit der Bestimmung der Bindungswirkung

a) Allgemeines

- 16 Verträge im eigentlichen Wortsinn sind rechtlich bindend, d.h. für den Fall nicht freiwilliger Erfüllung mit rechtlichen Sanktionen (Schadenersatzpflicht, evtl. Realexekution) bedroht. Nicht nur ist der erkennbare Bindungswillen (Verpflichtungswillen) ein selbständiges Erfor- dernis der Vertragsentstehung (dazu Art. 1 N 29), sondern es steht den Parteien frei, das **Aus- mass** der **Bindungswirkung** ihrer vertraglichen Vereinbarung zu regeln (z.B. als *Abschwä- chung* eine Beschränkung der Klagbarkeit bis hin zu deren gänzlichem Ausschluss (N 18), zur *Verstärkung* Vereinbarung von Konventionalstrafen und dgl., N 19).

b) Hinweis: Vereinbarungen ohne Bindungswillen

- 17 Abmachungen, die nicht bindend sein sollen, obwohl sie auf einem Konsens beruhen und möglicherweise mühsam ausgehandelte Einzelregelungen enthalten, fallen **ausserhalb** des **Vertragsbegriffs**, können aber trotzdem praktische Bedeutung haben (*Gentlemen's Agree- ments*, viele *Kartellabsprachen* und dgl. werden von den Parteien ohne Rechtszwang, aber in Erwartung, die Gegenseite werde die Vereinbarung ebenfalls einhalten, beachtet). Grenzfälle, d.h. Vereinbarungen mit *begrenztem Bindungswillen*, sind denkbar: Ein *memorandum of un- derstanding*, von einer Muttergesellschaft bez. eines Vertragsvorhabens einer Tochtergesell- schaft, wenn nicht gar von einer Regierungsstelle im Zusammenhang eines in ihrem Bereich ansässigen Unternehmens, soll zusichern, dass der Erklärende Rahmenbedingungen schaffen bzw. erhalten will, welche die Vertragsabwicklung ermöglichen oder fördern, wobei die im Falle der Nichterfüllung verfallenden Sanktionen oft unklar sind. *«Patronatserklärungen»* (dazu Einl. vor Art. 1–40f N 109; Art. 111 N 35) mögen da noch einen Schritt weitergehen und – etwa im Hinblick auf eine Kreditgewährung durch den Erklärungsempfänger an eine Tochtergesellschaft des Erklärenden – das Bestehen deren Zahlungsfähigkeit oder dgl. zusi- chern. Ein *«letter of intent»* («Absichtserklärung») wird etwa im Hinblick auf den Abschluss eines angestrebten Vertrages abgegeben werden, wobei dieser nicht bloss für die Auslegung des nachträglich geschlossenen Hauptvertrages bedeutsam sein kann, sondern möglicher- weise selbständige Pflichten zu dessen Vorbereitung (Kostentragung betr. Vorbereitungsarbei- ten, Mitwirkungs- oder Aufklärungspflichten bei der Projekterarbeitung, Geheimhaltung usw.) statuiert und dann Vertragscharakter erlangt.

c) Vereinbarungen mit einseitiger Bindung

Die *Bindungswirkungen* eines Vertrages können unter verschiedenen Gesichtspunkten relativiert sein. So kann die Geltung des ganzen Vertrages oder einzelne der in ihm statuierten Pflichten unter eine Bedingung gestellt werden (Art. 151–157). Insbesondere ist es auch möglich, dass **bloss** die **eine Partei Vertragsbindung** übernimmt, während die andere in ihrer Entscheidung, ob sie den Vertrag abwickeln (bzw. in Geltung setzen) will, frei bleibt (so, wenn beim Verkauf einer Sache die Vertragsabwicklung ins Belieben des Verkäufers gestellt wird: Liefert dieser, so muss der Käufer abnehmen und bezahlen, ohne selber einen Lieferungsanspruch zu besitzen. Oder umgekehrt die Entscheidungsbefugnis des Käufers: Der Verkäufer muss liefern, wenn der Käufer abruft).

8. Freiheit der Bestimmung der Pflichtverletzungsfolgen

Die Parteien können vertraglich die **Folgen der Pflichtverletzung** festsetzen und dabei von den gesetzlich vorgesehenen Sanktionen abweichen. Es kann die Vertragsbindung verstärkt werden, so etwa durch Vereinbarung von Konventionalstrafen (Art. 160–163), es können aber auch die Sanktionen der Nichterfüllung herabgesetzt werden: Zu denken vorab an den *Ausschluss der Realexekution*, womit die Verletzungsfolgen auf *Schadenersatz beschränkt* werden. Dies gilt regelmässig bei vertraglich begründeten Unterlassungspflichten (Konkurrenzverboten). Dies sollte m.E. auch bei *Vorverträgen* angenommen werden (dazu Art. 22, insb. N 33 ff.) und ist ebenso bei sämtlichen der Realexekution zugänglichen Verpflichtungen (insb. Sachleistungspflichten) möglich. Sodann ist es grundsätzlich möglich, die aus Sekundärpflichten zu begrenzen, d.h. den vertraglichen Schadenersatz zu limitieren. – Gänzlicher Ausschluss von Ersatzfolgen für einen oder beide Partner ist ebenfalls möglich; vgl. dazu N 16 ff.

Nota: Die **Regel von Art. 100**, welche dem Wortlaut nach die Wegbedingung der Haftung für vorsätzliche Nichterfüllung ausschliessen würde, darf nur auf «positive Vertragsverletzung» (auf Schaden, der bei der Erfüllung zugefügt wird oder aus Schlechterfüllung folgt) bezogen werden, *nicht* dagegen auf Wegbedingung der Schadenersatzpflicht resultierend aus *Nichterfüllung*. Letzteres ist nichts anderes als die, wie gesehen, zulässige Wegbedingung der Erfüllungspflicht (wer sagen darf: «Ich will frei bleiben, zu liefern oder nicht», muss auch sagen können: «Verpflichte mich, zu liefern, will aber nicht ersatzpflichtig werden, wenn ich nicht liefere»).

III. Vertrag als dominierendes Instrument privatautonomer Rechtsgestaltung

Privatautonomie besteht praktisch nur als **Vertragsautonomie**. Die Möglichkeit freier Rechtsgestaltung bezieht sich auf das Instrument zweiseitiger (allenfalls mehrseitiger) Rechtsgeschäfte (Verträge), selten nur auf einseitige Verpflichtungserklärungen. Dies wird im Gesetz nicht ausdrücklich formuliert, sondern folgt aus dessen qualifiziertem Schweigen, das kaum Möglichkeit einseitiger Selbstbindung vorsieht. Rechtsgestaltung durch **einseitiges Rechtsgeschäft** ist nur ausnahmsweise und im Falle einer klaren rechtlichen (gesetzlichen oder vertraglichen) Grundlage möglich. Vertraglich begründet sind einseitige Rechtsgestaltungsmöglichkeiten wie Verrechnung, Wahlrechte, Kündigungsrechte und dgl.; auf Gesetz beruhen die testamentarische Verfügungsbefugnis, das Wandelungsrecht des Käufers (Art. 205 Abs. 1), durch wertpapierrechtliche Geschäfte oder, nach heutiger Auslegung, die Auslobung etc. i.S.v. Art. 8 (vgl. dort) begründete Obligationen usw.; im Sachenrecht mögen Dereliktion und Okkupation als einseitige Rechts-(Verfügungs-)geschäfte verstanden werden. Zum **Beschluss** vgl. grundlegend ERNST, I ff.

Eine Partei kann nicht bei irgendwelchen (ausserhalb eines Prozesses abgegebenen) *einseitigen schuldanererkennenden Zugeständnissen* oder Zugaben behaftet werden, es sei denn, die

Gegenpartei habe den in der Zugabe zum Ausdruck gelangenden Standpunkt ihrerseits akzeptiert und damit einen (den Parteien als solcher oft nicht ins Bewusstsein tretenden) Vertrag geschlossen (vgl. dazu auch etwa Art. 347 ff. ZPO). **Schulderlass** kann nicht durch einseitige Erklärung, sondern nur durch *Schulderlassvertrag* bewirkt werden (so explizit Art. 115). Bei einer ausserprozessualen Zugabe, aus einem streitigen Schuldverhältnis einen bestimmten Betrag zu schulden, kann man nur behaftet werden, wenn die Gegenpartei ihrerseits ihre Forderung auf den anerkannten Betrag reduziert und damit einen Vertrag (i.S. eines Vergleichs) entstehen lässt. Wer eine Forderung beziffert (z.B. eine Rechnung aussendet), ist an den Fakturabetrag nur gebunden, wenn die Gegenpartei diese anerkennt und damit zwischen den Parteien ein Erlassvertrag hinsichtlich einer allfälligen Mehrforderung zustande kommt; bei Bestreitung der Faktura ist dagegen Mehrforderung zulässig.

IV. Einteilung der Verträge

1. Verpflichtungs- und Verfügungsverträge

- 22** Im Vordergrund des Vertragsrechts stehen die pflichtenbegründenden **Schuldverträge**. Ihnen als sog. **Verpflichtungsgeschäfte** werden die **Verfügungsgeschäfte** gegenübergestellt. Diese beruhen ebenfalls auf Parteivereinbarung, begründen jedoch nicht neue Rechte und Pflichten, sondern greifen in den Bestand bereits bestehender Rechte (und Pflichten) ein, indem sie diese verändern, übertragen, beschränken oder untergehen lassen. Somit ist der Begriff des umstrittenen *dinglichen Vertrages* (der an den Bestand dinglicher Rechte rührt) sinnvoll und zwangsläufig gegeben (so wie hier LIVER, SPR V/1, Basel 1977, 318 f.; ZK-HAAB, Art. 714 ZGB N 13–35. Vgl. auch BK-BUCHER, Art. 12 ZGB N 46 m.w.Nw.; a.M. ZK-SIMONIUS, Art. 714 ZGB N 36 ff.; BK-GIGER, Art. 184 OR N 12). Zu den **Statusverträgen** vgl. N 65 u. 70.

Nota: Der **Begriff** des *contract* des englischsprachigen Rechtsbereichs erfasst wesensmässig nur Schuldverträge, während für die auch dort vorkommenden Verfügungsgeschäfte ein zusammenfassender Oberbegriff fehlt.

- 22a** Die **Regeln des OR** sind primär auf die Schuldverträge ausgerichtet. Die Regeln über die Erfüllung der Obligationen (Art. 68 ff.) oder die Pflichtverletzungsfolgen (Art. 97 ff.) sind bei den Verfügungsgeschäften gegenstandslos, da der von den Parteien verfolgte Zweck der Rechtsveränderung durch den Akt des Vertragsschlusses selber bewirkt wird. Da Verfügungsgeschäfte zweiseitige Rechtsgeschäfte darstellen, ist deren Gültigkeit grundsätzlich nach den allgemeinen (auf Schuldverträge ausgerichteten) Vertragsregeln (vorab den Art. 1–40f) zu beurteilen. Immerhin sind (bisher nicht hinreichend untersuchte) einschränkende Voraussetzungen zu beachten, so vorab etwa *Bedingungsfeindlichkeit*, *fehlende Widerruflichkeit* usw., die indessen nicht allgemein behandelt werden können, sondern fallweise im Zusammenhang der Verfügungswirkung zu betrachten sind.

2. Einteilung nach der Verteilung der vertraglichen Leistungspflicht

a) Einseitig und zweiseitig verpflichtende Verträge

- 23** Im häufigsten Fall ist der **Vertrag** (d.h. Schuldvertrag) **zweiseitig verpflichtend**, d.h. jede der Parteien erhält Rechte eingeräumt und übernimmt Pflichten. Aufgrund der Vertragsfreiheit sind neben diesen *contractus bilaterales* indessen auch *einseitig* verpflichtende Verträge (*contractus unilaterales*) möglich. Als wichtigste Bsp. erscheinen Schenkung, Bürgschaft, wechselseitige Verpflichtung, d.h. Geschäfte, die durchwegs speziellen Formvorschriften unterliegen.

b) Synallagmatische Verträge als Sonderfall der beidseitig verpflichtenden Verträge

Innerhalb der **beidseitig verpflichtenden Verträge** werden traditionellerweise als **Sondergruppe** ausgesondert die *wesentlich* zweiseitigen oder *synallagmatischen* Verträge (*contractus bilaterales aequales*). Deren Wesen wird darin erblickt, dass die beidseitig zu erbringenden Leistungen in einem Austauschverhältnis (Synallagma) stehen (so Kauf, Miete, Arbeits- und Werkvertrag). Bei den verbleibenden unvollkommen zweiseitigen Verträgen (*contractus bilaterales inaequales*) sind die zu erbringenden Leistungen nicht Entgelt der Leistung der anderen Partei (so die Rückleistungspflicht beim Darlehen, der Verwendungsersatz bei den verschiedenen Auftragstypen). 24

Die **Bedeutung der Unterscheidung** liegt darin, dass wichtigste vertragsrechtliche Behelfe auf synallagmatische Verträge beschränkt bleiben (bei welchen das Gesetz von «zweiseitigen Verträgen» spricht: Art. 82/83, Art. 107/109, Art. 119 Abs. 2). Der Erkenntniswert der Unterscheidung soll nicht überschätzt werden: Bei Art. 82 und 119 folgt die Beschränkung der Anwendung auf synallagmatische Verträge, soweit gerechtfertigt, aus der Sachlogik; bei Art. 107–109 ist umgekehrt die Beschränkung der zur Verfügung gestellten Behelfe auf die synallagmatischen Verträge nicht durchwegs gerechtfertigt. 25

3. Schuldverträge und «Handgeschäfte»; beidseitig erfüllte und erst abzuwickelnde Verträge

Im **Regelfall des Schuldvertrages** schuldet nach dessen Abschluss mindestens eine der Parteien noch eine Leistung. Als Gegensatz hiezu die Gruppe der *Handgeschäfte*, bei denen Vertragsschluss und beidseitige vollständige Erfüllung zeitlich zusammenfallen. Bedeutsamer als dieser Gegensatz ist die Unterscheidung von bereits erfüllten und den erst noch abzuwickelnden Verträgen (im englischen Sprachbereich *executed contracts* bzw. *executory contracts*). Diese Differenzierung der Vertragswirkungen wird auch im römischen Recht berücksichtigt (das *pactum* ist zwar nicht Klagegrund, wohl aber Einredetatbestand gegenüber einer Rückforderung, damit ein Grund des Behaltens). Die Voraussetzung einer Preisvereinbarung beim Kauf sollte z.B. auf *executory contracts* (d.h. den Streit um das Bestehen eines Vertrages vor dessen Abwicklung) beschränkt bleiben (vgl. Art. 1 N 25 f.). 26

Nach **vollständiger Abwicklung** sind gewöhnliche Verträge den Handgeschäften gleichzustellen. Sie bleiben rechtlich bedeutsam als Rechtfertigung der erbrachten Leistungen im Falle eines Bereicherungs- oder Vindikationsanspruchs des einen Partners; es sind aber auch rechtliche Nachwirkungen in Form von Gewährleistungs- oder Garantieansprüchen denkbar. 27

4. Nominat- und Innominatkontrakte

Von **Nominatkontrakten** spricht man vorab, um den Gegensatz zu den **Innominatkontrakten** zu bezeichnen. Sie machen den statistischen Normalfall jener Verträge aus, die sich einem Vertragstypus des Besonderen Teils des OR (Art. 184 ff.) zuordnen lassen und damit in der Tradition des römischen Kontraktsystems stehen. Bei den aufgrund der Vertragstypenfreiheit ebenfalls zulässigen *Innominatkontrakten* ist diese Zuordnung nicht möglich. Innerhalb letzterer sollen als Sondergruppe jene Verträge abgesondert werden, die keine Unikate (dazu N 41 ff.) darstellen, sondern sich einem in der Rechtstradition und Praxis herausgestellten Typus zuordnen lassen (*Trödelvertrag*, *Lizenzvertrag*, *Factoring*, *Franchising*, *Leasing*, *Optionsvertrag*, *Vergleich*, *Kontokorrent-Vertrag* und unzählige weitere; dazu BUCHER, BT, 25 ff.). 28

5. Ziel- und Dauerschuldverhältnisse

Das Gesetz ist im Allgemeinen Teil vorab auf **Zielschuldverhältnisse** ausgerichtet, die durch Leistungsaustausch in begrenzter Zeit abgewickelt werden und in diesem Sinne *punktuellen* 29

Charakter haben. Demgegenüber schaffen **Dauerschuldverhältnisse** (Auftrag, Arbeitsvertrag, Miete und Leihe; evtl. Darlehen usw.) Rechtsbeziehungen auf lange, oft unbestimmte Dauer, ohne dass die vertraglichen Leistungen einem zeitlichen Schwerpunkt zugeordnet werden könnten.

- 30 Gemeinschaftlich** ist den Dauerschuldverhältnissen, dass deren *Beendigung* geregelt sein muss: Einerseits die ordentliche Beendigung bei Ablauf der im *Voraus bestimmten Zeitperiode*, oder aber durch vertraglich oder von Gesetzes wegen vorgesehene *Kündigung*. Diesen ordentlichen Möglichkeiten der Auflösung tritt zur Seite die Generalklausel der Auflösung «aus wichtigem Grund» im Falle unzumutbarer aussergewöhnlicher Umstände; vgl. etwa Art. 266g, 297, 337, 337b, 346 Abs. 2, Art. 545 Ziff. 7, Art. 577; ROGGWILLER, *passim*; BGE 128 III 428 E. 3 und 4; 97 II 66 E. 7. Es besteht in der Schweiz (wie unter dem BGB) die Tendenz zur Verallgemeinerung, d.h. aus wichtigem Grund eine ausserordentliche Kündigung (sei dies mit sofortiger Wirkung oder nach Ablauf einer vom Gericht anzusetzenden Frist) bei allen Dauerschuldverhältnissen zuzulassen.

V. Typisierung der möglichen Vertragsobligationen

1. Allgemeines

- 31** Im Hinblick auf die von den Parteien vertraglich zu erbringenden Leistungen lassen sich **Kategorien** bilden. Ansatzpunkt ist die bereits in Rom angetroffene Unterscheidung zwischen *dare* – *facere* – *praestare* (Geben – Tun – Gewährleisten; so GAIUS IV.2), wobei die Gegenüberstellung von Sachleistungen (*dare*, Hauptbeispiel Kauf) und persönlichen Leistungen (*facere*, Bsp. Arbeitsvertrag, Auftrag usw.) vorerst im Mittelpunkt steht.

2. Pflicht zu Sachleistungen (*dare*)

- 32** Die **Sachverschaffungspflicht** wird oft als Sonderfall des Tuns (vgl. N 31, 36) verstanden, geht aber darüber hinaus, da nicht vorab Tätigwerden, sondern vielmehr dessen Erfolg (Übergang der Verfügungsmacht über eine bestimmte Sache auf den Gläubiger) geschuldet wird. **Dare** erfasst alle Rechtsverschaffung (d.h. auch Forderungsabtretung, Übertragung von Immaterialgüterrechten, und wohl auch Schulderrlass). Es wird ein rechtlicher Erfolg geschuldet und die Leistungserbringung erfolgt durch Verfügungsgeschäft, setzt daher Geschäftsfähigkeit des Erfüllenden sowie dessen Verfügungsmacht über das betroffene Recht voraus.
- 33** **Sachleistungspflichten** zerfallen in *Stück-* und *Gattungsschulden*, die sich (wie oft verkannt) nicht durch die Natur der geschuldeten Sache als vielmehr durch die vertragliche *Umschreibung des Leistungsgegenstandes* unterscheiden: **Stückschuld** (*Speciesschuld*) bezieht sich auf einen individualisierten Gegenstand, den zu übereignen der Schuldner verpflichtet ist; das Objekt der Leistungspflicht wird durch eine Verweisung auf die Sache festgelegt, während bei **Gattungsschuld** (*Genusschuld*) das Leistungsobjekt durch eine Gattungsbeschreibung einerseits, Quantitätsangabe andererseits bestimmt ist. Die in der kontinentalen Tradition überlieferte Vorstellung des Gattungskaufs orientiert sich an naturgeschaffenen Gattungen; im englischen Sprachbereich verzichtet man auf diese Einschränkung; *sale by description* ist der Kauf unter Bestimmung des Kaufobjekts durch Beschrieb, womit neben den naturgeschaffenen Gattungen auch gleichermassen industrielle Massenprodukte wie auch nach technischem Beschrieb herzustellende Unikate erfasst werden. Diese zeitgemässere und künftig vorzuziehende Betrachtungsweise bestimmt insb. das WKR bzw. CISG.

Nota: Während bei der Gattungsschuld die Angabe der **Sacheigenschaft** begriffsnotwendig, d.h. eine Gattungsschuld ohne diese nicht denkbar ist, fehlt eine solche grundsätzlich bei der Stückschuld, die in einem blossen Fingerzeig bestehen kann («diese Sache», «der Inhalt» dieses oder jenes Behältnisses oder dgl.); so gehört denn beim Stückkauf im traditionellen Sinne

die Qualität des zu liefernden Kaufobjekts nicht zum Vertragsinhalt und ist nicht Gegenstand der Verkäuferpflicht (wenn sie auch in vielen Zusammenhängen heutzutage aufgrund des Vertragsverständnisses der Parteien, unter dem WKR von Gesetzes wegen, eine neben diese hinzutretende Sekundärpflicht darstellt).

Geld wird traditionell als bewegliche Sache betrachtet, und die Eigentumsübertragung folgt 34 den sachenrechtlichen Grundsätzen der Fahrnisübereignung (krit. HONSELL, ZSR 2011 II, 67 f.). Diese sind hingegen unanwendbar auf unkörperliche Zahlungsmittel wie namentlich Forderungsgeld (Konto-Guthaben bei Banken, Post usw.) und im bargeldlosen Zahlungsverkehr, der immer mehr an die Stelle der Geldwirtschaft im traditionellen Sinne tritt (vgl. SCHÖNLE, Ort und Zeit bargeldloser Zahlung, FS für Winfried Werner, 1984, 826 ff.; WEBER, Probleme der bargeldlosen Erfüllung von Geldschulden, SJZ 1982, 137–145; BK-WEBER, Art. 74 OR N 122–128).

Die *Umlauffähigkeit* des **Noten- und Münzgeldes** ist durch die entsprechende Sondergesetz- 35 gebung bestimmt, die für Münzen Höchstgrenzen festsetzen kann. Derzeit müssen von den sog. Scheide- oder Umlaufmünzen (derzeit Stücke von 1, 2 und 5 Franken; 5, 10, 20 und 50 Rappen; Münzverordnung vom 12.4.2000 [MünzV; SR 941.101]) insgesamt bis 100 Stück an Zahlung genommen werden, während Noten unbeschränkt anzunehmen sind (Art. 3 des BG vom 22.12.1999 über die Währung und die Zahlungsmittel [WZG; SR 941.10]). Der Gläubiger ist nicht zur Leistung von Wechselgeld verpflichtet; aus Brauchtum kann fallweise das Gegenteil folgen.

3. Pflicht zu persönlicher Leistung (*facere*)

Über das persönliche Verhalten (**facere**), zu dem sich jemand durch einen Vertrag verpflichtet, lässt sich wenig Allgemeines aussagen. Zu unterscheiden ist vorab der mögliche positive oder negative Inhalt, je nachdem, ob man sich zu **Tun** oder **Unterlassen** verpflichtet. Die Pflicht zu einem Tun muss, andere Absprache vorbehalten, nicht persönlich erfüllt werden (Art. 68), Unterlassungspflichten treffen den Verpflichteten persönlich (und allein ihn; Verpflichtung eines Dritten würde dessen Ermächtigung zur Stellvertretung beim Abschluss des pflichtbegründenden Vertrages erfordern). Die Verletzung der Unterlassungspflicht liegt in einem Tun. Die Annahme von Verzug (*mora*) im eigentlichen Wortsinn kommt hier nicht in Betracht; der Grundgedanke des Verzugs, wonach der Schuldner nur im Bewusstsein seiner Vertragspflicht und evtl. nach Abmahnung seitens des Gläubigers in Vertragssanktionen verfällt, müsste allerdings auch hier gewährleistet werden (d.h. Verletzungssanktionen evtl. erst nach erfolgter Abmahnung). – **Dulden** ist eine besondere Form des Nicht-Tuns, nämlich des Unterlassens von rechtl. Widerstand, der an sich zu Gebote stünde. Duldungspflichten bedeuten Gestatten von fremdem Eingreifen in den eigenen geschützten Rechtsbereich; vertraglich werden sie z.B. begründet durch Lizenzverträge. Zur Pflicht zum Abschluss eines Schuldvertrages (Vorvertrag) vgl. Komm. zu Art. 22. 36

4. Pflicht zur Erfolgs-Gewährleistung (*praestare*)

Während die Bedeutung des **praestare** in den Quellen umstritten ist und der entsprechende 37 Begriff des Gewährleists in der modernen Theorie der Obligationen keinen festen Platz hat, ist diese Kategorie als Gegensatz zur Pflicht des *facere* heute mehr denn je bedeutsam. Alle Verträge streben einen bestimmten Erfolg an, der regelmässig nur mit menschlichem Tätigwerden erreicht wird; Grundsatzfrage ist es daher, was Vertragsschuld darstellt: Das auf den fraglichen Erfolg gerichtete Tätigwerden oder aber der Erfolg selber. Erst die Kategorie der **Gewährleistung** ermöglicht die Beschreibung der **Erfolgsverschaffungspflicht** mit der für sie charakteristischen Tragung der Gefahr des Misserfolgs und allenfalls aus einer Organisationsverantwortung. Die Pflichten des Unternehmers beim Werkvertrag (Art. 363–379) lassen sich nicht auf eine Pflicht zum Tätigwerden zurückführen, sondern nur mit dem *erfolgs-*

bezogenen Begriff des Gewährleistens beschreiben, der erst eine Abgrenzung gegenüber den auf Tätigwerden gerichteten Verträgen (Arbeitsverträge, Auftrag, evtl. Gesellschaftsvertrag) usw. ermöglicht.

VI. Beschränkung der Vertragswirkungen auf die Parteien

- 38 Es ist eine Selbstverständlichkeit, dass der Vertrag nur für die an ihm beteiligten Parteien Recht macht und Dritte durch ihn weder verpflichtet werden noch aus ihm Ansprüche ableiten können (dazu jüngst BÄRTSCHL, *passim*). Während das anglo-amerikanische Recht bei dieser Feststellung grundsätzlich stehen bleibt (die dort alte Regel **privity of contract**, die auf der Ebene des englischen *common law* immer noch in Geltung steht und nur punktuell durch Sondererlasse durchbrochen wird), haben die kontinentalen Rechtsordnungen erkannt, dass das Prinzip bloss hinsichtlich vertraglicher *Pflichten* notwendig ist, dagegen nichts entgegensteht, vertragsfremden Dritten *Rechte zu geben*. Deshalb auf dem Kontinent seit langem die Zulassung von Verträgen *zugunsten Dritter* (Art. 112) wie auch die *Abtretung* vertraglicher Ansprüche (Art. 164–174).
- 39 Die Regel, dass Verträge nur die Parteien binden, bedeutet nicht nur, dass man durch Verträge Dritter nicht verpflichtet wird, sondern sich um deren Existenz nicht zu kümmern braucht. Die **Ausnützung des Vertragsbruchs** eines anderen ist daher im Regelfall nicht rechts- oder sittenwidrig (z.B. Kauf einer vom Verkäufer bereits einem Dritten verkauften, wenn auch nicht gelieferten Sache, Abschluss eines Arbeitsvertrages mit einem unter Konkurrenzverbot stehenden Arbeitnehmer). Zur Diskussion steht, unter welchen Voraussetzungen vom Dritten ausgehendes, eigentliches aktives Verleiten zum Vertragsbruch eine sittenwidrige Schädigung i.S.v. Art. 41 Abs. 2 darstellt (dazu GROSSEN, 121 ff.; KOZIOL, *passim*; EULAU, *passim*; CAVIN, SPR VII/1, Basel 1977, 22). Unerachtet dessen muss der Grundsatz, dass eine *res inter alios acta* unbeachtlich ist, d.h. dass man aus einem Vertrag Dritter für sich niemals etwas ableiten kann, sich aber um diesen auch nicht zu kümmern braucht, weiterhin hochgehalten werden; Verpflichtetwerden durch Abmachungen Dritter muss, wenn überhaupt, auf seltene, genau umrissene Ausnahmefälle beschränkt bleiben.

VII. Mehrstufige Verträge

- 40 Insbesondere bei komplizierten Transaktionen werden oft die vertraglichen Pflichten durch eine Reihe von Vereinbarungen geregelt, die ihrerseits je auf unabhängiger Konsensbildung beruhen, **insgesamt** sich jedoch zu einem **Vertragsgebäude** zusammenfügen. Parteien können «Rahmenverträge» («Grundverträge», «Basisverträge», «Kooperationsverträge» oder dgl.; englisch etwa «framework-contract») schliessen, mit denen sie die Grundlage ihrer künftigen Geschäftsverbindung schaffen wollen; vorbehalten bleibt der Abschluss zusätzlicher gesonderter Verträge bezüglich der einzelnen vorgesehenen Transaktionen («Einzelverträge», «Objektverträge» oder dgl.). Bei grossen Vertragsvorhaben mögen sodann verschiedene in einer hierarchischen Über- und Unterordnung stehende Verträge geschlossen werden (zuoberst eine «Grundsatzvereinbarung»/«Basic Agreement», die einem «Hauptvertrag»/«Main Contract» übergeordnet sein mag, dem wiederum – vielleicht ihrerseits in verschiedene Stufen zerfallende – technische Vereinbarungen, «Anhänge»/«Annexe» usw. untergeordnet sind). Die einzelnen Verträge sind als Bestandteil des gesamten Vertragswerkes zu interpretieren, wobei im Falle von Widersprüchen es nicht immer leicht sein mag festzustellen, welche Stufe als Schwerpunkt der Regelung zu betrachten ist und daher im Konfliktfall Vorrang genieisst.

Zweiter Abschnitt: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen*

Art. 41

A. Haftung im Allgemeinen I. Voraussetzungen der Haftung

¹ Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet.

² Ebenso ist zum Ersatze verpflichtet, wer einem andern in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt.

A. Principes généraux I. Conditions de la responsabilité

¹ Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer.

² Celui qui cause intentionnellement un dommage à autrui par des faits contraires aux mœurs est également tenu de le réparer.

A. Responsabilità in generale I. Requisiti della responsabilità

¹ Chiunque è tenuto a riparare il danno illecitamente cagionato ad altri sia con intenzione, sia per negligenza od imprudenza.

² Parimente chiunque è tenuto a riparare il danno che cagiona intenzionalmente ad altri con atti contrari ai buoni costumi.

Literatur

ACKERMANN TH., Kausalität, in: Schaffhauser/Kieser (Hrsg.), Unfall und Unfallversicherung, St. Gallen 2009, 29 ff.; AEBI-MÜLLER/PFAFFINGER, Haftung für Rat und Auskunft, in: Liber amicorum für Martin Vonplon, Zürich 2009, 21 ff.; ANGELOZZI, La dualité de la causalité adéquate en assurance accidents et en responsabilité civile sous l'angle des traumatismes de la colonne cervicale et des troubles psychiques, SJ 2009, 181 ff.; BECK, Massenkollision und Schadenerledigung, Einleitung, HAVE 2010, 159 ff.; BERGER M., Der Geschädigte hat ein Recht auf Ersatz seiner Anwaltskosten, HAVE 2003, 131 ff. (zit. HAVE 2003); DERS., Wo liegen die Grenzen ärztlicher Sorgfalt nach der Operation?, SZGR 2009, 21 ff. (zit. SZGR 2009); BERGER-STEINER, Das Beweismass im Privatrecht, Diss. Bern 2008; DIES., Der Kausalitätsbeweis, in: Weber St. (Hrsg.), HAVE Personen-Schaden-Forum 2009, Zürich 2009, 13 ff.; BERTHOUD, Le droit aux valeurs d'affectation, Diss. Freiburg 2008; BIERI, Sittenwidrige Schädigung nach Art. 41 Abs. 2 OR, AJP 2008, 549 ff.; BORLE, Keine haftpflichtrechtliche Kausalität bei banalen Unfallereignissen, HAVE 2010, 135 ff.; BREHM, Motorfahrzeughaftpflicht, Bern 2008; BUCHER A., Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 4. Aufl., Basel 2009; BUCHER E., Verschuldensfähigkeit und Verschulden, in: FS für Mario M. Pedrazzini, Bern 1990, 287 ff.; CARTIER, Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, Diss. St. Gallen 2007; CASANOVA, Ausgleichsanspruch und Ausgleichsordnung: Die Regressregelung von Art. 51 OR, Diss. Zürich 2010; CHAPPUIS B., Quelques dommages dits irréparables: réflexions sur la théorie de la différence et la notion de patrimoine, SJ 2010, 165 ff.; CHAPPUIS CH./Winiger (Hrsg.), La responsabilité fondée sur la confiance – un tour d'horizon, in: Chappuis Ch./Winiger (Hrsg.), La responsabilité fondée sur la confiance, Zürich 2001, 21 ff. (zit. Responsabilité); DIES., La distinction entre illicéité et la faute: n'est-il pas temps de reconcer?, in: Liber amicorum Roland Brehm, Bern 2012, 83 ff. (zit. FS Brehm); DEUTSCH, Der Begriff der Fahrlässigkeit im Obligationenrecht, in: FS für Max Keller, Zürich 1989, 105 ff.; DONATSCH/TAG, Strafrecht I, 9. Aufl., Zürich 2013; DUC, Accident type «coup de lapin» et causalité en responsabilité civile, HAVE 2009, 87 ff.; FAVRE, La notion de force majeure et de cas fortuit, en relation avec les événements naturels, dans le régime de la responsabilité civile privée ou de droit public, S&R 2009, 193 ff.; FELLER, Das Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes in der Staatshaftung, Diss. Zürich 2007; FELLMANN, Widerrechtlichkeit: drei Theorien für ein Problem – Versuch einer Zwischenbilanz, ZSR 2009, 473 ff. (zit. ZSR 2009); DERS., Die Widerrechtlichkeit in der öffentlich-rechtlichen Arzthaftung, in: Liber amicorum für Moritz Kuhn, Bern 2009, 227 ff. (zit. FS Kuhn); FISCHER, Aussservertragliche Haftung für Schockschäden Dritter, Diss. Zürich 1988; FREI, Der rechtlich relevante Kausalzusammenhang im Strafrecht im Vergleich mit dem Zivilrecht, Diss. Zürich 2010; FUHRER, Ausgewählte Fragen im Zusammenhang mit der Liquidation von Sachschäden, in: Koller (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1993, 73 ff.; GABRIEL, Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR, Diss. Freiburg 1987; GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011 (zit. Werkvertrag); DERS., Der Deliktsanspruch des Geschädigten auf Ersatz seiner Anwaltskosten, recht 1994, 189 ff. (zit. recht 1994); DERS., Grundbegriffe des aussservertraglichen Haftpflichtrechts, recht 1996, 225 ff. (zit. recht 1996); GAUCH/SWEET, Deliktshaf-

* Die nachfolgende Kommentierung der Art. 41–59a OR stellt eine Überarbeitung und Ergänzung des Textes der von Anton K. Schnyder und Christian Heierli bearbeiteten 5. Aufl. dar.

tung für reinen Vermögensschaden, in: FS für Max Keller, Zürich 1989, 117 ff.; GIGER, Analyse der Adäquanzproblematik im Haftpflichtrecht, in: FS für Max Keller, Zürich 1989, 141 ff.; GIOVANNONI, Le dommage indirect en droit suisse de la responsabilité civile, ZSR 1977 I, 31 ff.; GLAUS, Die Haftung des Experten, in: Schwander/Studer (Hrsg.), Neuigkeiten im Kunstrecht, St. Gallen 2008, 109 ff.; GROSS J., Schweizerisches Staatshaftungsrecht, 2. Aufl., Bern 2001; GUYAZ, La causalité en matière de lésions cervicales non objectivables, in: Ch. Chappuis/Winiger (Hrsg.), Les causes du dommage, Genf 2007, 81 ff.; HEDIGER, Die Haftungsbestimmungen des Gentechnikgesetzes (Art. 30–34 GTG), Diss. Luzern 2009; HEIERLI et al., Haftpflicht- und Privatversicherungsrecht, Entwicklungen 2008, Bern 2009 (zit. njus 2008); DIES., Haftpflicht- und Privatversicherungsrecht, Entwicklungen 2009, Bern 2010 (zit. njus 2009); DIES., Haftpflicht- und Privatversicherungsrecht, Entwicklungen 2010, Bern 2011 (zit. njus 2010); HERRMANN/SCHMID, Die «verlorene Heilungschance» als ersatzfähiges Rechtsgut im schweizerischen Haftpflichtrecht, in: FS zum 50-jährigen Bestehen der Schweizerischen Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Zürich 2010, 233 ff.; HERZOG-ZWITTER/HAA/NEUHAUS-DESCUVES, Haftpflichtrecht: Wegfall einer einmal gegebenen natürlichen Kausalität, HAVE 2009, 32 ff.; HIRSCH A., Perte de chance et causalité, in: Chappuis Ch./Winiger (Hrsg.), Les causes du dommage, Genf 2007, 279 ff.; HIRSCHLE/VON DER CRONE, Zivilrechtliche Haftung für fahrlässig begangene Geldwäschereihandlungen, SZW 2007, 330 ff.; HONSELL, Das Kind als Schaden, in: FS für Eugen Bucher, Bern 2009, 275 ff. (zit. FS Bucher); DERS., Differenztheorie und normativer Schadensbegriff, in: FS zum 50-jährigen Bestehen der Schweizerischen Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Zürich 2010, 255 ff. (zit. FS SGHVR); INDERKUM, Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe aus Persönlichkeitsverletzung, Diss. Freiburg 2008; JAUN, Haftung für Sorgfaltspflichtverletzung, Habil. Bern 2007; JUNG, Regressprobleme bei Privilegierung eines Solidarschuldners, in: FS für Pierre Tercier, Zürich 2008, 238 ff.; KADNER G., Ersatz für «Entgangene Chancen» im europäischen und im schweizerischen Recht, HAVE 2008, 61 ff.; KERNEN, Das Geldwäschereigesetz als Quelle von haftpflichtrechtlichen «Schutznormen», recht 2008, 133 ff.; KOLLER A., Haftung für hypothetische Kausalität, in: FS für Bruno Huwiler, Bern 2007, 359 ff.; KRAMER, «Reine Vermögensschäden» als Folge von Stromkabelbeschädigungen, recht 1984, 128 ff. (zit. recht 1984); DERS., Die Kausalität im Haftpflichtrecht: Neue Tendenzen in Theorie und Praxis, ZBJV 1987, 289 ff. (zit. ZBJV 1987); LANDOLT, Perte d'une chance – verlorene oder vertane Chance?, HAVE 2008, 68 ff. (zit. HAVE 2008); DERS., Der Nichtvermögensschaden: Ersatzpflicht für immaterielle, normative und fiktive Schäden, in: FS zum 50-jährigen Bestehen der Schweizerischen Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Zürich 2010, 341 ff. (zit. FS SGHVR); DERS., Kausalität und Verkehrsunfall, in: Schaffhauser (Hrsg.), Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2010, 145 ff. (zit. Jahrbuch); DERS., Angehörigenschaden: Reflex- oder Direktschaden- oder sogar beides?, HAVE 2009, 3 ff. (zit. HAVE 2009); DERS., Der Unternehmerschaden, Zürich 2011 (zit. Unternehmenschaden); DERS., Perte d'une chance- verlorene oder vertane Chance?, HAVE 2008, 68 ff. (zit. HAVE 2008); DERS., Aktuelles zum Pflege-, Betreuungs- und Besuchsschaden, HAVE 2011, 3 ff. (zit. HAVE 2011); LORANDI, Haftung für reinen Vermögensschaden, recht 1990, 19 ff.; LOSER, Kausalitätsprobleme bei der Haftung für Umweltschäden, Diss. St. Gallen 1994 (zit. Kausalitätsprobleme); DERS., Kritische Überlegungen zur Reform des privaten Haftpflichtrechts – Haftung aus Treu und Glauben, Verursachung und Verjährung, ZSR 2003 II, 127 ff. (zit. ZSR 2003); DERS., Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, Habil. Basel 2006 (zit. Vertrauenshaftung); DERS., Vertrauenshaftung: Schutz des Vertrauens auf Honoraranträge bzw. Leistungserbringung ausserhalb von Verträgen?, AJP 2008, 1171 ff. (zit. AJP 2008); DERS., Vertrauenshaftung und Verjährung im Schuldrecht, recht 2009, 211 ff. (zit. recht 2009); MAURER, Drittverschulden und Drittverursachung im Haftpflichtrecht, Diss. Bern 1974; MEDICUS, Die culpa in contrahendo zwischen Vertrag und Delikt, in: FS für Max Keller, Zürich 1989, 205 ff.; MEIERHANS, Der immer noch nicht bewältigte Reflexschaden, recht 1994, 202 ff.; MEIER-SCHATZ, Über die privatrechtliche Haftung für Rat und Anlangerat, in: Sturm (Hrsg.), Mélanges Paul Piotet, Bern 1990, 151 ff.; MERZ, Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem, in: Bär/Bucher/Kummer (Hrsg.), Ausgewählte Abhandlungen zum Privat- und Kartellrecht. Festschrift Hans Merz, Bern 1977, 357 ff.; MISTELI, La responsabilité pour le dommage purement économique, Diss. Lausanne 1999; MÜLLER CH., La perte d'une chance, Diss. Neuenburg 2002 (zit. Diss.); DERS., Unterhaltskosten für ein ungeplantes Kind als Schaden, SZGR 2008, 51 ff. (zit. SZGR 2008); MÜLLER U., Der natürliche und der adäquate Kausalzusammenhang nicht objektivierbarer Gesundheitsschäden, in: Murer (Hrsg.), Freiburger Sozialrechtstage 2006, Bern 2006, 61 ff.; MÜLLER-CHEN, Probleme des dualistischen Haftungskonzepts, in: Fellmann/Weber St. (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2008, Zürich 2008, 13 ff.; OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Zürich 1975 (s.a. OFTINGER/STARK, I); OVERNEY, Illicéité de résultat et illicéité de comportement, une distinction dépassée?, in: Liber amicorum Roland Brehm, Bern 2012, 281 ff.; PELLONI, Die Grobfahrlässigkeit – Bedeutung in der Schadenpraxis, HAVE 2002, 262 ff.; PROBST, La causalité aujourd'hui, in: Chappuis Ch./Winiger (Hrsg.), Les causes du dommage, Genf 2007, 15 ff.; DERS., Der Ersatz «immateriellen Schadens» im schweizerischen Haftpflicht- und Strassenverkehrsrecht, in: Werro/Probst (Hrsg.), Strassenverkehrsrechtstagung 10.–11.6.2010, Bern 2010, 1 ff.; QUENDOZ, Mo-

dell einer Haftung bei alternativer Kausalität, Diss. Zürich 1991; RASCHEIN, Die Widerrechtlichkeit im System des schweizerischen Haftpflichtrechts, Diss. Bern 1986; REY, Rechtliche Sonderverbindungen und Rechtsfortbildung, in: FS für Max Keller, Zürich 1989, 231 ff. (zit. Sonderverbindungen); ROBERTO, Schadensrecht, Basel 1997 (zit. Schadensrecht); DERS., Zur Ersatzfähigkeit verdorbener Ferien, recht 1997, 108 ff. (zit. recht 1997); DERS., Deliktsrechtlicher Schutz des Vermögens, AJP 1999, 511 ff. (zit. AJP 1999); DERS., Verschuldenshaftung und einfache Kausalhaftungen: eine überholte Unterscheidung?, AJP 2005, 1323 ff. (zit. AJP 2005); DERS., Schadenersatz-, Gewinnabschöpfung und Bereicherungsanspruch bei Immaterialgüterrechtsverletzungen, sic! 2008 Sonderheft, 23 ff. (zit. sic! 2008); ROBERTO/GRECHENIG, Zurechnungsprobleme im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht, in: Weber St. (Hrsg.), HAVE Personen-Schaden-Forum 2009, Zürich 2009, 55 ff.; ROBERTO/REICHLI, Haftung für «Phantom-Beschwerden»?, HAVE 2013, 3 ff.; ROBERTO/RICKENBACH, Was ist eine Schutznorm?, ZSR 2012, 185 ff.; ROMERIO, Toxische Kausalität, Diss. Basel 1996; RÜETSCHI, Haftung für fehlgeschlagene Sterilisation, AJP 1999, 1359 ff. (zit. AJP 1999); DERS., Aurea mediocritas – Gedanken zum Begriff der mittleren Fahrlässigkeit, HAVE 2009, 137 ff. (zit. HAVE 2009); RUMO-JUNGO, Kindesunterhalt als Schaden: familienrechtliche Aspekte, HAVE 2006, 375 ff.; SCHAER, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen, Basel 1984; SCHAFFHAUSER, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bd. I, 2. Aufl., Bern 2002; SCHAEZLE, Was kostet ein (ungeplantes) Kind und wie wird der Ersatz für die Unterhaltskosten berechnet?, HAVE 2006, 373 f.; SCHLUEP W., Schuldrechtliche Aspekte der Verleitung zum Vertragsbruch, in: FS für Max Keller, Zürich 1989, 261 ff.; SCHNYDER A.K./PORTMANN/MÜLLER-CHEN, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 2013; SCHÖNENBERGER, Haftung für Rat und Auskunft gegenüber Dritten, Diss. Basel 1999 (zit. Haftung); DERS., Die dritte Widerrechtlichkeitstheorie, HAVE 2004, 3 ff. (zit. HAVE 2004); SCHWARZ, Zivilrechtliche Haftung für Geldwäscherei, HAVE 2009, 9 ff.; SCHWARZENBACH, Staatshaftung bei verfügsfreiem Verwaltungshandeln, Bern 2006; SCHWENZER, Rechtsverfolgungskosten als Schaden, in: FS für Pierre Tercier, Zürich 2008, 417 ff.; SPITZ, Haftung für Wettbewerbshandlungen, in: Jung (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht, Zürich 2007, 205 ff.; STRÖCKLI, Schutzzwecklehre ante portas?, HAVE 2006, 371 f.; STEINEGGER, Zum Mysterium des «helvetischen Schleudertraumas» oder die Diskriminierung von organisch Geschädigten, in: FS für Erwin Murer, Bern 2010, 873 ff.; STUDHALTER, Die Berufung des präsumtiven Haftpflichtigen auf hypothetische Kausalverläufe, Diss. Zürich 1995 (zit. Diss.); DERS., Konstitutionelle Prädisposition, in: FS zum 50-jährigen Bestehen der Schweizerischen Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Zürich 2010, 615 ff. (zit. FS SGHVR); TERCIER, De la distinction entre dommage corporel, dommage matériel et autres dommages, in: FS Assista 1968–1978, Genf 1979, 247 ff.; TOGNELLA, Erwerbsunfähigkeitsprobleme bei somatisch nicht nachweisbaren Beschwerdebildern im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht, Diss. Zürich 2004; TORRIONE, Le préjudice d'être né, HAVE 2006, 388 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/M. MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014; VASELLA/SCHNYDER A.K., Haftpflicht- und Privatversicherungsrecht, Entwicklungen 2006, Bern 2007 (zit. njus 2006); VASELLA/SCHNYDER A.K./WEBER ST., Haftpflicht- und Privatversicherungsrecht, Entwicklungen 2007, Bern 2008 (zit. njus 2007); VERDE, Haftung für Arbeitszeugnis, Empfehlungs schreiben, Referenzauskunft und Referenzschreiben, recht 2010, 144 ff.; R. WEBER, Schadenersatz kraft Schutznormen – Anwendung auch im Fernmelderecht?, sic! 2003, 477 ff.; WEBER ST., Drittschadensliquidation – eine Zwischenbilanz, in: Sturm (Hrsg.), FS für Paul Piotet, Bern 1990, 215 ff. (zit. FS Piotet); DERS., Kausalität und Solidarität: Schadenzurechnung bei einer Mehrheit von tatsächlichen oder potenziellen Schädigern, HAVE 2010, 115–127 (zit. HAVE 2010); WERRO, Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR, ZSR 1997 I, 343 ff. (zit. ZSR 1997); DERS., Haftung für fehlerhafte Auskunft und Beratung – braucht es die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung?, recht 2003, 12 ff. (zit. recht 2003); DERS., La responsabilité civile, Bern 2005; DERS., L'objection du comportement de substitution licite: de son utilité et de sa place, in: Chappuis Ch./Winiger (Hrsg.), Les causes du dommage, Genf 2007, 53 ff. (zit. Objection); WESSNER, La responsabilité fondée sur la confiance: une fausse bonne idée, in: Bohnet (Hrsg.), Quelques actions en responsabilité, Neuenburg 2009, 39 ff.; WIDMER/WESSNER, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts – Erläuternder Bericht, Bern 1999; WINIGER, Une définition ambivalente et 2000 ans de confusion: illicéité objective et subjective, in: Guillod O./Müller Ch. (Hrsg.), Pour un droit équitable, engagé et chaleureux, FS für Pierre Wessner, Basel 2011, 265 ff.; ZULLIGER, Eingriffe Dritter in Forderungsrechte, Diss. Zürich 1988.

I. Arten der ausservertraglichen Haftung für unerlaubte Handlungen

Im ausservertraglichen Haftpflichtrecht der Schweiz werden vorab zwei **Haftungsarten** unterschieden: Einerseits die *Verschuldenshaftung* nach Art. 41 und andererseits die *Kausalhaftungen*, die kein Verschulden voraussetzen. Die Kausalhaftungen werden weiter unterteilt in einfache (gewöhnliche, milde) Kausalhaftungen auf der einen und Gefährdungshaftungen

(strenge, scharfe Kausalhaftungen) auf der anderen Seite. *Einfache Kausalhaftungen* knüpfen an eine Ordnungswidrigkeit an, etwa den Werkmangel in Art. 58 (vgl. KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Vor Art. 41–61 N 9), die spezialgesetzlich geregelten *Gefährdungshaftungen* (s. N 1a) dagegen an die besondere Beziehung zu einer Gefahrenquelle. Bei den meisten einfachen Kausalhaftungen kann sich der Schädiger durch den Nachweis, die erforderliche Sorgfalt angewendet zu haben, von seiner Haftung befreien (vgl. z.B. Art. 55 Abs. 1 zur Haftung des Geschäftsherrn; anders bei der Werkeigentümerhaftung). In Abweichung von der Voraufkl. und der der herkömmlichen Unterscheidung handelt es sich, mit Ausnahme der Werkeigentümerhaftung nach Art. 58, bei der einfachen Kausalhaftung um eine Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweislast für das Verschulden (HONSELL/ISENRING/KESSLER, Haftpflichtrecht, § 1 N 23; ROBERTO, AJP 2005, 1327; KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Vor Art. 41–61 N 9; SCHWENZER, N 49.09). Nach einem Teil der Lehre trifft dies zwar für die objektive Seite des Verschuldens (Vorsatz/Sorgfaltspflichtverletzung; s. N 45 ff.) grundsätzlich zu, nicht aber für das subjektive Verschuldenselement. Nach dieser Auffassung ist an der traditionellen Einteilung ist festzuhalten (CASANOVA, 143 f.; REY, N 881; offen gelassen in BGE 131 III 115, 116 f.), da die Urteilsfähigkeit – anders als bei der Verschuldenshaftung (s. N 51 f.) – bei einfachen Kausalhaftungen keine Haftungsvoraussetzung ist (CHK-CH. MÜLLER, Art. 55 N 2; vgl. Art. 58 N 3).

II. Anwendungsbereich von Art. 41

- 1a** Als Grundnorm der ausservertraglichen Haftung findet die Verschuldenshaftung nach Art. 41 auf alle Sachverhalte Anwendung, soweit sie nicht im konkreten Fall durch eine speziellere Norm verdrängt wird (Grundsatz der Universalität: OFTINGER/STARK, I, 45). Eine spezielle Haftungsnorm geht nach h.L. Art. 41 als **lex specialis** i.d.R. vor, wenn nach ihr dieselbe Person schadenersatzpflichtig wird, die ohne die Sondernorm der Verschuldenshaftung unterliegen würde. Dieser Grundsatz soll demnach namentlich im Verhältnis der *einfachen Kausalhaftungen* (Art. 55 ff.) zur Verschuldenshaftung gelten (BGE 115 II 237, 242; OFTINGER, § 13; REY, N 45). Zwischen der Haftung nach *PrHG* und der Verschuldenshaftung besteht aufgrund der expliziten Vorschrift des Art. 11 Abs. 2 *PrHG* Anspruchskonkurrenz (s. Art. 55 N 3). Nach der h.L. gehen insb. die folgenden *Gefährdungshaftungstatbestände* der Haftung nach Art. 41 im erwähnten Sinne vor: Art. 60 ff. BZG; Art. 40b ff. EBG; Art. 27 ff. EleG; Art. 30 ff. GTG; Art. 15 Abs. 1 JSG; KHG; Art. 64 ff. LFG; Art. 135 ff. MG; Art. 33 RLG; Art. 27 SprstG; Art. 48 ff. SSG; Art. 39 f. StSG; Art. 58 ff. SVG; Art. 59a ff. USG. Die Art. 41 ff. OR finden aber selbst bei Vorliegen von Spezialbestimmungen insoweit Anwendung, als diese – wie auch einzelne Best. des allg. Vertragsrechts – auf die Verschuldenshaftung **verweisen** (vgl. z.B. Art. 40f EBG; Art. 59 Abs. 4, Art. 62 Abs. 1 SVG; Art. 31 Abs. 3 OR). Sodann unterliegen Personen, die nach einer Spezialnorm *nicht* haftpflichtig sind, i.d.R. der allg. Verschuldenshaftung (vgl. N 13). Abweichendes kann sich aus dem Spezialgesetz ergeben. – Für die Verantwortlichkeit öffentlicher Beamter und Angestellter s. Art. 61. Nach richtiger Ansicht ist jedoch auch innerhalb des Haftpflichtrechts grundsätzlich von Anspruchskonkurrenz auszugehen (HONSELL/ISENRING/KESSLER, Haftpflichtrecht, § 20 N 24; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 16.35 m.w.H.). Dies gilt zwischen der Verschuldenshaftung des Art. 41 und den Gefährdungshaftungen der Spezialgesetze wie aber auch den einfachen Kausalhaftungen.
- 2** Verletzt eine Person durch ihr Verhalten eine vertragliche Pflicht und begeht sie damit gleichzeitig eine unerlaubte Handlung, so kann sich der Geschädigte i.S. der **Anspruchskonkurrenz** «nebeneinander auf beide Haftungsgründe berufen» (BGE 120 II 58, 61; 113 II 246, 247). **Streitig** ist in diesem Zusammenhang die Frage, wie sich ein *vertraglicher Haftungsausschluss* auf die ausservertragliche Haftung auswirkt. Die h.L. und Rsp. ist der Auffassung, ein vertraglicher Haftungsausschluss vermöge auch deliktische Ansprüche auszuschliessen, da die Vereinbarung sonst unterlaufen würde (BGE 120 II 58, 60; BK-BREHM, N 230a ff.

m.w.H.; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 31 N 26; KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Vor Art. 41 N 12; SCHWENZER, N 5.05; VON TUHR/ESCHER, 108 f.; CR CO I-WERRO, Vor Art. 41–61 N 10; **a.A.** insb. BK-GAUTSCHI, Art. 398 OR N 25: zwingender Charakter der ausservertraglichen Haftung). Entscheidend für die Beantwortung der Frage muss mit der h.A. der Parteiwille sein. Aus diesem wird i.d.R. folgen, dass nebst den vertraglichen auch ausservertragliche Haftungsansprüche ausgeschlossen sein sollen. Ein solcher Ausschluss ist in den Grenzen des Vertragsrechts zulässig (vgl. Art. 20 OR; Art. 27 ZGB; Art. 100; 101 Abs. 3 OR; insb. kein Haftungsausschluss für Personenschäden; BK-BREHM, N 232b; SCHWENZER, N 24.14). Zu beachten sind auch weitergehende Beschränkungen des Haftungsausschlusses durch die AGB-Rsp. (vgl. SCHWENZER, N 45.07 ff.), durch das besondere Vertragsrecht sowie in Spezialgesetzen (vgl. z.B. Art. 40e EBG; Art. 87 Abs. 1 SVG).

Da bei wirksamem **Haftungsausschluss** schon gar keine Haftung *entsteht*, ist der Befreite bei Vorhandensein anderer Haftpflichtiger nicht in die Haftungsordnung nach Art. 50 f. aufzunehmen. Seine Befreiung wirkt entsprechend auch im «internen» Verhältnis zu den Haftpflichtigen; Art. 147 Abs. 2 greift nicht (vgl. CASANOVA, 64; **a.A.** A. KOLLER, OR AT, § 75 N 130 ff.; SCHWENZER, N 88.44). Bei Bejahung der Regressmöglichkeit auf den Befreiten könnte der vertragliche Haftungsausschluss durch den Geschädigten auf dem Umweg über Haftpflichtige vollständig umgangen werden. Die Vermeidung dieses Ergebnisses über eine Anwendung von Art. 175 (Befreiungsanspruch des Befreiten gegenüber dem Geschädigten; so A. KOLLER, OR AT, § 75 N 136) ist ein unnötiger Umweg. Da die gesetzliche Haftungsordnung der Art. 50 f. im Ergebnis nicht zu Lasten eines Dritten abgeändert werden kann, muss sich der vertragliche Haftungsausschluss vielmehr insoweit zugunsten Dritter auswirken, als diese in analoger Anwendung von Art. 149 Abs. 2 von ihrer Schuld gegenüber dem Geschädigten direkt abziehen können, was sie vom vertraglich Befreiten ohne den Haftungsausschluss regressweise hätten erhalten können (vgl. GAUCH, Werkvertrag, N 2754; JUNG, 290 f.; **a.A.** CASANOVA, 64 f.).

Insbesondere im Falle einer Persönlichkeitsverletzung (z.B. durch ein Presseerzeugnis) kann zum Schadenersatzanspruch nach Art. 41 kumulativ ein Anspruch auf **Gewinnherausgabe** nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag hinzutreten. Die beiden Ansprüche schliessen sich gegenseitig (nur) insoweit aus, als bei der Geschäftsusurpation der entgangene Gewinn, der nach Art. 41 zu ersetzen ist, und der beim Usurpator abzuschöpfende Gewinn gegenseitig ineinander aufgehen (BGE 133 III 153, 157 ff.; vgl. Art. 28a Abs. 3 ZGB und analoge Verweise, z.B. in Art. 9 Abs. 3 UWG).

III. Voraussetzungen der Verschuldenshaftung

1. Überblick

Eine Haftung nach Art. 41 setzt **kumulativ** (1) einen *Schaden* (s. N 3 ff.), (2) einen natürlichen und adäquaten *Kausalzusammenhang* zwischen schädigendem Verhalten und Schaden (s. N 14 ff.), (3) *Widerrechtlichkeit* der Schädigung (s. N 30 ff.) und (4) ein *Verschulden* des Schädigers (s. N 45 ff.) voraus (BGE 132 III 122, 130 = Pra 2006, 743).

2. Schaden

a) Allgemeines

Erste Voraussetzung für die Entstehung eines Ersatzanspruchs ist das Vorhandensein eines Schadens. Schaden ist eine **ungewollte Vermögensverminderung**, d.h. eine Differenz zwischen dem aktuellen Vermögensstand des Geschädigten infolge des schädigenden Ereignisses und dem hypothetischen (gleichzeitigen) Vermögensstand bei Ausbleiben des Ereignisses (sog. *Differenztheorie*; BGE 132 III 321, 323; 132 III 564, 575; BGer, 15.12.2009, 4A_282/2009, E. 3 = njus 2009, 34). Zum Vermögen gehören die wirtschaftlich «messbaren Güter, an

denen eine Person berechtigt ist» (OFTINGER/STARK, I, 71). Die Beeinträchtigung von persönlich-ideellen Rechtsgütern (wie Ehre, Integrität) zieht nur dann einen Schaden i.S. des Gesetzes nach sich, wenn dadurch auch das Vermögen – die wirtschaftlich tätige Persönlichkeit – mitbetroffen wird. Die begriffliche Umschreibung des Schadens mittels *wirtschaftlicher Kriterien* schliesst es aus, bspw. eine Körperverletzung «als solche» bereits als Schaden zu erachten (BGE 127 III 403, 405); Gleiches gilt grundsätzlich für den Entzug persönlicher Möglichkeiten zum Genuss (BGer, a.a.O.; vgl. N 4).

- 3a** Die ökonomische Betrachtungsweise gilt mittlerweile auch für die **str.** Thematik des «**unerwünschten Kindes**» als Schaden (vgl. m.w.H. ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 29.64 ff.; RÜETSCHI, AJP 1999, 1359 ff.; HAVE 2006, 368 ff.). In einem grundlegenden Urteil hat das BGer entschieden, die *Unterhaltskosten* eines ungeplanten – gesunden oder behinderten – Kindes wegen fehlgeschlagener bzw. vereinbarungswidrig unterlassener Sterilisation seien als Schaden i.S. des Haftungsrechts zu qualifizieren (BGE 132 III 359 ff.). Dieser im Hinblick auf eine vertragliche Haftung aufgestellte Grundsatz hat generelle Bedeutung. – Vgl. zur *Schadensberechnung* SCHÄTZLE. Eine Schadenminderung durch Abtreibung ist den betroffenen Eltern nicht zumutbar (CR CO I-WERRO, N 27).
- 4** Viel diskutiert ist die Frage, ob unter dem Titel **Kommerzialisierungsschaden** auch ein bloss *abstrakter* Nutzungsausfall, der ohne Auswirkungen auf das Vermögen bleibt, einen ersatzfähigen (normativen) Schaden darstellt (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2856 ff.; REY, N 371 ff.; w.Hw. bei BK-BREHM, N 83, 84a ff., 95). Als Bsp. sind etwa entgangene Ausritte auf einem verletzten Pferd, weiterlaufende Fixkosten für ein sich in Reparatur befindendes Fahrzeug, die entgangene Nutzung eines gemieteten Gegenstands infolge Verletzung des Mieters oder die Unmöglichkeit eines Ferienantrittes nach einem Unfall zu nennen. Das BGer hat die Ersatzfähigkeit solcher «Schäden» bisher abgelehnt (BGE 115 II 474, 481 f.; 126 III 388, 393; 132 III 379, 384; gl.M. HONSELL/ISENRING/KESSLER, Haftpflichtrecht, § 8 N 55; OFTINGER/STARK, I, 88; **a.A.** ZR 1980, 282 ff.; dazu ROBERTO, recht 1997). Im Interesse der Haftungsbegrenzung mittels der Differenztheorie (s. N 3) ist diese restriktive Rsp. zu begrüßen. Im Falle solcher frustrierter Aufwendungen (daher auch die Bezeichnung *Frustrations»schaden«*) erleidet der Betroffene im Grunde eine rein *immaterielle Unbill*, die nach schweizerischem Recht keinen Schaden im Rechtssinne darstellt (BGE 123 IV 145, 147). Sie kann lediglich unter den (strengen) Voraussetzungen der Art. 47 und 49 einen Anspruch auf Genugtuung begründen (s. Art. 49 N 12; m.Nw. ZK-LANDOLT, Art. 46 N 128 ff.). Abzulehnen sind auch Schadenersatzansprüche für freiwillige nachträgliche Massnahmen zur Neutralisierung des Frustrationsereignisses (d.h. der immateriellen Unbill), z.B. bei Verdienstausschlag durch nachgeholte Ferien (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2862). Als Schaden geltend gemacht werden können dagegen durch den Nutzungsausfall *konkret* anfallende Kosten, z.B. für ein Ersatzfahrzeug oder eine Ersatzwohnung (vgl. BGer, 15.12.2009, 4A_282/2009, E. 3 = njus 2009, 34). Mit Bezug auf ein Ersatzfahrzeug muss dies unabhängig davon gelten, ob das ausfallende Fahrzeug gewerblich, beruflich oder privat genutzt worden wäre (**a.A.** mit Bezug auf privat genutzte Fahrzeuge KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Art. 42 N 18; restriktiver auch BK-BREHM, N 80 ff.). Mit Blick auf die Schadenminderungsobliegenheit des Geschädigten sind aber nur die tieferen Kosten für den öffentlichen Verkehr zu ersetzen, wenn dessen Benutzung zumutbar ist (HONSELL/ISENRING/KESSLER, Haftpflichtrecht, § 8 N 54; SCHWENZER, N 18.10).
- 5** Ebenso wie die «Frustration» stellt die Beeinträchtigung eines reinen **Affektionswertes** grundsätzlich keinen Schaden dar (BGE 87 II 290, 291 f.). Eine i.S. des Haftpflichtrechts relevante Vermögensverminderung kann aber resultieren, wenn ein Affektionsinteresse von mehreren Personen geteilt wird und ein Gegenstand deshalb einen *besonderen Marktwert* aufweist (z.B. Briefmarken, Münzen: HONSELL/ISENRING/KESSLER, Haftpflichtrecht, § 8 N 46). Ausnahmsweise mag in besonderen Fällen sodann eine Genugtuungssumme nach Art. 49 zuzusprechen sein (vgl. BGE 87 II 290, 292; REY, N 323, m.w.Nw.). Positiv als Ausnahme sta-

tuiert worden ist die Ersatzfähigkeit des Affektionswerts für den Fall der *Verletzung oder Tötung eines Tieres* (s. Art. 43 N 23).

b) Schadensarten

Schaden kann – als **damnum emergens** – in einer direkten Abnahme des Vermögens des Geschädigten bestehen. So führt die Beschädigung einer Sache regelmässig zu einer Verminderung der Aktiven, und durch entstehende Kosten werden die Passiven erhöht. Das BGer betrachtet eine Vermehrung der Passiven jedoch nur dann als Schaden, wenn sicher ist, dass der Gläubiger seine Forderung geltend machen wird, und mit einer Anerkennung durch das Gericht zu rechnen ist (BGer, 31.3.2008, 4A_520/2008, E. 5.1 = njus 2009, 30). Keinen **damnum emergens** stellt nach der Rsp. des BGer die Bezahlung einer *Geldbusse* dar. Eine solche Strafe habe rein persönlichen Charakter und könne nicht i.S. eines Schadenersatzanspruchs auf Dritte überwältzt werden (BGE 115 II 72, 75 = Pra 1989, 206). Auch entgangener Gewinn (**lucrum cessans**) zählt zum Schaden. Die Schädigung besteht hier darin, dass ein Vermögen sich wegen des schädigenden Ereignisses nicht vermehrt hat.

Das Erfordernis einer genügenden Wahrscheinlichkeit entgangenen Gewinns kann erhebliche Probleme bei der Schadensberechnung und der Beweisregelung mit sich bringen. Akzentuiert zu Tage tritt dieses Problem in den Fällen der sog. **«perte d'une chance»** (vgl. CHK-CH. MÜLLER, Art. 42 N 15 m.w.H.). Als *Chance* wird in dieser Diskussion eine Möglichkeit verstanden, die von aleatorischen Faktoren abhängt (vgl. BGer, 26.9.2007, 4A_227/2007, E. 3.5 = njus 2007, 35). Beispiel: Ein Arzt behandelt einen Kranken sorgfältigswidrig; die in der Folge eintretende Schädigung des Patienten hätte *möglicherweise* durch die Anordnung einer adäquaten Therapie vermieden werden können. Das BGer hat es bisher abgelehnt, den Verlust einer (Heilungs-) Chance als Vermögensschaden zu anerkennen. Die Differenztheorie (s. N 3) lasse es nicht zu, entgangene Chancen wirtschaftlich zu erfassen (BGE 133 III 462, 472 = Pra 2008, 2007 f.). Diese Rsp. ist grundsätzlich zu begrüssen (**a.A. HERRMANN/SCHMID** m.w.H.). Sie kann aber nicht übertragen werden auf Fälle, in denen Chancen einen Marktwert haben (z.B. Call-Optionen). Ist ein Verkehrswert selbst durch Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 nicht eruierbar, so verlagert sich die Problematik auf die Ebene der natürlichen Kausalität. Es fragt sich dann, als wie wahrscheinlich die Verwirklichung der Chance einzustufen sein muss, damit sie im Rahmen der Feststellung des hypothetischen Vermögensstandes ohne schädigendes Ereignis einzurechnen ist. Es ist auch im Zusammenhang mit entgangenen Chancen für den Nachweis der natürlichen Kausalität zu verlangen, dass eine hinreichende Wahrscheinlichkeit (vgl. N 15) dafür besteht, dass der hypothetische Vermögensstand ohne Verlust der Chance den tatsächlichen Vermögensstand (bei Verlust der Chance) übersteigen würde. – Zum Teil wird die Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens i.S.v. Art. 46 Abs. 1 als Anwendungsfall der *perte d'une chance* angesehen (ZK-LANDOLT, Art. 46 N 1211; vgl. BGer, 1.7.2003, 4C.108/2003, E. 5.2). Dabei geht es jedoch um *künftigen* Schaden, dessen Abschätzung ohnehin stets mit grossen Unsicherheiten verbunden ist, unabhängig von der Thematik der entgangenen Chancen. Probleme mit der Differenztheorie stellen sich bei künftigen Schäden nicht. Die Rsp. zur Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens kann deshalb nicht als Argument für die *retrospektive* Ersatzfähigkeit entgangener Chancen herangezogen werden.

Der Schaden wird im Weiteren unterschieden nach seiner Stellung in der für ein Schadensereignis relevanten *Kausalkette*. Von **unmittelbarem Schaden** spricht man, wenn sich der Schaden in der Kausalkette unmittelbar an das schädigende Ereignis anschliesst. **Mittelbarer Schaden** liegt dagegen vor, wenn das Schadensereignis seinerseits Schäden herbeiführt oder wenn es «Massnahmen verhindert, die Gewinn einbringen oder Schaden abwenden» (KELLER/SCHMIED-SYZ, 16). Mittelbarer Schaden ist etwa gegeben, wenn eine infolge Unfalls verletzte Person erwerbsunfähig wird oder im Rahmen therapeutischer Massnahmen eine weitere Verletzung erleidet. Entgangener Gewinn wird regelmässig mittelbarer Schaden sein. Mittel-

bare und unmittelbare Schäden werden im Haftpflichtrecht *gleich behandelt* (BGE 118 II 176, 180). Der Haftpflichtige muss einem Geschädigten auch mittelbare Schäden ersetzen, solange diese noch als *kausale Folge* des schädigenden Ereignisses zu betrachten sind (vgl. N 14 ff.; anders z.T. im Vertragsrecht, vgl. HONSELL/ISENRING/KESSLER, Haftpflichtrecht, § 8 I N 47).

- 8 Zu unterscheiden sind sodann **Eigenschaden** auf der einen und **Dritt-** bzw. **Reflexschaden** auf der anderen Seite. Einen eigenen Schaden macht geltend, wer von der schädigenden Handlung direkt betroffen ist. Eine so geschädigte Person ist – wenn auch die übrigen Voraussetzungen einer Haftpflicht gegeben sind – grundsätzlich anspruchsberechtigt. Demgegenüber wird beim Drittschaden eine Person wirtschaftlich geschädigt, die nur *indirekt* betroffen ist und ausserhalb der Rechtsbeziehung steht, welche durch das schädigende Ereignis zwischen dem Haftpflichtigen und dem direkt Geschädigten begründet wird. Die Abgrenzung zwischen Eigen- und Reflexschaden hat heute keine eigenständige Bedeutung mehr, sondern geht auf in der Frage der Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden und damit letztlich in der Bestimmung des Schutzbereiches von Vermögensschutznormen (vgl. BGE 112 II 118, 125; OFTINGER/STARK, I, 95; KUKO OR-SCHÖNENBERGER, N 11; s. zur Schutznormlehre N 31 ff.). Als Person, gegen deren Rechtsgüter kein widerrechtlicher Eingriff erfolgt, ist der *indirekt Geschädigte grundsätzlich nicht anspruchsberechtigt*. So können z.B. Gläubiger des Geschädigten (BGer, 26.2.2009, 4A_408/2008, E. 7 = njus 2009, 27 f.) oder die Partner eines Getöteten aus einem Gesellschaftsverhältnis i.d.R. gegen den Haftpflichtigen keine Ansprüche erheben (vgl. zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit BGE 132 III 564, 568). Eine Ausnahme dazu statuiert Art. 45 Abs. 3 hinsichtlich des Versorgerschadens (s. Art. 45 N 7 ff.). Zu beachten ist aber, dass dem Direktgeschädigten teilweise – mitunter mittels dogmatischer Kunstgriffe – ermöglicht wird, gegenüber dem Schädiger Reflexschäden Dritter geltend zu machen (s. Art. 46 N 15a; sog. *Drittschadensliquidation*; vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2882 ff.; WEBER ST., FS Piotet).
- 9 Keinen Reflexschaden, sondern einen *Eigenschaden* stellt nach dem Gesagten die Beeinträchtigung absolut geschützter Rechtsgüter eines Dritten dar, wenn sich in der Kausalkette zwischen dem schädigenden Ereignis und dem Drittgeschädigten eine weitere, mit diesem in enger Beziehung stehende Person befindet. Dies ist namentlich der Fall bei sog. **Schockschäden** (dazu FISCHER, 11 ff.), z.B. beim Nervenschock von Eltern, die durch einen Flugzeugabsturz ihre Kinder verlieren (BGE 112 II 118, 124 ff.; zu Schockschäden bei Verkehrsunfällen vgl. 138 III 276).
- 10 Unter dem Gesichtspunkt der Art des verletzten Rechtsgutes sind *Personen-, Sach- und sonstiger (Vermögens-) Schaden* zu unterscheiden (vgl. TERCIER). Diese Dreiteilung des Schadensbegriffs ist namentlich von Bedeutung für die Methoden, die bei der Schadensberechnung anzuwenden sind (OFTINGER/STARK, I, 90). Die Differenzierung spielt sodann im Versicherungsrecht und bei der Haftung des Motorfahrzeughalters (Art. 58 Abs. 1 SVG) eine wichtige Rolle (vgl. BREHM, Motorfahrzeughaftpflicht, N 15 ff., 291 ff.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, Haftpflichtrecht, § 1 N 58 f.; BGE 118 II 176, 179).
- 11 **Personenschaden** ist Schaden infolge von Tötung oder Verletzung eines Menschen. Die Folgen einer solchen Schädigung sind näher geregelt durch die Art. 45–47. Ersatz ist beim Personenschaden für die *wirtschaftlichen Nachteile* zu leisten, welche die Tötung oder Verletzung eines Menschen nach sich zieht (BGE 95 II 255, 263 ff.). Personenschaden führt häufig sowohl zu *damnum emergens* (Heilungskosten, Kosten der Geschäftsführung im Interesse des Geschädigten u.a.) als auch zu *lucrum cessans* (Lohnausfall).
- 12 **Sachschaden** ist der Schaden, der durch Beschädigung, Zerstörung oder Verlust einer Sache entsteht. Eine Sache ist nur dann beschädigt, wenn sie in ihrer *Substanz* – entweder auf molekularer Ebene oder als Ganzes – beeinträchtigt ist. Dies kann z.B. auch der Fall sein bei einer radioaktiven Verstrahlung (BGE 116 II 480, 492), einer (reversiblen) Zerlegung in Einzelteile oder beim Ablassen von Luft aus einem Autoreifen. Wertminderungen ohne Substanzbeein-

trächtigung – z.B. eine Entwertung durch die Inverkehrbringung von Duplikaten – stellen dagegen einen reinen Vermögensschaden dar (vgl. BGE 118 II 342, 346 = Pra 1993, 803; a.A. FUHRER, 85 f.). In Abweichung von der Voraufg. handelt es sich bei der Beschädigung von EDV-Dateien nicht um Sachschäden (vgl. dazu HONSELL/ISENRING/KESSLER, Haftpflichtrecht, § 4 N 18; a.A. FUHRER, 89 ff.). Bei Vorsatz hilft jedoch Art. 144^{bis} StGB als Schutznorm. Zu ersetzen sind bei Sachschäden die Reparaturkosten und ein verbleibender Minderwert (BGE 84 II 158, 163). Wenn eine Reparatur nicht möglich ist oder teurer als die Ersatzanschaffung wäre (sog. *wirtschaftlicher Totalschaden*), so sind die Anschaffungskosten für einen gleichwertigen Ersatzgegenstand geschuldet (CHK-CH. MÜLLER, N 30; Ausnahme: Art. 42 Abs. 3). Entsteht dabei ein Mehrwert, so ist dieser nur dann vom geschuldeten Schadenersatz in Abzug zu bringen («neu für alt»; s. Art. 42 N 7 f. zur Vorteilsanrechnung), wenn der Geschädigte ansonsten *klar* bereichert würde (BGer, 26.9.2007, 4C.87/2007, E. 5 = njus 2007, 33). Bei Beschädigung oder Zerstörung einer Sache ist hinsichtlich der Schadensfrage vom *objektiven* Wert, d.h. vom Verkehrswert, auszugehen (vgl. BGE 127 III 73, 77; Zeitwert; s. betr. Affektionswert N 5). Ein Schaden entsteht nicht erst, wenn eine beschädigte oder zerstörte Sache verkauft wird und daraus eine Einbusse resultiert. Es steht dem Geschädigten frei, die minderwertige Sache zu behalten und den Schadenersatzanspruch geltend zu machen (BGE 64 II 137, 138). Ein Sachschaden liegt auch vor, wenn z.B. Klärschlamm so verunreinigt worden ist, dass seine landwirtschaftliche Verwendung nicht mehr möglich ist und er aufwändig vernichtet werden muss (BGE 118 II 176 ff.). Bei *vorübergehendem Ausfall* einer beschädigten Sache sind neben der Leistung von Schadenersatz für den Minderwert und für Gewinnausfall häufig auch die Kosten für die vorübergehende Benutzung eines Ersatzgegenstandes zu ersetzen (s. N 4; vgl. BK-BREHM, N 79 ff.).

Schaden, der weder Personen- noch Sachschaden ist, wird als **sonstiger (Vermögens-) Schaden** bezeichnet. Gemeint sind damit Schädigungen, welche das Vermögen einer Person treffen, ohne dass es zu einer Tötung oder Körperverletzung bzw. zu einer Beschädigung oder zum Verlust einer Sache kommt. Vermögensschäden im Zusammenhang mit einem Personen- oder Sachschaden sind dagegen diesen Schadenskategorien zuzuordnen; sie stellen keinen «sonstigen» Schaden dar. So bilden etwa auch Anwaltskosten im Zusammenhang mit einem Personen- oder Sachschaden grundsätzlich einen ersatzfähigen Schadensposten, wenn der Geschädigte nachweist, dass sie gerechtfertigt, nötig und angemessen sind (vgl. BGE 97 II 259, 267; 133 II 361, 363 f. = Pra 2008, 185 f.; BGer, 16.3.2010, 4A_630/2009, E. 3 = njus 2010, 34; GAUCH, recht 1994, 193). Wenn das anwendbare Prozessrecht aber den Ersatz prozessualer bzw. vorprozessualer Anwaltskosten vorsieht, ist allein dieses Recht anwendbar und kommt eine zusätzliche ausservertragliche Schadenersatzforderung für diese Posten nicht in Betracht (BGer, 9.5.2006, 2P.165/2005, E. 6.1 = njus 2006, 25 f.; BGer, 3.12.2009, 6B_509/2009, E. 4; vgl. zum Erfordernis der Unterscheidung zwischen vorprozessualen und prozessualen Aufwänden in der Kostennote BGer, 12.5.2006, 4C.55/2006, E. 4). Zu nennen ist sodann der sog. *Haushaltsschaden*, welcher als Folge einer Tötung oder Verletzung der haushaltführenden Person entsteht (BGE 129 II 145, 150 ff.; 129 III 135, 151 ff. = Pra 2003, 356 ff.; vgl. Art. 42 N 3a). Sonstige Vermögensschäden, die zwar nicht im Zusammenhang mit Personen- oder Sachschaden, aber mit der Verletzung anderer absoluter Rechtsgüter stehen, resultieren namentlich als Folge unerlaubter Handlungen im Wirtschaftsleben. Zu denken ist an Patentverletzungen, unlauteren Wettbewerb (vgl. BGer, 20.9.2006, 4C.225/2006), Markenverletzungen oder Kreditschädigungen. Die Auffangkategorie des sonstigen Schadens als Schadensart ist für das allg. Haftpflichtrecht ohne besondere Bedeutung. Hingegen kommt sie dort zum Tragen, wo haftungsrechtliche *Spezialgesetze* die Haftpflicht eines Schädigers auf Personen- und/oder Sachschaden begrenzen. Es ist dabei **str.**, wie das Verhältnis zwischen dem allg. Haftungsregime und den Spezialgesetzen sein soll (vgl. BGE 106 II 75, 77 betr. Art. 58 Abs. 1 SVG: Spezialgesetz geht vor; für eine konkurrierende Anwendbarkeit von Art. 41 in solchen Fällen dagegen N 1 sowie KRAMER, recht 1984, 129 ff.; LORANDI, 20 f.; KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Vor Art. 41–61 N 13; SCHWENZER, N 49.12).

13

3. Adäquater Kausalzusammenhang zwischen haftpflichtbegründendem Verhalten und Schaden

a) Natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang

- 14** Zwischen einem haftungsbegründenden Umstand und dem Schaden, dessen Ersatz verlangt wird, muss als weitere Haftungsvoraussetzung das *Verhältnis von Ursache und Wirkung* bestehen (Kausalzusammenhang). Der **natürliche Kausalzusammenhang** ist im Haftpflichtrecht gleich wie im Sozialversicherungsrecht (vgl. BGer, 17.11.2009, 4A_494/2009, E. 2.2; 17.2.2010, 4A_65/2009, E. 5.1 = njus 2010, 48) nach logischen und naturgesetzlichen Gesichtspunkten zu beurteilen (BGE 123 III 110, 112; 119 Ib 334, 343; vgl. zu den sich dabei ergebenden Problemen HONSELL/ISENRING/KESSLER, Haftpflichtrecht, § 3 N 1 ff.; LOSER, Kausalitätsprobleme, 133 ff.; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.04 ff.; ROMERIO, 14 ff., 25 ff.). Dabei ergibt sich, dass allein gestützt auf eine solche Betrachtungsweise jedes Ereignis «unzählige Ursachen» hat (OFTINGER/STARK, I, 107). Um im Haftungsrecht die als rechtserheblich empfundene(n) Ursache(n) herauszuschälen, sind normative Abgrenzungskriterien zu formulieren.
- 15** Der natürliche Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn ein Verhalten (Umstand) unabdingbare Voraussetzung (*conditio sine qua non*) für ein Schadensereignis ist (BGE 128 III 174, 177). Dabei ist nicht erforderlich, dass es sich um die einzige oder unmittelbare Schadensursache handelt (*Äquivalenztheorie*; vgl. etwa BGer, 23.4.2010, 6B_183/2010, E. 3; 6.1.2014, 4A_307/2013). Für den Nachweis der natürlichen Kausalität gilt das Beweismass der **überwiegenden Wahrscheinlichkeit** (zum Ganzen BGE 133 III 462, 470 = Pra 2008, 206), zumindest «soweit sich ein direkter Beweis aufgrund der Natur der Sache nicht führen lässt» (BGE 133 III 153, 162). *Überwiegend* ist eine Wahrscheinlichkeit, «wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen» (BGE 132 III 715, 720; vgl. auch 130 III 321, 325; 133 III 81, 89 = Pra 2007, 633). Eine gutachterlich auf 51 % geschätzte Wahrscheinlichkeit gilt *nicht* als überwiegend (BGer, 23.9.2008, 4A_397/2008, E. 4.3). Hat der Schädiger pflichtwidrig eine Beweisnot geschaffen, so rechtfertigt sich aber eine (zusätzliche) Herabsetzung des Beweismasses (vgl. BGer, 9.7.2010, 4A_48/2010, E. 7.5.1). Vgl. zum *Regelbeweismass* Art. 42 N 9. – Feststellungen betr. den natürlichen Kausalzusammenhang beschlagen die *tatsächlichen* Verhältnisse und binden das BGer unter Willkürvorbehalt (BGE 130 III 591, 601; 128 III 180, 185; Willkür bejaht z.B. in BGer, 15.3.2010, 4D_151/2009, E. 2 = njus 2010, 49 f.; verneint z.B. in BGer, 1.12.2010, 4A_536/2010, E. 2 = njus 2010, 109).
- 16** Zur Eingrenzung der sich aus der natürlichen Kausalität ergebenden «Ursachenpalette» dient die **Adäquanztheorie**. Danach wird nur eine Ursache als haftungsbegründend angesehen, die «nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens geeignet ist, einen Erfolg wie den eingetretenen herbeizuführen oder mindestens zu begünstigen» (BGer, 23.4.2010, 6B_183/2010, E. 3; vgl. auch BGE 135 IV 56, 64; 129 II 312, 318 = Pra 2004, 31). Dabei zählt die *objektive Voraussehbarkeit* des Schadensereignisses (BGE 131 IV 145, 147 = Pra 2006, 498; Perspektive einer unabhängigen Drittperson; krit. JAUN, 233 ff., 335 f.). Aus dieser Objektivierung und Normativierung folgt, dass der adäquate Kausalzusammenhang auf dem Weg der *nachträglichen oder retrospektiven* Prognose zu beurteilen ist, d.h. «unter Auswertung aller ex post bekannten Umstände» (BGE 135 IV 56, 65). Über die Adäquanzfrage ist «in Kenntnis des nunmehr eingetretenen Erfolges und der gesamten tatbeständlichen Situation» zu entscheiden (OFTINGER/STARK, I, 115; vgl. auch REY, N 538 f.), wobei es in Kauf genommen wird, dass man hinterher immer klüger ist (vgl. zur Kritik zur ex-post-Betrachtung FREI, N 639 ff.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, Haftpflichtrecht, § 3 N 12; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.56). Diese Betrachtungsweise bewirkt den Ausschluss *subjektiver* Momente auf Seiten des präsumtiv Haftpflichtigen (vgl. BGE 119 Ib 334, 345; anders beim Ver-

schulden, vgl. N 48a; anders auch bei der strafrechtlichen Adäquanzbeurteilung, wo aus der subjektiveren Beurteilungsperspektive ein ex-ante-Massstab folgt, vgl. BGE 135 IV 56, 65). – Ob die Adäquanz des Kausalzusammenhangs zu bejahen ist, ist eine *Rechtsfrage* (BGer, 23.8.2010, 4A_169/2010, E. 3.2 = njus 2010, 41 f.; vgl. auch BGE 123 III 110, 111).

Auch wenn die Adäquanztheorie nicht immer zu befriedigen vermag, so hat sie sich in der schweizerischen Lehre und Rsp. zum Haftpflichtrecht durchgehend etabliert (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2948 ff.; KELLER, I, 80 ff.; zur Kritik vgl. HONSELL/ISERING/KESSLER, Haftpflichtrecht, § 3 N 6 ff.; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.54 ff.). Im *Strafrecht*, wo diesbez. eine feiner gegliederte Dogmatik besteht, ist die Adäquanz nur eines der Kriterien im Rahmen der weiter gefassten **objektiven Zurechnung**, welche auch die Frage nach der Reichweite des *Schutzzwecks von Normen* umfasst (vgl. DONATSCH/TAG 88 ff.; BGer, 8.5.2005, 6B_200/2007, E. 4.2 = njus 2008, 96; BGer, 28.10.2009, 6B_965/2008, E. 4.4.1 = njus 2009, 81; BGer, 4.10.2010, 6B_188/2010, E. 3.3.2 = njus 2010, 72 f.). Eine Übernahme dieser ausgereifteren strafrechtlichen Lehren ins Haftpflichtrecht ist angezeigt (vgl. JAUN, 253 f.; krit. zur Schutzzwecklehre CHK-CH. MÜLLER, N 37) und in der neueren Rsp. auch zu beobachten (vgl. STÖCKLI, 371). So lieferte das BGer im haftpflichtrechtlichen Urteil v. 1.6.2005, 4C.103/2005, E. 5.1 – allerdings unter dem Stichwort Adäquanz – eine treffende Definition der objektiven Zurechnung: «Unter Berücksichtigung aller Umstände, aber auch des Zwecks der einschlägigen Haftungsnorm ist danach zu fragen, ob der Eintritt des Schadens bei wertender Betrachtung billigerweise noch dem Haftpflichtigen zugerechnet werden darf» (vgl. auch BGE 123 III 110, 112 f.). Diese Entwicklung ist zu begrüßen, doch sollten aus dogmatischen Gründen nicht alle Kriterien der objektiven Zurechnung unter dem Titel der Adäquanz behandelt werden. Letztere sollte vielmehr auf die in N 16 genannten Aspekte beschränkt und weitere Fragen der objektiven Zurechnung in einem nachgelagerten Schritt untersucht werden (ähnlich REY, N 548).

Die Adäquanzfrage wird – wie mit Bezug auf das Strafrecht bereits angetönt (N 16) – abhängig vom Zweck des einschlägigen Normengefüges nicht in allen Rechtsgebieten gleich gehandhabt (BGE 123 III 110; BGer, 5.6.2007, 1A.230/2006, E. 3). Das **Sozialversicherungsrecht** (inkl. OHG) wird vom Gedanken der Solidarität getragen. Für die Beurteilung der Adäquanz psychischer Unfallfolgen wird dort in erster Linie auf die Schwere des Unfalls abgestellt (vgl. BGE 115 V 133, 139 f.). Im Haftpflichtrecht dagegen ist die Schwere des Unfalls grundsätzlich nur im Rahmen von Art. 44 von Bedeutung (BGer, 25.3.2009, 4A_45/2009, E. 3.3.2 = njus 2009, 47 f.). Insbesondere mit Bezug auf psychische «Fehlentwicklungen» nach einem Unfall werden dadurch im Sozialversicherungsrecht gegenwärtig höhere Anforderungen an die Adäquanz gestellt als im Haftpflichtrecht (BGer, 7.3.2008, 8C_209/2007, E. 4; 25.3.2009, 4A_45/2009, E. 3.3.1 = njus 2009, 47). Folgenreich sind insb. die jüngeren Entscheide zur sozialversicherungsrechtlichen Schleudertrauma-Praxis: BGE 134 V 109 ff. («verfrühte Adäquanzprüfung»); 134 V 231 ff. (funktionelle Magnetresonanztomographie); 136 V 279 ff. (Invalidität ist grundsätzlich keine adäquat-kausale Folge eines unfallbedingten Schleudertraumas).

Neuere Entscheidungen des BGer zur haftpflichtrechtlichen Adäquanz (vgl. auch die Übersichten bei BK-BREHM, N 120 ff., 133; GAUCH/AEPLI/STÖCKLI, N 21 ff.): BGer, 26.10.2010, 6B_733/2010, E. 1 = njus 2010, 54 f. (mit Kritik): Kein adäquater Kausalzusammenhang zwischen einer Augenoperation und singulären Behandlungsfolgen, die das Sehen beeinträchtigen; BGer, 21.10.2008, 6B_468/2008, E. 2–4 = njus 2008, 77 f.: Verantwortung für den von einem Jungschützen verursachten Unfall mit einem Sturmgewehr (vgl. auch BGE 112 II 138, 141); BGer, 18.6.2007, 4A_7/2007, E. 5: Schäden, die jemand beim Versuch erleidet, einem anderen zu helfen, können nicht generell dem Verursacher der Notsituation zugerechnet werden; BGE 119 Ib 334 ff.: Adäquater Kausalzusammenhang zwischen einer Sondierbohrung und den Bewegungen eines Staudammes (a.a.O., 345: Adäquanz von seltenen Folgen, die einem Laien aussergewöhnlich scheinen, einem Experten dagegen nicht); 116 II 480, 487:

Unverkäuflichkeit von Gemüse als adäquate Folge von dessen radioaktiver Verstrahlung; 113 III 94, 99: Schaden durch betriebsrechtlichen Arrest; 112 II 439, 442: Adäquate Verursachung von Schäden, die in die Strasse hineinragende Äste an Fahrzeugen anrichten, durch Unterlassen eines Baumschnittes, nicht aber durch fehlende behördliche Aufforderung dazu; 112 II 118, 127: Adäquater Kausalzusammenhang zwischen Flugzeugabsturz und Nervenschock; 111 II 471, 479: Adäquanz zwischen Kreditauskunft und Debitorenverlust.

18 Der adäquate Kausalzusammenhang kann auch durch **Unterlassung** begründet werden (BGE 124 III 155, 165; 121 III 358 ff.). Rechtlich wird dabei dem Haftpflichtigen der Vorwurf gemacht, er unterlasse die Änderung des Kausalablaufs, zu der er verpflichtet wäre (OFTINGER/STARK, I, 126 f.). Der sog. *hypothetische Kausalzusammenhang* zwischen Unterlassung und Schadenseintritt wird bejaht, wenn rechtzeitiges Handeln die Schädigung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte (BGer, 19.10.2010, 2C_834/2009, E. 2.3; vgl. auch N 29a). Die hypothetische Kausalität wird im Rahmen des natürlichen Kausalzusammenhangs beurteilt. Die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen ist oft heikel und trägt zuweilen willkürlich anmutende Züge (vgl. etwa BGer, 27.10.2009, 6B_547/2009, E. 4.1 f. = njus 2009, 95 f.; vgl. auch ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.10 f.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, Haftpflichtrecht, § 3 N 35).

19 Auch bei der Zurechnung von Schäden zu Unterlassungen ist zwischen natürlichem und adäquatem Kausalzusammenhang zu unterscheiden (BGE 115 II 440, 447; BGer, 22.12.2008, 4A_464/2008, E. 3 = njus 2008, 62; REY, N 593 ff.). Indessen beruht der natürliche Kausalzusammenhang bei einer Unterlassung wie gesehen (s. N 18) auf der *hypothetischen* Annahme, der Schaden wäre bei rechtmässigem Handeln nicht eingetreten (BGE 124 III 155, 165). Daraus ergibt sich – wie das BGer erkannt hat – «gegenüber dem Fall der Handlung die Besonderheit, dass der Sachrichter bereits bei der Feststellung dieses Zusammenhangs i.d.R. auch auf die allg. Lebenserfahrung abstellt und damit bestimmte, nach dieser Erfahrung unwahrscheinliche Geschehensabläufe von vornherein ausser Betracht lässt. Die wertenden Gesichtspunkte, welche sonst erst bei der Beurteilung der Adäquanz zum Tragen kommen, spielen deshalb schon bei der Feststellung der hypothetischen Kausalität eine Rolle» (BGE 115 II 440, 447 f.), weshalb sich eine zusätzliche Adäquanzprüfung i.d.R. erübrigt (BGE 132 III 715, 718 f.). Die Beachtung der konkreten Umstände und deren Würdigung führen somit zu einer **Vorverlegung der Adäquanzfrage** (vgl. KRAMER, ZBJV 1987, 301 ff.; STUDHALTER, 182 ff.). Die Prüfung der hypothetischen Kausalität bei einer Unterlassung stellt trotz der enthaltenen Adäquanzfragen i.d.R. eine **Tatfrage** dar und bindet das BGer entsprechend (BGE 132 III 715, 719; diff. BGer, 22.12.2008, 4A_464/2008, E. 3 = njus 2008, 62; krit. njus 2006, 47 ff.).

19a Die Haftung für eine Unterlassung setzt zusätzlich voraus, dass eine **Pflicht zum Handeln** bestanden hat. Dadurch ergibt sich eine Verknüpfung zwischen Adäquanz und Rechtswidrigkeit (vgl. N 37 f.). In diesem Zusammenhang ist der sog. *Gefahrensatz* von grosser Bedeutung: Wer einen gefährlichen Zustand schafft oder unterhält, aus dem angesichts der erkennbaren konkreten Umstände ein Schaden entstehen könnte, ist im Rahmen des Zumutbaren dafür verantwortlich, dass sich diese Gefahr nicht verwirklicht (sog. *Verkehrssicherungspflicht*; BGE 130 III 193, 195; BGer, 31.3.2008, 4A_520/2007, E. 2.1; OFTINGER/STARK, I, 127). Art und Umfang der zu ergreifenden Schutzmassnahmen richten sich nach den konkreten Umständen. Verkehrssicherungspflichten können sich aber auch explizit aus Rechtsnormen oder aus allg. anerkannten Regelungen privater oder halbstaatlicher Organisationen ergeben (BGE 126 III 113, 116 = Pra 2000, 1136; betr. SKUS-Richtlinien für Schneesportabfahrten BGer, 25.11.2008, 6B_659/2008, E. 2 und BezG Surselva, HAVE 2014, 55; betr. Tauchsport BGer, 28.10.2009, 6B_965/2008, E. 4.4.1 = njus 2009, 81). Auch behördliche Betriebsbewilligungen, Betriebsvorschriften des Produktherstellers oder interne Betriebsvorschriften können Quellen von Sicherungspflichten sein (vgl. BGer, 12.6.2009, 6B_175/2009, E. 3.1.). – Nach aktueller Rsp. des BGer vermag der Gefahrensatz zwar Handlungspflichten, nicht aber die

Widerrechtlichkeit reiner Vermögensschäden zu begründen (s. N 38). Er ist sodann im Zusammenhang mit der Beurteilung des Verschuldens von Bedeutung (s. N 48b).

b) Wegfall der Adäquanz

Ein an sich gegebener adäquater Kausalzusammenhang kann nach Lehre und Rsp. – juristisch betrachtet – durch hinzutretende weitere Ursachen **unterbrochen** bzw. aufgehoben werden (vgl. OFTINGER/STARK, I, 154). Da indessen die Adäquanz einer «Primärursache» an sich bejaht wird, muss die neue Ursache eine gewisse *Intensität* aufweisen, um eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs zu bewirken und nicht lediglich als mitwirkende Teilursache betrachtet zu werden: Die Adäquanz natürlicher kausaler Schadensursachen ist nur zu verneinen, wenn «ganz aussergewöhnliche Umstände als Mitursache hinzutreten, mit denen schlechterdings nicht gerechnet werden musste» (BGer, 3.3.2015, 4A_115/2015, E. 6.4; 23.4.2010, 6B_183/2010, E. 3; vgl. auch BGE 135 IV 56, 64; 129 II 312, 318 = Pra 2004, 31). Die andere Ursache muss einen «derart hohen Wirkungsgrad» aufweisen, «dass die vom Schädiger gesetzte Ursache nach wertender Betrachtungsweise als rechtlich nicht mehr beachtlich erscheint» (BGE 130 III 182, 188; BGer, 9.4.2010, 6B_86/2010, E. 2.3; 20.2.2014, 4A_385/2013, E. 5). Im Hinblick auf die Theorie von der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs ist es allerdings widersprüchlich von der Unterbrechung eines bereits als adäquat gewerteten Kausalzusammenhangs zu sprechen, zumal die Adäquanz des Kausalzusammenhangs entweder vorliegt oder andernfalls von Beginn weg von Inadäquanz gesprochen werden muss. «Bei den echten Unterbrechungsgründen liegt entweder eine Unterbrechung des natürlichen Kausalzusammenhangs oder eine *hypothetische Kausalität* vor» (HONSELL/ISENRING/KESSLER, Haftpflichtrecht, § 3 N 37; vgl. auch KUKO OR-SCHÖNENBERGER, N 16; SCHWENZER, N 20.03 ff.).

20

Ungeachtet der Kritik, werden die **Unterbrechungsgründe** von Lehre und Praxis in *drei Gruppen* eingeteilt: Höhere Gewalt; grobes Selbstverschulden; grobes Drittverschulden. *Höhere Gewalt* ist ein unvorhersehbares, aussergewöhnliches Ereignis, das mit unwiderstehlicher Kraft von aussen hereinbricht (BGE 111 II 429, 433; BGer, 23.8.2010, 4A_169/2010, E. 3.2 = njus 2010, 41 f.). Die Vorhersehbarkeit eines Ereignisses ist im Licht der konkreten Umstände zu würdigen. Wird höhere Gewalt bejaht, so ist der Kausalzusammenhang unterbrochen. Als Bsp. sind ein Erdbeben, i.d.R. ein Blitzschlag sowie gewisse kriegerische Ereignisse zu nennen. Vgl. BGE 111 II 429, 433 f.; 100 II 134, 142; 91 II 474, 487: Besonders heftige Unwetter als Fälle höherer Gewalt; BGE 90 II 9, 11 = Pra 1964, 154: Keine höhere Gewalt ist ein heftiger Windstoss, der einen nicht richtig befestigten Leitungsmast umwirft; BGer, 23.8.2010, 4A_169/2010, E. 3.2 = njus 2010, 41 f.: Höhere Gewalt verneint mit Bezug auf schlechte Konjunkturphasen. *Selbstverschulden* und *Drittverschulden* sind nur dann Gründe für eine Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs, wenn das betr. Verschulden grob und sehr intensiv, d.h. «derart ausserhalb des normalen Geschehens liegt, derart unsinnig ist, dass damit nicht zu rechnen war» (BGer, 20.11.2014, 4A_115/2014, E. 6.4.1; BGE 116 II 519, 524; s.a. 124 III 182, 186; vgl. auch N 49).

21

Namentlich bei Gefährdungshaftungen und bei der höheren Gewalt sind besonders **strenge Anforderungen** an eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs zu stellen. Eine solche ist hier nur anzunehmen, wenn der Unterbrechungsgrund die einzige Schadensursache darstellt oder gegenüber anderen Faktoren, namentlich der Betriebsgefahr der Gefahrenquelle, an ursächlicher Bedeutung so sehr überwiegt, dass diese als adäquate Mitursache ausscheiden. Haben neben der normalen Betriebsgefahr weitere vom Gefährdungshaftpflichtigen zu vertretende Umstände den Schaden mitverursacht (z.B. eine erhöhte Betriebsgefahr), so reicht i.d.R. auch ein grobes Selbst- oder Drittverschulden zur Unterbrechung der Kausalität nicht aus (BGer, 22.12.2008, 4A_453/2008, E. 3 betr. Eisenbahnhaftpflicht; vgl. Art. 59 Abs. 1 SVG und dazu BGer, 23.12.2009, 4A_479/2009, E. 5; 11.1.2010, 4A_499/2009, E. 2 ff.). Die Kausalität wird nach der Rsp. des BGer aber auch bei einfachen Kausalhaftungen nicht

21a

FURRER-WEY, Art. 97–98 OR N 19 ff.; KUKO OR-THIER, Einl. zu 97–109 N 5; SCHWENZER, N 5.03, 54.04, 67.06). Diese **Anspruchskonkurrenz**, bei der die beiden Ansprüche zwar nebeneinander stehen, nicht aber kumuliert werden können (BK-WEBER, N 107), ist für die Frage der Beweislast für das Verschulden des Schädigers (Art. 97 Abs. 1 bzw. Art. 41 Abs. 1), die Haftung für Hilfspersonen (Art. 101 bzw. Art. 55) und die Verjährung (Art. 127 bzw. Art. 60) von Bedeutung. Nur ausnahmsweise ist die Berufung auf das Deliktsrecht für den Geschädigten von Vorteil, nämlich wenn der Verletzer kausal haftet, ihm also der Exkulpationsbeweis verwehrt bleibt (z.B. Art. 58; BK-WEBER, N 108; vgl. SCHWENZER, N 5.04), oder wenn der Geschädigte seiner Prüfungs- oder Rügeobligiegenheit nicht nachgekommen ist (vgl. BGE 113 II 246; 112 II 141; 99 II 321 m.Nw.; 90 II 88; VON TUHR/ESCHER, 108; BUCHER, AT, 336 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 3070 ff.; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 26 N 30; Art. 41 N 2).

VI. Das Verhältnis der Art. 97 ff. zum Besonderen Teil des OR

- 16** Probleme ergeben sich auch zwischen den Leistungsstörungenformen des Allgemeinen und denjenigen des Besonderen Teils des OR. Dabei handelt es sich nur um einen Teilaspekt der grundsätzlichen Problematik des Verhältnisses beider Teile zueinander. Prinzipiell ist davon auszugehen, dass nach Beginn der Erfüllung, insb. der Übergabe der Sache die *Regeln des Besonderen Teils Vorrang haben und ausschliesslich Anwendung finden* (so BGE, 27.10.2014, 4A_387/2014, E. 4.2; BGE 100 II 32 für den Werkvertrag; dazu auch BGE 117 II 553 = Pra 1992, 592 ff.; s. Art. 97 N 29). Die Rechtspraxis in der Schweiz neigt jedoch zumindest im Kaufrecht zum Gegenteil. So sollen neben den Gewährleistungstatbeständen des Kaufrechts nicht nur die Regeln des Grundlagenirrtums, sondern auch die Leistungsstörungsregeln der Art. 97 ff. Anwendung finden (vgl. BGE 133 III 335; Art. 97 N 27 ff.; Vor Art. 192 ff. N 6). Die Alternativität der Rechtsbehelfe des Allgemeinen Teils zu denjenigen des Besonderen Teils widerspricht nicht nur der Systematik des Gesetzes, sie führt in aller Regel auch zu unbefriedigenden Ergebnissen (vgl. auch CHK-FURRER/WEY, Art. 97–98 OR N 22; KUKO OR-THIER, Einl. zu Art. 97–109 N 7). Langfristig wäre deshalb anzustreben, dass die *Rechtsbehelfe des Allgemeinen Teils nur subsidiär* und nur dort zur Anwendung kommen, wo der Besondere Teil keine Leistungsstörungsregeln enthält, wie etwa im Auftragsrecht. Als richtungsweisend kann die Regelung im neuen Mietrecht gelten (vgl. Art. 258 und dazu WIEGAND, recht 1992, 110 ff.; vgl. auch BK-WEBER, N 110 f.; GLÄTTLI, Diss., 8).

Art. 97

A. Ausbleiben der Erfüllung

I. Ersatzpflicht des Schuldners

1. Im Allgemeinen

¹ Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.

² Für die Vollstreckung gelten die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs sowie der Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO).

- A. Inexécution
- I. Responsabilité du débiteur
- 1. En général

¹ Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.

² Les dispositions de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite et du code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC) s'appliquent à l'exécution.

- A. Inadempimento
 I. Responsabilità del debitore
 1. In genere
- ¹ Il debitore che non adempie l'obbligazione o non la adempie nel debito modo, è tenuto al risarcimento del danno derivatone, a meno che provi che nessuna colpa gli è imputabile.
² L'esecuzione è regolata dalle disposizioni della legge federale dell'11 aprile 1889 sull'esecuzione e sul fallimento e dal Codice di procedura civile del 19 dicembre 2008 (CPC).

Literatur

Vgl. die Literaturhinweise bei der Einleitung zu Art. 97–109.

I. Normzweck und Anwendungsbereich

Die Vorschrift bestimmt die *Rechtsfolgen*, die sich aus der *Vertragsverletzung* ergeben. Der Schuldner hat dem Gläubiger **Schadenersatz** zu leisten, sofern er nicht den Beweis erbringen kann, *dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle*. 1

Stellt man allein auf den Wortlaut der Bestimmung ab, so fallen alle Arten der Vertragsverletzung darunter; denn die Ersatzpflicht entsteht, *wenn die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden kann*. Unter die nichtgehörige Erfüllung fällt auch die Leistungsverzögerung, die jedoch, gemeinrechtlicher Tradition folgend, unter dem Titel *Verzug des Schuldners* in den Art. 102–109 eine Sonderregelung erfahren hat (vgl. Vor Art. 102–109 N 1). Aufgrund dieser Doppelspurigkeit kommt es zu Abgrenzungsproblemen zwischen Art. 97 und Art. 107 (vgl. N 11 ff.; Einl. zu Art. 97–109 N 2 f.).

Auf alle übrigen Fälle der *nichtgehörigen Erfüllung* oder **positiven Vertragsverletzung** findet Art. 97 direkte Anwendung (gl.M. CR CO I-THÉVENOZ, N 19; CHK-FURRER/WEY, Art. 97–98 OR N 4 ff.; KUKO OR-THIER, N 1). Die gelegentlich anzutreffende Ansicht, dass auf bestimmte Fallgestaltungen Art. 97 nur analog anzuwenden sei (so BUCHER, AT, 335 f.; ähnlich VON TUHR/ESCHER, 107), klammert sich zu stark an den (rein) grammatikalisch verstandenen Wortlaut. Jede Form der Vertragspflichtverletzung stellt zumindest eine nichtgehörige Erfüllung dar (so auch BK-WEBER, N 14; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2617). 2

Schliesslich ist Art. 97 auf *alle* Verbindlichkeiten anzuwenden. Die Vorschrift bezieht sich nicht nur auf Obligationen aus Verträgen jeder Art (also auch einseitig verpflichtende), sondern auf **Obligationen schlechthin**, wie z.B. Vermächtnisse, Herausgabepflichten oder sonstige gesetzliche Verpflichtungen, die *erfüllt* werden können. So im Ergebnis auch WALTER (FS Bucher, 761 ff.). In dessen Konzeption der «materiellen Forderungsverletzung» (kurze Beschreibung bei WIEGAND, recht 2010, 78, 82) findet Art. 97 bei Verletzung jeglicher Forderung Anwendung (vgl. BGer, 8.2.2010, 4A_306/2009, E. 6.1; N 25). 3

Art. 97 Abs. 2 enthält eine rein deklaratorische Regel über die *Art der Vollstreckung*, die sich auch ohne gesetzliche Regelung aus der in der Verfassung vorgesehenen Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen ergibt (Art. 122 BV), wobei seit Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung die kantonalen Vollstreckungsregeln weggefallen sind. 4

II. Voraussetzungen des Schadenersatzanspruchs

1. Allgemeines

Art. 97 enthält zwei unterschiedliche Tatbestände der Leistungsstörungen, die im Übrigen aber in den Haftungsvoraussetzungen und Rechtsfolgen übereinstimmen. Die *Voraussetzungen, die zu einer Haftung des Schuldners führen*, lassen sich deshalb für beide Tatbestände zusammenfassend folgendermassen formulieren: 5

- Die Verbindlichkeit kann überhaupt nicht oder nicht gehörig erfüllt werden (N 7 ff.).

- Dem Gläubiger ist ein dadurch verursachter Schaden entstanden (N 38 ff.).
 - Der Schuldner kann nicht beweisen, dass ihn daran keinerlei Verschulden trifft (N 42 ff.).
- 6 Neben diesen direkt dem Gesetzeswortlaut zu entnehmenden Voraussetzungen lässt sich noch ein weiteres Tatbestandsmerkmal ableiten, das nur aus der Gesamtkonzeption der Norm erschlossen werden kann. Jede Verpflichtung zum Schadenersatz setzt im Privatrecht ein von der Rechtsordnung missbilligtes Verhalten, die sog. **Rechtswidrigkeit**, voraus. Während diese im Deliktsrecht ausdrücklich als Tatbestandsmerkmal normiert ist, findet sie in Art. 97 in den Worten *Nichterfüllung* und *nichtgehörige Erfüllung* Niederschlag. Beide Tatbestände stellen eine Vertragsverletzung und somit eine objektive Pflichtwidrigkeit dar, die im Bereich des Vertrages an die Stelle der Rechtswidrigkeit bzw. der Widerrechtlichkeit im ausservertraglichen Bereich tritt (vgl. BUCHER, AT, 341; WIEGAND, recht 1983, 3; vgl. auch KUKO ORTHIER, N 5, 13; Handkomm-OR-KREN KOSTKIEWICZ, N 3 f., 11). Bei der Nichterfüllung verletzt der Schuldner seine vertragliche Hauptpflicht, den Vertrag zu erfüllen, während er bei der nichtgehörigen Erfüllung eine andere vertragliche (Neben-)Pflicht verletzt (vgl. dazu N 25 f. und 32 ff.). Praktische Relevanz hat dieses Kriterium eigentlich nie; denn mit dem Nachweis der Nichterfüllung oder der nichtgehörigen Erfüllung ist immer auch zugleich der Nachweis der Pflichtwidrigkeit und damit einer Vertragsverletzung erbracht.

2. Die Nichterfüllung

- 7 Nichterfüllung liegt vor, wenn die vom Schuldner zu erbringende Leistung nicht mehr erbracht werden kann. Es handelt sich also um einen Fall der **Unmöglichkeit**. Dass Art. 97 den Begriff der Unmöglichkeit nicht verwendet, ist allein auf redaktionelle Erwägungen zurückzuführen. Man wollte die nichtgehörige Erfüllung und die Nichterfüllung in einem einheitlichen Tatbestand zusammenfassen. Infolgedessen kann die erste Alternative von Art. 97 so umschrieben werden: Sie betrifft die **nachträgliche, objektive oder subjektive, rechtliche oder tatsächliche, teilweise oder vollkommene, dauernde, verschuldete Unmöglichkeit**.

Im Folgenden sind diese Formen der Unmöglichkeit und die Anwendungsmodalitäten von Art. 97 im Einzelnen darzulegen:

- 8 a) **Nachträgliche Unmöglichkeit:** Art. 97 findet nur Anwendung, wenn eine Verpflichtung zur Leistung durch Vertrag oder eine andere Obligation begründet und die Leistung nach deren Begründung unmöglich wurde. War schon zur Zeit der Begründung der Obligation deren Erfüllung objektiv nicht möglich, bewirkt dies bei einem Vertragsschluss Nichtigkeit gem. Art. 20; bei anderen Verbindlichkeiten findet Art. 20 entsprechende Anwendung. War sie subjektiv unmöglich (*anfängliches Unvermögen*) findet Art. 97 analog Anwendung (s. N 12).
- 9 b) Das Leistungshindernis, das der Erfüllung entgegensteht, kann **tatsächlicher oder rechtlicher Natur** sein. *Rechtliche* Gründe sind bspw. Pfändung oder Beschlagnahme des geschuldeten Leistungsgegenstandes, Einfuhr-, Durchfuhr- oder Ausfuhrverbote, Expropriation, sonstige staatliche Hoheitsakte oder gesetzliche Verbote (vgl. z.B. BGE 112 II 235; 111 II 352; 110 II 241 = Pra 1984, 656 ff.; BGE 103 II 186; SJZ 1985, 181; ZR 1938, 225 ff.; WIEGAND, recht 1983, 2; VON TUHR/ESCHER, 94; BUCHER, AT, 419; KELLER/SCHÖBI, I, 245; BK-WEBER, N 113; als negatives Bsp. vgl. etwa BGE 116 II 514; ein Leistungshindernis, das auf einem öffentlich-rechtlichen Hoheitsakt beruht, wird im italienischen Recht plastisch als *factum principis* bezeichnet). *Tatsächliche* Ursachen bilden bspw. ungerechtfertigte Eingriffe Dritter oder ein Naturereignis, das den Leistungsgegenstand zerstört hat (vgl. BGE 107 II 148 = Pra 1981, 464 f.; ZK-AEPLI, Art. 119 OR N 45; VON TUHR/ESCHER, 94; KELLER/SCHÖBI, I, 245; BK-WEBER, N 112).
- 10 c) **Objektive Unmöglichkeit** liegt dann vor, wenn eines der vorgenannten Leistungshindernisse dazu führt, dass *niemand* mehr in der Lage ist, die Verbindlichkeit zu erfüllen, wie etwa beim Untergang des Leistungsgegenstandes oder bei einem generellen gesetzlichen Verbot.

d) Nach der von der Rechtsprechung und überwiegenden Literatur vertretenen Auffassung fällt auch der Fall der sog. **subjektiven Unmöglichkeit** unter Art. 97 (BK-WEBER, N 119 ff.; KUKO OR-THIER, N 5; SCHWENZER 63.13; bestätigt in BGer, 2.10.2012, 4A_189/2010, E. 5.2; BGE 135 III 218, dazu N 14). Diese liegt dann vor, wenn die Erfüllung zwar an sich möglich, aber der Schuldner, der die Leistung versprochen hat, dazu nicht in der Lage ist. Deshalb spricht man in diesen Fällen auch vom **Unvermögen**. Dabei treten verschiedene Fragen auf:

aa) *Anfängliche* subjektive Unmöglichkeit: Während die anfängliche objektive Unmöglichkeit im Art. 20 geregelt ist (vgl. BGer, 21.12.2005, 4C.275/2005, sowie die Kommentierung zu Art. 20), findet sich keine Bestimmung für den Fall, da der Schuldner schon bei Abschluss des Vertrages zu der versprochenen Leistung nicht in der Lage ist. Nach herrschender und richtiger Ansicht ist Art. 97 auf die anfängliche subjektive Unmöglichkeit analog anzuwenden (BGE 88 II 203; 42 II 37; vgl. auch BGE 117 II 71; 111 II 354). Für die Haftung ist freilich zusätzlich erforderlich, dass der Schuldner bei Eingehung der Verpflichtung in vorwerfbarer Weise verkannt hat, dass er zu der versprochenen Leistung nicht in der Lage sei (sog. *Übernahmeverschulden*, vgl. BGE 111 II 354; 117 II 72 und den in dieser Hinsicht allerdings nicht unproblematischen Entscheid BGE 124 III 155, vgl. auch Art. 99 N 11 BK-WEBER, N 110; ausdrücklich in diesem Sinne jetzt die Neufassung des BGB § 311a). Kann der Schuldner darlegen, dass ihn kein *Übernahmeverschulden* trifft, findet Art. 119 Anwendung (so zu Recht SCHWENZER, N 64.08; KUKO OR-THIER, N 5; a.A. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2574).

bb) Verschiedentlich wird die Auffassung vertreten, dass die *subjektive Unmöglichkeit überhaupt nicht unter Art. 97 zu subsumieren sei*, sondern dass auf diese Fälle die Verzugsvorschriften Anwendung finden sollten (so GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2575 ff. m.Nw.; ZK-AEPLI, Art. 119 OR N 49 m.Nw.; krit. dazu BK-WEBER, N 124; Darstellung der kontroversen Meinungen in: CHK-FURRER/WEY, Art. 97–98 OR N 40 f.). Eine ausdrücklich darauf bezogene höchstrichterliche Entscheidung liegt nicht vor, allenfalls eine mittelbare Bestätigung der h.L. in BGE 82 II 338. Im schon in N 11 erwähnten Entscheid (BGE 135 III 218) hat das BGer mit Selbstverständlichkeit angenommen, dass nachträgliche subjektive Unmöglichkeit vorliege, «wenn die Erfüllung zwar an sich möglich, aber der Schuldner dazu ausserstande ist». Ohne auf abweichende Auffassungen in der Schweiz einzugehen, verweist es auf die übereinstimmende Lehre und Rechtsprechung in Deutschland, Italien und Österreich. Die Praxis wird deshalb davon ausgehen müssen, dass die subjektive Unmöglichkeit nach Art. 97 zu behandeln ist. In der Tat bestehen gegen die Differenzierung von subjektiver und objektiver Unmöglichkeit nach Vertragsschluss grundsätzliche Bedenken: Zum einen erweist sich die Abgrenzung auch hier als Wertungsfrage (vgl. N 17). So geht etwa das deutsche Recht im Falle des Diebstahls des zu leistenden Gegenstandes von einer subjektiven Unmöglichkeit aus, während man im schweizerischen Recht eine objektive Unmöglichkeit annimmt (vgl. WIEGAND, recht 1983, 7 m.Nw.). Zum anderen kann es für die Anwendbarkeit von Art. 97 letztlich nicht auf die Gründe ankommen, aus denen der Schuldner nicht erfüllt, sondern allein darauf, ob er die Umstände, die zur Nichterfüllung geführt haben, zu vertreten hat oder nicht. Im Übrigen dürfen die Auswirkungen der unterschiedlichen Behandlung nicht überschätzt werden. Wendet man Art. 97 nicht an, kann der Gläubiger über Art. 107 zum Schadenersatz gelangen (zum Ganzen SCHWENZER, N 63.13).

cc) Fraglich ist schliesslich, ob subjektive Unmöglichkeit anzunehmen ist, wenn die Leistung den Schuldner *überfordert*. Man spricht in diesem Zusammenhang von **Unerschwinglichkeit** und **Unzumutbarkeit** der Leistung. Die Berechtigung einer derartigen Einschränkung der Leistungspflicht des Schuldners ist umstritten. Überwiegend wird Folgendes angenommen: Blosser Schwierigkeiten oder Unannehmlichkeiten bei der Erfüllung, bspw. hervorgerufen durch steigende Preise bzw. Löhne, durch Arbeitseinstellung im Betrieb des Schuldners oder durch Geldmangel, begründen keine subjektive Unmöglichkeit (vgl. ZR 1994, 59 ff.; von

TUHR/ESCHER, 95; KELLER/SCHÖBI, I, 247; BK-WEBER, N 120; CHK-FURRER/WEY, N 33; KUKO OR-THIER, N 9). Auch besondere Opfer und Anstrengungen führen nicht automatisch dazu, dass Unzumutbarkeit anzunehmen ist. Erst *wenn die zur Erfüllung erforderlichen Mühen und Aufwendungen in keinem vernünftigen Verhältnis zum Wert der Leistung stehen, wird eine der Unmöglichkeit gleichstehende Unerschwinglichkeit der Leistung angenommen* (VON TUHR/ESCHER, 95 f.; vgl. BGE 135 III 219; 126 III 75 [dazu WIEGAND, ZBJV 2002, 320 ff., 324]; 116 II 512; 68 II 172; 44 II 69; BUCHER, AT, 418 FN 7; SCHWENZER, N 63.06; krit. ZK-AEPLI, Art. 119 N 43 m.Nw.; KELLER/SCHÖBI, I, 247; **a.A.**: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2565; BK-WEBER, N 134; KUKO OR-THIER, N 9, alle eher für Anwendung der *clausula rebus sic stantibus*). Ist der Schuldner zur persönlichen Erfüllung verpflichtet (vgl. Art. 68), nimmt man Unmöglichkeit an, *wenn sie für den Schuldner mit einer Gefährdung von Leben und Gesundheit verbunden ist, welche über das durch seine Stellung oder seinen Beruf gerechtfertigte Mass hinausgeht* (VON TUHR/ESCHER, 94 f.; WIEGAND, recht 1983, 8; KELLER/SCHÖBI, I, 248; ZK-AEPLI, Art. 119 N 48; KUKO OR-THIER, N 10; BGE 40 II 241 f.; BK-WEBER, N 133 und GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2562 sprechen von der Gefährdung «übergeordneter Rechtsgüter»). Dasselbe soll gelten, wenn der Schuldner die zur persönlichen Erfüllung erforderliche Fähigkeit definitiv verliert (Sängerin verliert durch Unfall Stimme; CHK-FURRER/WEY, N 34 m.Hw. auf die abweichende Lösung durch die in der Schweiz kaum vertretene Sphärentheorie).

Im neuen Schuldrecht des BGB sind diese Tatbestände jetzt teilweise als Leistungsverweigerungsrechte kodifiziert worden (§ 275 Abs. 2 und 3). Ob das BGER in BGE 135 III 218 (N 11) einen Schritt in diese Richtung gehen und die Unzumutbarkeit aus der subjektiven Unmöglichkeit ausgliedern wollte (so KOLLER A. in der Besprechung des Entscheides, SJZ 106, 209 ff.) erscheint zumindest zweifelhaft.

- 15 e) **Vollkommene** und **teilweise** Unmöglichkeit: Betrifft das Hindernis nur einen *Teil der Leistung*, so stellt sich die Frage, ob Art. 97 angewendet werden kann. Dies wird allgemein bejaht und führt zu folgenden Ergebnissen: Hat der Schuldner die Unmöglichkeit zu verantworten, so ist er zur Leistung des vollen oder anteilmässigen Schadenersatzes und der möglichen Restleistung verpflichtet (vgl. VON TUHR/ESCHER, 97; BK-WEBER, N 141). Besitzt die erfüllbare Teilleistung für den Gläubiger allerdings nur noch einen verhältnismässig geringen Wert, darf er sie ausschlagen und den vollen Schadenersatz verlangen (vgl. BGE 32 II 647; VON TUHR/ESCHER, 97; BK-WEBER, N 141; SCHWENZER, N 64.31; KUKO OR-THIER, N 8; Handkomm-OR-KREN KOSTKIEWICZ, N 9; §§ 280 Abs. 2, 323 Abs. 5 BGB; s.a. Art. 107 N 21). Trifft den Schuldner jedoch kein Verschulden, so bleibt die Restforderung unter entsprechender Reduktion der Gegenleistung des Gläubigers grundsätzlich bestehen (vgl. dazu Art. 119 N 13).
- 16 f) Schliesslich kann sich die Unmöglichkeit als **dauernde** oder nur **vorübergehende** erweisen. Entscheidend ist, ob *deren Behebung in der Zukunft als möglich erscheint* (VON TUHR/ESCHER, 96). In diesem Falle handelt es sich nämlich vorerst (nur) um eine Leistungsverzögerung, sofern der Erfüllungszeit keine wesentliche Bedeutung zukommt (wie etwa bei Fixgeschäften, s.a. Art. 108 N 5; vgl. ansonsten ZR 1979, 206; 1920, 271; VON TUHR/ESCHER, 96; KELLER/SCHÖBI, I, 245; BK-WEBER, N 131, 139; BUCHER, AT, 420). Kann die Erfüllung hingegen nicht in absehbarer Zeit bewirkt werden, so gilt sie als definitiv unmöglich (vgl. BGE 45 II 52 und 199 f.; ZR 1922, 79; VON TUHR/ESCHER, 96; KELLER/SCHÖBI, I, 245; BK-WEBER, N 139). Die Obligation erlischt und wird nicht etwa bei nachträglich wieder eintretender Leistungsmöglichkeit erneut wirksam (vgl. VON TUHR/ESCHER, 97 mit Ausnahmen; differenzierend auch BUCHER, AT, 420).
- 17 g) **Zusammenfassung**: Betrachtet man die dargestellten Erscheinungsformen der Unmöglichkeit und die dazu ergangenen Entscheide, so zeigt sich klar, dass es einen **feststehenden Begriff der Unmöglichkeit nicht gibt**, sondern dass es jeweils *einer wertenden Entscheidung des Gerichtes bedarf*, ob die Leistung des Schuldners als nicht mehr möglich zu qualifi-

zieren ist (ausdrücklich in diesem Sinne jetzt § 275 Abs. 2 und 3 BGB). Die formale Kategorisierung ist deshalb wenig hilfreich, massgeblich für die Entscheidung ist in erster Linie der Inhalt der vertraglichen Verpflichtung. Geht man von diesem Verständnis der Unmöglichkeit aus, so lassen sich auch folgende *Sonderprobleme* lösen:

h) Sonderfälle

aa) **Absolutes Fixgeschäft:** Ist der *Termin*, den die Parteien vereinbart haben, derart wesentlich, dass die Leistung mit ihm steht und fällt, so wird er zum Vertragsinhalt (z.B. Verpflichtung einer Musikkapelle zur Hochzeitsfeier). Bei derartigen Fällen geht die Bedeutung des Termins noch weiter als in Art. 108 Ziff. 3 (vgl. dort N 5 ff.). Man spricht deshalb von einem absoluten Fixgeschäft. Nach diesem Termin ist die Leistung zwar noch erbringbar, sie stellt jedoch keine Vertragserfüllung mehr dar. Es liegt deshalb ein Fall der Unmöglichkeit vor (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2749 f.; WIEGAND, recht 1983, 8; BUCHER, AT, 376 m.Nw. Art. 108 N 6; zum Interessewegfall durch sog. Zweckerreichung vgl. Art. 119 N 6; vehement gegen die Rechtsfigur des absoluten Fixgeschäfts CR CO I-THÉVENOZ, Art. 108 N 14, der diese für «inutile et contraire au système du droit suisse» hält).

bb) **Unmöglichkeit bei Gattungsschulden** (grundsätzlich hierzu und zum Folgenden CANARIS, FS Wiegand, 179 ff.; vgl. auch Art. 119 N 2 f.): Ob eine Leistung unmöglich geworden ist, wenn der Schuldner versprochen hat, aus einer Gattung zu leisten, lässt sich ebenfalls nur durch *Auslegung des Vertrags* ermitteln (BERGER, N 1511). Auch hier ist eine *wertende Betrachtung* notwendig, die je nach Fallkonstellation zu unterschiedlicher Beurteilung führen kann:

Zunächst ist festzustellen, auf welche Leistungsgegenstände sich die Verpflichtung des Schuldners bezieht. Diese kann alle Gegenstände einer Gattung oder nur bestimmte Teile betreffen (sog. *begrenzte Gattungsschuld* oder Vorratsschuld, vgl. BGE 57 II 508); die Gattung selbst kann weit (z.B. «Weisswein») oder eng (z.B. «Belletruche 2005») umschrieben werden. **Unmöglichkeit** liegt dann vor, wenn die Lieferung aller im Vertrag als potentielle Leistungsgegenstände bezeichneten Objekte unmöglich geworden ist, etwa durch Vernichtung des Vorrates oder der gesamten Gattung (z.B. alle Flaschen «Belletruche 2005»). Insofern ist die auch heute noch zitierte römische Floskel «*genus perire non censetur*» (vgl. etwa BUCHER, AT, 421) irreführend. Auch Gattungen können «untergehen», was allerdings bei generell bezeichneten Gütern (z.B. «Weisswein») oder bei reproduzierbaren Gegenständen selten, bei «kleinen» Gattungen und erst recht bei Vorratsschulden dagegen häufiger vorkommen wird (zustimmend CANARIS, FS Wiegand, 191).

Unmöglichkeit kommt aber auch *dann in Betracht*, wenn eine der Gattungssachen bereits zur Leistung bestimmt worden war und erst nach diesem als *Ausscheidung* (Aussonderung oder Konkretisierung; vgl. dazu Erläuterungen zu Art. 71 und Art. 185) bezeichneten Vorgang untergeht. Anders als das deutsche Recht (§ 243 BGB) enthält das OR keine Bestimmung, die die Folgen der Ausscheidung für die *Leistungsgefahr* festlegt (Art. 185 Abs. 2 betrifft nur die Preisgefahr, vgl. Art. 119 N 2 ff., dort auch zu den Voraussetzungen einer wirksamen Aussonderung bei den einzelnen Schuldformen). Richtigerweise ist die Leistungspflicht des Schuldners von diesem Moment an auf die vertragskonform ausgesonderte Gattungssache zu beschränken, so dass bei deren Untergang der Tatbestand der Unmöglichkeit vorliegt. Ist diese verschuldet, so hat der Gläubiger an sich Anspruch auf Schadenersatz gem. Art. 97. Man wird jedoch dem Schuldner hier das Recht zugestehen müssen, stattdessen eine andere Sache der gleichen Gattung zu liefern. Der Gläubiger sollte dann aber im Gegenzug auch einen entsprechenden Anspruch auf «Nachlieferung» haben (vgl. dazu die entsprechende Regelung in Art. 206). Liegt eine nicht vom Schuldner zu verantwortende Unmöglichkeit vor, so kommt Art. 119 zur Anwendung (vgl. Art. 119 N 2 sowie KELLER, AJP 2003, 1152 ff.).

Das Gesagte gilt jedoch nur, sofern sich aus dem Vertrag nicht eine weitergehende Leistungspflicht ergibt; das wird etwa bei der *Gattungsmiete* (z.B. Autovermietung) anzunehmen sein.

- 22 i) Von Art. 97 *nicht erfasste Fallgestaltungen*: Das OR regelt weder den Fall, in dem der Gläubiger die Unmöglichkeit der schuldnerischen Leistung zu verantworten hat, noch denjenigen, in dem sie von beiden Seiten verschuldet wurde (BGE 114 II 277).
- 23 aa) Bei der **vom Gläubiger zu verantwortenden Unmöglichkeit** liegt praktisch ein spiegelbildlicher Tatbestand zu Art. 97 vor. Das deutsche Recht enthält eine entsprechende Regelung in § 326 Abs. 2 BGB. Es wird allgemein die Auffassung vertreten, dass der dort zum Ausdruck kommende Rechtsgedanke (Haftung des Gläubigers auf Schadenersatz) auch im schweizerischen Recht gelten soll. Für die Begründung und Abwicklung der Schadenersatzleistung sind die in Art. 97 enthaltenen Kriterien gewissermassen seitenverkehrt anzuwenden. Prinzipiell stellt man den Schuldner so, wie wenn er seine Leistung (obwohl effektiv unmöglich) vertragsgemäss erbracht und somit seine Verpflichtung erfüllt hätte, so dass der Gläubiger zur vollen Gegenleistung verpflichtet bleibt. Der Schuldner muss sich jedoch ersparte Aufwendungen anrechnen lassen (BGE 116 II 514; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2591; SCHWENZER, N 64.29; CHK-FURRER/WEY, N 47; vgl. Art. 264 Abs. 3, Art. 324 Abs. 2 [zu dieser Norm jetzt BGE 126 III 77]; vgl. im Übrigen m.Nw. Art. 119 N 14).
- 24 bb) Bei **beiderseitiger Vertragsverletzung** lassen sich die Regeln des Art. 97 nicht ohne weiteres anwenden. Ebenso wenig kann eine Kombination aus Art. 97 und 119 helfen. Infolgedessen besteht die einzig praktikable Lösung darin, Art. 97 i.V.m. Art. 44 anzuwenden (vgl. etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2593 m.Nw.; SCHWENZER, N 64.30; vgl. zur umfassenden deutschen Diskussion STAUDINGER-OTTO [2001, zum alten BGB], § 324 N 58 ff.; s.a. Art. 119 N 14). Das BGer (BGE 122 III 70; 114 II 274, 277 ff.; analoge Anwendung von Art. 324, vgl. dazu Art. 324 N 5 ff.) hat sich der Auffassung von STAUDINGER-OTTO angeschlossen. Danach behält der Schuldner der unmöglich gewordenen Leistung seinen Anspruch auf die Gegenleistung; er muss sich jedoch den Schadenersatzanspruch des Gläubigers **verrechnungsweise** entgegenhalten lassen. Dieser Schadenersatzanspruch wird in dem Masse gekürzt, in dem der Gläubiger das Unmöglichwerden zu verantworten hat (zustimmend SCHWENZER, N 64.30).

3. Die nichtgehörige Erfüllung (positive Vertragsverletzung)

- 25 Alle Verletzungen vertraglicher Verpflichtungen, die sich *weder dem Verzug noch der Nichterfüllung zuordnen lassen*, werden unter der Bezeichnung der **nichtgehörigen Erfüllung** oder in Anlehnung an die deutsche Doktrin unter dem Begriff der **positiven Vertragsverletzung** zusammengefasst (vgl. N 2; WIEGAND, recht 1984, 16; VON TUHR/ESCHER, 106; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2615 ff.; BK-WEBER, N 49; SCHWENZER, N 67.01); WALTER, (FS Bucher, 765 f.) bezeichnet den Tatbestand, allerdings von einem umfassenderen Ansatz ausgehend, jetzt als «materielle Forderungsverletzung» (vgl. schon Einl. N 7). Der Wechsel der Terminologie steht für ein umfassenderes Konzept der Interpretation des Art. 97. Auf die Auswirkungen dieses noch kaum diskutierten neuen Ansatzes wird punktuell hingewiesen (dazu schon N 3), an der bisherigen Form der Kommentierung jedoch festgehalten.

Im Hinblick auf die Vielfalt der mit diesem Sammelbegriff erfassten Fallgestaltungen, die ihrerseits auf der Vielfalt der möglichen Pflichtverletzungen beruht, scheint es zweckmässig, eine gewisse Strukturierung dieses breitgefächerten Leistungsstörungstatbestandes anzustreben. Das kann freilich nur mit Vorbehalt geschehen, da die Übergänge zwischen den verschiedenen Erscheinungsformen fliessend sind und insb. mit der in vielen Einzelheiten umstrittenen Qualifizierung der jeweils verletzten Pflicht zusammenhängen. Dies vorausgeschickt und vorausgesetzt, lassen sich hauptsächlich zwei grosse Fallgruppen unterscheiden (vgl. WIEGAND, recht 1984, 16 ff.; ähnlich GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 31 N 12 f.; KUKO OR-THIER, N 13 ff.):

4. Schlechterfüllung

a) Sach- und Werkleistungen

Von **Slechterfüllung** spricht man dann, wenn der Schuldner *die Leistung zwar erbringt*, diese aber *nicht die vertragsgemässe Qualität* aufweist. Den Hauptanwendungsfall bildet dabei die Lieferung oder Zurverfügungstellung einer mangelhaften Sache (vgl. BGer, 12.3.2012, 4A_656/2011; BGE 130 III 591, Ablieferung eines mangelhaften Werks; s. aber N 31), wobei dieser Mangel sowohl rechtlicher als auch tatsächlicher Natur sein kann (vgl. BGE 82 II 136; ZR 1994, 5 ff.; SJZ 1986, 388 ff.; BK-WEBER, N 61; CHK-FURRER/WEY, N 52). 26

Da im Besonderen Teil sowohl bei den Veräusserungs- und Gebrauchsüberlassungsverträgen als auch im Recht des Werkvertrags Regelungen über die Folgen der Schlechterfüllung getroffen sind, stellt sich die Frage, wie diese sich zu Art. 97 verhalten. Dabei handelt es sich bloss um einen Ausschnitt der grundsätzlichen Frage nach dem Verhältnis des Allgemeinen Teils zum Besonderen Teil (vgl. Einl. zu Art. 97–109 N 16). Hier sind nur folgende Punkte festzuhalten: 27

aa) Bezüglich der *kaufrechtlichen Gewährleistung* geht die Rechtsprechung seit langem davon aus, dass beide Rechtsbehelfe nebeneinander bestehen. Diese an sich verfehlte Konzeption wird dadurch abgemildert, dass die Ansprüche aus Art. 97 nur unter Einhaltung der kaufrechtlichen Voraussetzungen (d.h. Rügeobliegenheit und Fristwahrung) geltend gemacht werden können (vgl. BGE 133 III 335; 108 II 104 m.Nw.; 107 II 165 m.Nw.; 96 II 117; 90 II 88 m.Nw.; Vor Art. 192 ff. N 2 ff.; krit. dazu SPITZ/OETIKER, SJZ 2005, 472; grundsätzlich **a.M.** auf Grund ihrer Konzeption der «Gewährshaft» ZELLWEGER [zitiert vor Art. 119]). Eine Ausnahme bildet der Viehhandel, der in Art. 198 und 202 besondere, den Viehverkäufer bevorzugende Regeln vorsieht. 28

bb) Beim *Werkvertrag* hat die Rechtsprechung gerade umgekehrt entschieden (so zuletzt in BGE 133 III 341; 117 II 553 = Pra 1992, 592 ff.; BGE 100 II 30; ZR 1977, 277). Das ist zwar mit der Judikatur zur kaufrechtlichen Gewährleistung nicht vereinbar, jedoch sachlich richtig und hat deshalb zu Recht allgemeine Zustimmung in der Literatur gefunden (BK-WEBER, Vor Art. 97–109 N 118, m.Nw.). 29

cc) Eine grundsätzlich von den tradierten Modellen *abweichende Leistungsstörungenordnung* findet sich im *Mietrecht* (Für den Fall des Art. 257d ist die Anwendung der Art 102 ff. ausgeschlossen, BGE 132 III 113 E. 5). In Art. 258 verweist der Gesetzgeber den Mieter, dem eine mangelhafte Sache überlassen wird, auf das Vorgehen nach Art. 107–109. Dies bedeutet zunächst, dass bei Schlechterfüllung aufgrund der gesetzlichen Anordnung in Art. 258 nicht Art. 97 anzuwenden ist. Zum anderen ergibt sich aus Art. 258 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 und Art. 259a, dass der Mieter in denjenigen Fällen, in denen er die mangelhafte Sache annimmt, *zwar auf gehörige Erfüllung des Vertrages* bestehen, aber nur noch die nach Mietrecht vorgesehenen Ansprüche geltend machen kann (vgl. WIEGAND, recht 1992, 110 ff.; CHK-FURRER/WEY, N 56; und die Komm. zu Art. 258). 30

b) Dienstleistungen

In den Fällen, in denen der Schuldner keine Sachleistung, sondern **eine Arbeitsleistung oder ein sonstiges Verhalten** (vgl. z.B. BGE 115 II 255) schuldet, bereitet die Beurteilung der Schlechterfüllung Schwierigkeiten. Die Pflichtverletzung besteht i.d.R. nämlich in einem *Sorgfaltsverstoss*. Ob diese Sorgfalt Teil der geschuldeten Leistung selbst oder bloss eine Nebenpflicht darstellt, lässt sich nur schwer entscheiden und ist in der Theorie heftig umstritten. Für die Rechtsanwendung ergeben sich jedoch daraus keine Unterschiede, da in beiden Fällen Schadenersatz wegen nichtgehöriger Erfüllung zu leisten ist. 31

Den Hauptanwendungsfall der Schlechterfüllung in dieser Form bilden die zunehmend wichtiger werdenden **Dienstleistungsverträge** (vgl. auch die Zusammenstellung N 57). Als typische Bsp. können gelten: der ärztliche *Behandlungsfehler* (vgl. z.B. BGE 132 III 359; 120 II 248; 116 II 519; 113 II 429; 110 II 375 = Pra 1985, 165 ff.; ZR 1979, 202 f.; dazu Roggo/STAFFELBACH, Offenbarung von Behandlungsfehlern/Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht – Plädoyer für konstruktive Kommunikation, AJP 2006, 407 ff.), die unsorgfältige *Vermögensverwaltung* (vgl. z.B. BGer, 5.3.2014, 4A_364/2013; 29.3.2006, 4C.394/2005; BGE 115 II 62; 111 II 263; 110 II 360) oder die Verletzung des *Anwaltsvertrages* (BGer, 11.7.2014, 4A_91/2014), *Reiseveranstaltungsverträge* (vgl. z.B. BGE 111 II 270; SJZ 1990, 214 ff.; 1986, 388 ff.; 1983, 341 ff.). Auch die *Überschreitung eines Kostenvoranschlags*, der auf ungenauen Kostenberechnungen beruht oder darauf zurückzuführen ist, dass der Architekt seine Pflichten zur Kostenüberwachung im Verlauf der Bauausführung nicht genügend wahrnimmt, stellt eine Schlechterfüllung des Vertrages dar (BGer, 30.7.2009, 4A_187/2009, E. 4.1; 15.3.2005, 4C.424/2004). Die eigentliche Problematik dieser Form der Leistungsstörung liegt nicht in der schwer zu treffenden Abgrenzung zur Verletzung von Nebenpflichten (vgl. N 32 ff.), sondern darin, dass die Pflichtverletzung, die regelmässig in einem Sorgfaltsverstoss besteht, vom Geschädigten zu beweisen ist (BGer, 31.8.2004, 4C.175/2004, E. 2.2.). Zu den dabei auftauchenden Problemen vgl. N 60 ff.

5. Die Verletzung von Nebenpflichten

- 32** Die vielfältigste, aber auch problematischste Form der nichtgehörigen Erfüllung stellt die Verletzung derjenigen Pflichten dar, die traditionellerweise unter dem Sammelbegriff der **Nebenpflichten** (BGer, 7.12.2010, 4A_494/2010, E. 4: «Zu den gesetzlich geregelten Hauptpflichten eines bestimmten Vertragstypus treten häufig positivrechtlich normierte oder vertraglich vereinbarte Nebenpflichten hinzu. Sodann können sich aus der Generalklausel von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) ungeschriebene Nebenpflichten ergeben, wie namentlich die nicht auf den Hauptleistungsinhalt bezogene allgemeine Pflicht, die Rechtsgüter des Vertragspartners zu wahren.») zusammengefasst werden. Deren Einteilung, rechtliche Qualifizierung und Begründung sind ebenso umstritten wie ihre angemessene Bezeichnung (vgl. v.a. BK-KRAMER, Allg. Einl. N 89 ff. m.Nw.; WIEGAND, recht 1990, 134 ff.). Für die Praxis ist eigentlich nur die Unterscheidung relevant, ob es sich um *erzwingbare Verpflichtungen* (auch *Nebenleistungspflichten* genannt) handelt oder um *Nebenpflichten i.e.S.* (besser **Verhaltenspflichten** genannt), deren Erfüllung *nicht erzwingen* werden kann (vgl. statt aller BK-KRAMER, Allg. Einl. N 89 ff. m.Nw.). Welcher Kategorie eine Nebenpflicht zuzuordnen ist, muss durch Auslegung ermittelt werden. Eine Kategorisierung nach generellen Gruppen ist deshalb wenig hilfreich, da z.B. eine Aufklärungspflicht sowohl eine Nebenleistungspflicht als auch eine reine Verhaltenspflicht darstellen kann (vgl. Einzelheiten bei WIEGAND, recht 1990, 137; KUKO OR-THIER, N 15; CHK-FURRER/WEY, N 59; Einl. zu Art. 97–109 N 5 ff.). Die im Folgenden aufgeführten Einteilungen haben deshalb nur ordnenden Charakter.
- 33** a) **Leistungsbegleitende Pflichten** sind solche Nebenpflichten, die mit der vertragsgemässen Erbringung der Leistung in unmittelbarem Zusammenhang stehen (wie etwa die gebotene Sorgfalt bei der Montage, *leistungsorientierte Nebenpflichten*, GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 31 N 15 f.), aber auch solche, die der *Sicherung* und *sachgerechten Verwendung der erbrachten Leistung*, m.a.W. der Erreichung des Vertragszweckes, dienen (wie etwa Hinweise zum richtigen Gebrauch der gelieferten Sache, die Sicherungsaufklärung durch den behandelnden Arzt in BGE 116 II 519 oder die Sicherung der Skipisten durch das Bergbahnunternehmen, vgl. BGer, 18.9.2014, 4A_206/2014; BGE 130 III 193 [vgl. KLEMM, Verkehrssicherungspflicht auf Skipisten, CaS 2005, 375 ff.; ZWR 2005, 275 ff.]; BGE 121 III 358 und 113 II 246; vgl. BK-WEBER, N 76; MOSER, 100 f.).
- 34** b) **Verhaltenspflichten**: Daneben steht eine grosse und zunehmend wachsende Zahl von allgemeinen Verhaltenspflichten, die nicht der eigentlichen Erfüllung des Vertrages dienen, son-

dern darauf beruhen, dass die Vertragsparteien infolge des Vertragsschlusses untereinander in eine Sonderverbindung eingetreten sind (dazu ausf. Einl. zu Art. 97–109 N 5 ff.). Hieraus ergibt sich die Verpflichtung zu einer umfassenden *Rücksichtnahme auf die Interessen des Vertragspartners* und zu **loyalem Verhalten** (BK-WEBER, N 76; KUKO OR-THIER, N 15). Diese Verpflichtung wird konkretisiert in sog. Schutz-, Obhuts-, Beratungs-, Unterlassungs-, Informations- und Aufklärungspflichten (BGer, 19.3.2014, 4A_538/2013, E. 5.1). Sie alle sowie weitere derartige Pflichten dienen dem Zweck, die Integrität der Rechts- und Vermögenssphäre des Vertragspartners zu schützen. Die Verletzung dieser Pflichten lässt sich meist auch als Delikt qualifizieren. Der Vorteil der Geltendmachung des Schadens aus positiver Vertragsverletzung liegt darin, dass hier das Vermögen generell geschützt ist, während bei Art. 41 die Verursachung von Vermögensschaden i.e.S. nur dann rechtswidrig ist, wenn ein Verstoß gegen eine Norm vorliegt, die speziell den Schutz des Vermögens bezweckt.

aa) Der *Rechtsgrund dieser Pflichten* wird nach schweizerischer Rechtsauffassung im *Vertragsschluss* gesehen, wobei man davon ausgeht, dass diese Verpflichtungen auch ohne konkrete diesbezügliche Willensäußerung der Parteien aufgrund von Art. 2 ZGB unmittelbar zum Vertragsinhalt werden (ausführlich und teilweise abweichend BK-WEBER, N 78 ff.; vertiefte Analyse und weiterführende Konzeption jetzt bei H.P. WALTER, recht 2005, 72, vgl. Einl. zu Art. 97 N 5). Die Anknüpfung an Art. 2 ZGB bildet sowohl die dogmatische wie die rechtsethische Grundlage dieser Pflichten. Demgegenüber ist im deutschen Recht eine Konzeption entwickelt worden, die die Entstehung der Verhaltenspflichten *vom Parteiwillen ablöst und unmittelbar aus dem Vertrauensprinzip ableitet* (grundlegend CANARIS, JZ 1965, 475 ff.; zur Entstehung und Bedeutung dieses Konzepts vgl. WIEGAND, FS Gagnér, 1991, 549 ff. m.Nw.). Der Vorteil dieser Konzeption besteht darin, dass sie für alle Obligationen gesetzlicher und vertraglicher Natur zu einer einheitlichen Lösung führt, zudem zwanglos auch auf die vorvertragliche Kontaktaufnahme übertragen werden kann und damit eine kohärente Lösung für die culpa in contrahendo ermöglicht. In der Schweiz findet diese Konzeption vermehrt Zustimmung (so etwa BK-KRAMER, Allg. Einl. N 142 ff.; KAISER, Die zivilrechtliche Haftung für Rat, Auskunft, Empfehlung und Gutachten, 1987, 176 ff.), ihr folgt nun wohl auch das BGer (vgl. BGer, 9.7.2004, 5C.45/2004; BGE 121 III 350; 120 II 331; dazu WIEGAND, ZBJV 1996, 321 ff. und WALTER, ZBJV 1996, 277 ff.; vgl. zum Ganzen Einl. zu Art. 97–109 N 4 ff. m.w.Nw. und WIEGAND, FS Canaris, 881 ff.).

bb) Für die Rechtsanwendung des Tatbestands der nichtgehörigen Erfüllung i.S.v. Art. 97 ergeben sich aus den unterschiedlichen Ansätzen kaum praktische Konsequenzen. Das Problem liegt auch hier (wie bei der Schlechterfüllung) darin, dass der geschädigte Gläubiger nachzuweisen hat, dass der Schuldner die konkrete Nebenpflicht verletzt hat (vgl. BGer, 8.2.2010, 4A_306/2009, E. 6.1: «Das [Art. 8 ZGB] gilt auch für den Fall, dass die Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten behauptet wird.»; BGE 128 III 273; 119 II 456, 333, 249; 115 II 62; 113 II 429; 113 II 246; s.a. N 31, 60). Besonders schwierig ist dies bei den sog. «freien Berufen» (Ärzte, Anwälte, Architekten, Notare), bei denen der Schuldner zu einem Handeln «lege artis» verpflichtet ist, er also nach den neuesten Erkenntnissen seines Berufsstandes die bestmögliche Entscheidung treffen muss. In diesen Fällen obliegt es dem Gläubiger, den Verstoß gegen die vom Berufsstand zu erwartende und für das vorliegende Vertragsverhältnis konkretisierte Sorgfalt zu beweisen.

Die Rechtsprechung erleichtert aber diesen Beweis zunehmend, etwa durch Zulassung von Anscheinsbeweisen/Vermutungen (exemplarisch BGE 120 II 248; dazu WIEGAND, ZBJV 1996, 329 ff.; HONSELL AJP 1995, 227 ff.; relativierend BGer, 13.6.2000, 4C.53/2000; dazu GATTIKER, AJP 2001, 645 ff.; zum Ganzen auch BK-WEBER, N 77; zur «Renaissance» der Vermutung als Instrument der Beweiserleichterung eingehend WIEGAND/HURNI, Die Vermutung kehrt zurück!, recht 2006, 205 ff.). In besonderem Masse gilt das für die Aufklärungs- und Informationspflichten, wo es teilweise sogar zu einer Beweislastumkehr kommt (so bei der ärztlichen Aufklärungspflicht; WIEGAND, Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, 193 ff.;

eingehende Darstellung der Beweislastverteilung in BGer, 23.11.2004, 4C.378/1999, E. 3; s.a. ROGGO/STAFFELBACH, [zitiert N 31] AJP 2006, 407 ff.). Andererseits ergeben sich bei Aufklärungspflichtverletzungen spezielle Kausalitätsprobleme (dazu Einl. zu Art. 97–109 N 5 ff.; zum Beweis N 60 ff. und STUDER).

- 37 c) **Unterlassungspflichten:** Verhaltenspflichten besonderer Art sind die Unterlassungspflichten; für deren schuldhafte Verletzung enthält Art. 98 Abs. 2 eine Sonderregelung (vgl. Art. 98 N 9).

6. Schaden

- 38 Weitere Voraussetzung für die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches nach Art. 97 ist ein **Schaden**, der durch die Vertragsverletzung verursacht wurde. Schaden ist eine *unfreiwillige Vermögensverminderung*, die in der Verminderung der Aktiven, der Vermehrung der Passiven oder im entgangenen Gewinn bestehen kann. Sie entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem hypothetischen Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGer, 11.7.2014, 4A_91/2014, E. 6.3.2; ausführlich BGer, 5.3.2014, 4A_364/2013, E. 6; BGE 127 III 546; mit umfangreichen Nw. vgl. auch BGE 116 II 444; 115 II 481; 104 II 198; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2848 ff.; CHK-FURRER/WEY, N 72; Handkomm-OR-KREN KOSTKIEWICZ, N 19). Mit dieser (unten zu präzisierenden) «Differenz-Formel» wird nur festgestellt, ob überhaupt ein Schaden eingetreten ist, nicht aber über dessen Ersatz entschieden. Konsequenterweise hat das BGer in Übereinstimmung mit der h.M. angenommen, dass die Unterhaltskosten für ein ungewolltes, aber infolge eines ärztlichen Behandlungsfehlers doch empfangenen/geborenen Kindes als Schaden zu qualifizieren sind (BGE 132 III 366 mit sehr umfangreichen Nw.; dazu FELBER, Ein ungeplantes Kind als Schaden?, in: Jusletter 9.1.2006; MÜLLER, Die ärztliche Haftpflicht für die Geburt eines unerwünschten behinderten Kindes, AJP 2003, 522 ff.). Diese Differenz lässt sich auf zwei Arten bestimmen, die eine führt zum **positiven** (dazu unter a), die andere zum **negativen** oder **Vertrauensinteresse** (vgl. dazu allgemein Art. 109 N 8 f.), das im Rahmen des Art. 97 an sich keine Rolle spielt, aber zunehmend an Bedeutung gewinnt (dazu N 39a). Es gibt jedoch eine Reihe von Grenzfällen und Schäden, die mit der Differenzmethode nicht oder nicht angemessen erfasst werden können (dazu unter b). Schliesslich stellt sich die Frage, inwieweit zusätzliche Faktoren und weitere Personenkreise zu berücksichtigen sind (dazu unter c).

Neben dem Erfüllungs- und dem Vertrauensinteresse, wird in zunehmendem Masse das **Erhaltung-** oder **Integritätsinteresse** als selbständiges Element des Schadens betrachtet (SCHWENZER, N 14.32; CHK-FURRER/WEY, N 77; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2904; eingehend LÜCHINGER, Diss., N 344 ff.). Das Integritätsinteresse «ist das Interesse des Gläubigers an der Unversehrtheit seiner Person und der Erhaltung seiner Rechtsgüter» (WALTER, FS Bucher, 775). Es liegt auf der Hand, dass es sich dabei um die originären Schutzgüter des Deliktsrechts handelt. Relevant für das Vertragsrecht sind sie deshalb, weil sie auch bei Verletzung vertraglicher Schutz- und Verhaltenspflichten beeinträchtigt werden können. In diesen Fällen soll neben dem Anspruch auf Schadenersatz wegen Nicht/Schlechterfüllung oder auf das Vertrauensinteresse ein Anspruch des Gläubigers auf (Natural-) Restitution des Zustands vor der Schädigung bestehen (SCHWENZER, N 14.32). Abgesehen von Lehrbuchbeispielen sind Anwendungsfälle dieser aus Deutschland übernommenen Doktrin (MEDICUS/LORENZ, I, N 333) in der Schweiz nicht bekannt geworden. Es sei dahingestellt, ob diese Fälle nicht bei sachgerechter Anwendung mit den Kriterien des Nichterfüllungs- und Vertrauensinteresses erfasst werden können.

- 38a a) Das **positive Interesse**, besser *Nichterfüllungsschaden* oder *Erfüllungsinteresse* genannt, wird wie folgt ermittelt: Der Schuldner hat den Gläubiger in Bezug auf sein Vermögen so zu stellen, wie dieser stünde, wenn der Vertrag ordnungsgemäss erfüllt worden wäre (vgl. BGer,

Vorbemerkungen zu Art. 192–196

Literatur

Vgl. die Literaturhinweise bei den Vorbem. zu Art. 197–210.

I. Allgemeines

Die Gewährleistungsvorschriften des Kaufrechts gehen auf das römische Recht zurück. Etliche Eigentümlichkeiten desselben, wie die Zusammenfassung von Rechts- und Sachmängelhaftung unter dem Begriff der **Gewährleistung**, die Rechtsbehelfe der Wandelung oder Minderung, die kurzen Fristen usw., finden sich in allen kontinentaleuropäischen Rechten. Die Gewährleistung ist relativ *käuferfreundlich*, weil sie dem Käufer einen **verschuldensunabhängigen** Anspruch gibt. Die Haftung für Rechts- und Sachmängel setzt nicht voraus, dass der Verkäufer den Mangel kannte oder hätte kennen müssen. Es handelt sich also – von Art. 195 Abs. 2 und Art. 208 Abs. 3 abgesehen – um eine Kausalhaftung. 1

Die Rechtsnatur der Gewährleistung ist trotz zahlreicher Untersuchungen immer noch kontrovers. Es stehen sich die **Erfüllungstheorie** und die **Gewährleistungstheorie** gegenüber. Die gesetzliche Konzeption beruht auf der Trennung von Erfüllung und Gewährleistung, die nicht sachlich notwendig, sondern historisch zufällig ist (näher HONSELL, OR BT, 70). Die Nichterfüllung ist in Art. 97, 107 ff. geregelt; die hiervon zu unterscheidende Gewährleistung für den Kauf in Art. 192 ff. Hinter dieser Trennung steckt die Annahme, dass der Verkäufer beim *Stückkauf* die Sache nur so schuldet, wie sie ist, d.h. dass die Mangelfreiheit nicht zur Leistungspflicht des Verkäufers gehört, sondern Gegenstand der Gewährleistung ist, welche den Verkäufer von Gesetzes wegen mit einer Garantie für einen nicht geschuldeten Erfolg behaftet. Im Gegensatz zum Gattungskauf gibt es beim Stückkauf keinen Anspruch auf Ersatzlieferung oder Nachbesserung. Die Sache wird so geschuldet wie sie ist. Die Erfüllungspflicht des Art. 184 erlischt durch Leistung der individuellen Sache in ihrer mangelhaften Beschaffenheit (*Gewährleistungstheorie*, vgl. dazu etwa BUCHER, BT, 68, 83). Demgegenüber vertritt die Erfüllungstheorie die Auffassung, dass auch beim Stückkauf die Mangelfreiheit zur Leistungspflicht gehört und die Sachmängelhaftung nur ein spezieller Fall der Leistungsstörungen ist (BK-GIGER, Vor Art. 197–210 N 17 ff.; KELLER/SIEHR, 71 ff.; BÄHLER, 34 ff.). Der Theorienstreit hat kaum praktische Bedeutung. Die Entscheidung von Einzelfragen darf nicht aus dem Wesen der Gewährleistung erschlossen werden. Dies wäre ein Rückfall in eine überwundene Begriffsjurisprudenz (s. HONSELL, OR BT, 70 f.). Die Rechtsprechung lässt zwar die Art. 197 ff. und 97 ff. nebeneinander zu, überträgt aber auf den Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung alle Modalitäten der Gewährleistung (vgl. Vor Art. 197–210 N 6). Das Wiener Kaufrecht und die BGB-Reform haben die Unterscheidung zwischen Erfüllung und Gewährleistung zu Gunsten eines einheitlichen Leistungsstörungenrechts aufgegeben. Einige Besonderheiten des Sachmängelrechts bleiben gleichwohl bestehen, namentlich eine kürzere Anspruchsverjährung, der Nacherfüllungsanspruch, die Wandelung, die dort Rücktritt heisst, die Minderung usw. (Nachweise dazu in Vor Art. 197–210). 2

Unergiebig ist die Streitfrage, ob der Rechtsgrund der Gewährleistung im **Vertrag** oder im **Gesetz** zu sehen ist. Die Haftung ist insofern eine gesetzliche, als sie im Gesetz steht, insofern eine vertragliche, als sie einen Vertrag voraussetzt. Der innere Grund der Gewährleistung ist die Störung der subjektiven Äquivalenz. 3

II. Rechtsgewährleistung

Im zweiten Teil des Abschnittes über die «Verpflichtungen des Verkäufers» regeln die Art. 192–196 die **Rechtsgewährleistung** oder Rechtsmängelhaftung des Verkäufers (das Ge- 4

setz spricht von der «Gewährleistung des veräusserten Rechtes»). Das Institut der Rechtsgewährleistung hat sich – wie das der Sachgewährleistung – im römischen Recht im Rahmen der Marktgerichtsbarkeit der kurulischen Aedilen entwickelt. Es beruht auf dem Prinzip der **Eviktionshaftung**, wonach die Gewährleistungspflicht des Verkäufers erst dann eintritt, wenn der Kaufgegenstand dem Käufer durch einen besser berechtigten Dritten entzogen (entwehrt) wird. Insofern wird also die Eigentumsverschaffungspflicht des Art. 184 durch die Gewährleistungsregelung modifiziert (s. Art. 192 N 1).

III. Verhältnis der Rechtsgewährleistung zu anderen Rechtsbehelfen

1. Verhältnis zur Sachgewährleistung (Art. 197–210)

- 5 Das Gesetz unterscheidet zwischen **Rechts-** und **Sachgewährleistung**. Die *Abgrenzung* ist von Bedeutung, weil jeder Rechtsbehelf eigene Voraussetzungen und Rechtsfolgen hat. Für die Frage, ob die Rechts- oder die Sachgewährleistung zur Anwendung kommt, ist nicht auf den Kaufgegenstand (Sache oder Recht), sondern auf die *Art des Mangels* abzustellen. Ein **Rechtsmangel** liegt vor, wenn der Kaufgegenstand durch Rechte eines Dritten belastet ist, welche die Rechtsstellung des Käufers beeinträchtigen und bereits zur Zeit des Vertragsabschlusses bestanden. Der Rechtsmangel ergibt sich also aus der «Vorgeschichte» der Kaufsache. **Sachmangel** ist die ungünstige Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit (s. Art. 197 N 2 m.Nw.). Die Abgrenzung zum Rechtsmangel ist v.a. deshalb problematisch, weil ein Sachmangel auch rechtlicher Natur sein kann. Ein *rechtlicher Sachmangel* liegt vor, wenn eine rechtliche Eigenschaft der Sache fehlt, z.B. wenn ein Gerät nicht den gesetzlichen, technischen Vorschriften entspricht (BGE 95 II 123), oder wenn ein als bebaubar verkauftes Grundstück in Wirklichkeit unter einem öffentlich-rechtlichen Bauverbot steht (BGE 98 II 197 E. 4). Dagegen ist es ein Rechtsmangel, wenn ein Grundstück mit einem beschränkten dinglichen Recht belastet ist (Näheres Art. 192 N 2). Die BGB-Reform hat die Unterscheidung zwischen Rechts- und Sachmängeln aufgegeben. SCHÖNENBERGER, BJM 2009, 173 ff. hält die Unterscheidung vor dem Hintergrund eines einheitlichen Vertragsverletzungstatbestandes im BGB und im Wiener Kaufrecht de lege ferenda nicht mehr für zeitgemäss.

2. Verhältnis zum Schadenersatzanspruch nach Art. 97 ff.

- 6 Die Bestimmungen über die Rechtsgewährleistung stellen eine *Sonderregelung* dar, welche den **Schadenersatzanspruch** nach Art. 97 ff. ausschliesst; **a.M.** die h.L., die das Verhältnis von *lex specialis* zu *lex generalis* nicht beachtet und dem Käufer neben der Rechtsgewährleistung *wahlweise* Ansprüche aus Art. 97 ff. gewährt (BK-GIGER, Art. 192 N 9 f.; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, 377; FURRER, 19; KELLER/SIEHR, 70; BGE 110 II 242 = Pra 1984, 656, 659 obiter; wie hier dagegen VON BÜREN, BT, 15 ff.). Die h.L. geht von der irrigen Prämisse aus, die Art. 192 ff. enthielten lediglich eine Besserstellung des Käufers (BK-GIGER, Art. 192 N 9). Dass dies nicht zutrifft, zeigt schon das Eviktionsprinzip. Eine ungehinderte Konkurrenz der Art. 97 ff. würde das Sonderrecht der Art. 192 ff. weitgehend aus den Angeln heben (vgl. auch Art. 192 N 1; zur Irrtumsanfechtung s. N 7).

3. Verhältnis zur Irrtums- und Täuschungsanfechtung (Art. 23 ff.)

- 7 Hat sich der Käufer über das Fehlen eines Rechtsmangels getäuscht, so kann er sich nach h.M. *wahlweise* auf **Grundlagenirrtum** nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 berufen (BGE 109 II 322 E. 2 und die h.L., BK-GIGER, Art. 192 N 11; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 192 N 1; KELLER/SIEHR, 70; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, 353; **a.M.** MERZ, ZBJV 1985, 190; BUCHER, BT, 90; DERS., FS Neumayer, 171 ff.; SCHÖBL, recht 1984, 134). Trotz der grundsätzlichen Problematik einer mit Gewährleistung konkurrierenden Irrtumsanfechtung (s. Vor

Art. 197 N 9) ist der hL wegen der verfehlten Ausdehnung des Eviktionsprinzips im Ergebnis zuzustimmen. Die Irrtumsanfechtung ermöglicht dem Käufer die Auflösung des Vertrages, auch wenn der Dritte die Sache noch nicht vindiziert hat. Wegen des zu weit gezogenen Eviktionsprinzips (vgl. Art. 192 N 6) sind Rechtsmängelansprüche in diesem Fall nicht möglich. Zur Konkurrenz von Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung vgl. Vor Art. 197–210 N 9.

Eine *alternative Anwendung* der Bestimmungen über die **absichtliche Täuschung** (Art. 28) wird von der h.L. bejaht. Beruft sich der Käufer auf Täuschung, verliert er allerdings die Möglichkeit, vertragliche Schadenersatzansprüche geltend zu machen (s. dazu Art. 195 N 4 ff., Art. 196 N 2 f.). 8

IV. Haftung für Rechtsmängel im Wiener Kaufrecht

Das **WKR** regelt in **Art. 41–43** die Pflicht des Verkäufers, Ware zu liefern, die frei von Rechten Dritter ist. Der Begriff des **Rechtsmangels** entspricht jenem des schweizerischen Rechts. Voraussetzung für die Haftung des Verkäufers ist, dass der Dritte seine Rechte *geltend macht*. Nicht notwendig ist aber, dass der Dritte Klage erhebt oder die Sache entzogen hat (anders das OR, s. Art. 192 N 6). Die Haftung des Verkäufers entfällt, wenn der Käufer die Sache *genehmigt* hat. Das WKR verlangt für den Ausschluss der Haftung *positive Kenntnis* des Käufers: *Grobfahrlässige Unkenntnis* genügt – im Gegensatz zur Sachmängelhaftung (Art. 35 Abs. 3 WKR) – nicht. Der Käufer hat das vom Dritten geltend gemachte Recht dem Verkäufer in angemessener Frist *anzuzeigen* (Art. 43 Abs. 1 WKR). Versäumt er die Anzeige, so verliert er seine Ansprüche, es sei denn, dem Verkäufer war das *Drittrecht bekannt* (Art. 43 Abs. 2 WKR), oder der Käufer hat eine «vernünftige» *Entschuldigung* für die Unterlassung der Anzeige (Art. 44 WKR). Anders als im System des OR regelt das WKR die Rechtsfolgen nicht gesondert. Die Lieferung rechtsmängelbelasteter Ware stellt eine *Vertragsverletzung* i.S.v. Art. 45 WKR dar. Dem Käufer stehen daher alle die Rechte zu, die das WKR bei einer Vertragsverletzung vorsieht (Erfüllungs-, Aufhebungs-, Minderungs- und Schadenersatzanspruch, Art. 46 ff., 74 ff. WKR; Näheres dazu s. Vor Art. 197–210 N 13 f.). 9

V. Rechtsvergleichung

Das romanistische Eviktionsprinzip (s. N 4) findet sich auch in Art. 1625 ff. **CC fr.** und in Art. 1476 ff. **CC it.** sowie in § 922 ff. **ABGB**. Im deutschen Recht ist die Rechtsmängelhaftung im neuen Sachmängelrecht der §§ 434 ff. **BGB** aufgegangen, womit auch das Eviktionsprinzip entfallen ist. 10

Art. 192

II. Gewährleistung des veräußerten Rechtes ¹ Der Verkäufer hat dafür Gewähr zu leisten, dass nicht ein Dritter aus Rechtsgründen, die schon zur Zeit des Vertragsabschlusses bestanden haben, den Kaufgegenstand dem Käufer ganz oder teilweise entziehe.

1. Verpflichtung zur Gewährleistung

² Kannte der Käufer zur Zeit des Vertragsabschlusses die Gefahr der Entwehrung, so hat der Verkäufer nur insofern Gewähr zu leisten, als er sich ausdrücklich dazu verpflichtet hat.

³ Eine Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht ist ungültig, wenn der Verkäufer das Recht des Dritten absichtlich verschwiegen hat.

II. Garantie en cas d'éviction

1. Obligation de garantir

¹ Le vendeur est tenu de garantir l'acheteur de l'éviction qu'il souffre, dans la totalité ou dans une partie de la chose vendue, en raison d'un droit qui appartenait à un tiers déjà lors de la conclusion du contrat.

² Si l'acheteur connaissait les risques d'éviction au moment de la conclusion du contrat, le vendeur n'est tenu que de la garantie qu'il a expressément promise.

³ Toute clause qui supprime ou restreint la garantie est nulle si le vendeur a intentionnellement dissimulé le droit appartenant au tiers.

II. Garanzia in caso di evizione
1. Obbligo della garanzia

¹ Il venditore è tenuto a garantire, che la cosa venduta non venga totalmente o parzialmente evitta da un terzo al compratore in virtù dei diritti già sussistenti al momento della conclusione del contratto.

² Se il compratore al momento del contratto conosceva il pericolo dell'evizione, il venditore è tenuto alla garanzia solo in quanto l'abbia espressamente promessa.

³ Il patto che escluda o limiti l'obbligo della garanzia è nullo, quando il venditore abbia deliberatamente dissimulato il diritto del terzo.

Literatur

BADER, Eigentumsverschaffungspflicht und Gewährleistung des veräusserten Rechts beim Kauf, SJZ 1923/24, 306 ff.; BLUM/PEDRAZZINI, Kommentar zum PatG, 2. Aufl., Bern 1975; FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, 2. Aufl., Bern 2014; FURRER, Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Diss. Zürich 1973; HEUSLER/MATHYS, IT-Vertragsrecht, Zürich 2004; HILTY, Lizenzvertrag, Bern 2001; LEIMGRUBER, Risikoverteilung im Lizenzvertrag – Wer trägt die Folgen der Patentnichtigkeit?, sic! 2014, 421 ff.; LIECHTI, Rechtsgewährleistung und Entwehrung im Schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Bern 1927; TROLLER A., Immaterialgüterrecht, Bd. II, 3. Aufl., Basel 1985; VISCHER M., Rechtsgewährleistung beim Unternehmenskauf, SJZ 2005, 233 ff.

Ausland: ERNST, Rechtsmängelhaftung, Tübingen 1995; HAEDICKE, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, Tübingen 2003; HONSELL, Von den aedilizischen Rechtsbehelfen zum Sachmängelrecht, in: Gedächtnisschrift für Wolfgang Kunkel, Frankfurt a.M. 1984, 53 ff. (zit. GS Kunkel); RABEL, Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte, Berlin 1902.

I. Normzweck

- 1 Die Rechtsmängelhaftung ist als *Garantiehaftung* konzipiert. Dies bedeutet eine ähnliche Modifikation des **Erfüllungsanspruchs** wie bei der Sachmängelhaftung. Die Eviktionshaftung stellt den Käufer insofern besser, als sie verschuldensunabhängig ist. Sie stellt ihn dagegen insoweit «schlechter», als die Haftung voraussetzt, dass die Sache dem Käufer entzogen (evinziert) wird. Damit soll vermieden werden, dass der Käufer Schadenersatzansprüche wegen fehlenden Eigentums geltend macht, gleichzeitig aber (zumindest vorläufig) im Besitz der Sache bleibt. Dieser Fall könnte eintreten, wenn zwar feststeht, dass der Käufer nicht Eigentümer geworden ist, der Dritte aber seinen Herausgabeanspruch (noch) nicht geltend macht. Daraus folgt, dass dem Käufer (nach Übergabe, vgl. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 1) nicht wahlweise neben der Rechtsgewährleistung ein Anspruch auf Erfüllung bzw. Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach Art. 97 ff. zusteht (**a.M.** die h.L., vgl. Vor Art. 192–210 N 6). Die Terminologie des Gesetzes ist insofern unklar, als Art. 184 zunächst von einer Eigentumsverschaffungspflicht spricht, diese Pflicht dann aber in Art. 192 ff. als blosser Eviktionshaftung ausgestaltet wird.

II. Anwendungsbereich

- 2 Die Vorschrift gilt nicht nur für den **Sachkauf**, sondern auch für den **Rechtskauf** (für den Forderungskauf ist Art. 171 zu beachten; zum Patentkauf s. N 10). Sie ist weiter sowohl auf den **Fahrnis-** wie den **Grundstückkauf** (Art. 221) anwendbar. Der hauptsächliche Anwendungsfall der Eviktionshaftung ist das Bestehen von *Eigentumsrechten* oder *beschränkten dinglichen Rechten* Dritter. In Frage kommen können aber auch *Immaterialgüterrechte* (KELLER/SIEHR, 127 f.; BGE 110 II 242) oder *obligatorische Rechte*, die kraft Vormerkung im Grundbuch *realobligatorischer Natur* sind, wie z.B. ein vorgemerktetes Miet- oder Vorkaufsrecht (KELLER/SIEHR, 48). Bloss obligatorische Rechte Dritter, die nicht dinglich gesichert sind, begründen keine Eviktionshaftung. Soweit sie den Käufer überhaupt beeinträchtigen,

stellen sie einen Fall der nicht gehörigen Erfüllung dar und fallen somit unter Art. 97 ff. (**a.M.** SCHMID, ZBGR 2000, 356).

Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich zum Sachmangel (s. Vor Art. 192–210 N 5). Nach h.L. betrifft die Rechtsmängelhaftung nur die Beeinträchtigung des Käufers durch **private Rechte Dritter**. Beschränkungen **öffentlich-rechtlicher Art** (z.B. Bauverbote, Baubeschränkungen [PKG 1986, 37], Verkehrsbeschränkungen, Fehlen gesetzlicher Zulassungsvoraussetzungen, BGE 95 II 123 – elektrische Ausrüstung einer Maschine, fehlende Zulassungsfähigkeit eines Autos usw.) stellen keinen Rechts-, sondern einen Sachmangel dar. Auch eine Enteignung fällt nicht unter Art. 192 ff. Hingegen ist beim Kauf von Patenten, Mustern, Urheberrechten usw. die Rechtsmängelhaftung anwendbar (BK-GIGER, N 24 ff.); ebenso bei Softwareüberlassungsverträgen auf Dauer (HEUSLER/MATHYS, 203f; CHK-HRUBESCH-MILLAUER, N 2; **a.M.** FRÖHLICH-BLEULER, N 2209 ff., der auch bei Schutzrechtsverletzungen, die zum Entzug der Software führen, Sachmängelrecht anwenden will). Anders liegt der Fall, wenn die Kaufsache wegen Patentrechtsverletzung dem Verkehr entzogen ist (BGE 82 II 238, 248 = Pra 1956, 399 – Unverkäuflichkeit von Kugelschreibern wegen Patentverletzung: Sachmangel; SJZ 1973, 188 – Muster- und Modellschutz; ebenso ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 9; **a.M.** BK-GIGER, N 23; s. noch Art. 197 N 2).

Auf den Verkauf einer «ab ovo» **nicht existierenden Sache** ist Art. 192 nicht anwendbar (BGE 110 II 242 = Pra 1984, 656, 659).

Ein an sich besser berechtigter Dritter kann dem Käufer die Sache nur dann entziehen, wenn nicht **gutgläubiger Erwerb** nach Art. 714 Abs. 2, Art. 933–935, 973 ZGB oder **Ersitzung** nach Art. 661–663, 728 ZGB vorliegt. Die praktische Bedeutung der Rechtsmängelhaftung wird also durch die Möglichkeit des gutgläubigen (lastenfreien) Erwerbs und der Ersitzung stark reduziert. Da nur *positive Kenntnis* des Käufers die Rechtsmängelhaftung ausschliesst (Abs. 2), bleiben die Fälle, in denen gutgläubiger Erwerb bzw. Ersitzung wegen *fahrlässiger Unkenntnis* ausscheidet (Art. 3 Abs. 2 ZGB), ferner die Fälle der *abhanden gekommenen Sache* vor Ablauf der fünfjährigen Ersitzungsfrist (Art. 934 Abs. 1, Art. 728 ZGB). In beiden Fällen hat der Käufer einen Regressanspruch nach Art. 192 ff. OR. Beim **Grundstückkauf** reicht der Gutglaubensschutz weiter als beim Erwerb von beweglichen Sachen. Nach Art. 973 ZGB wird der gutgläubige Erwerber eines eingetragenen Rechts geschützt. In Betracht kommen also nur Fälle fahrlässiger Unkenntnis vom Nichtbestehen eines eingetragenen Rechts. Umgekehrt ist auch gutgläubig lastenfreier Erwerb möglich, wenn der Käufer ein bestehendes, aber nicht eingetragenes Recht nicht kennt (BGE 98 II 195 – nicht eingetragenes Wegrecht). Nicht anwendbar ist Art. 192, wenn es Aufgabe des Käufers gewesen wäre, die *Zwangsvollstreckung* eines betreibenden Hypothekargläubigers abzuwenden (BGE 39 II 755). BGE 100 II 24 bejaht Gewährleistung, wenn sich der Verkäufer, der bloss Eigentümer eines *Anteils an einem Grundstück* ist, zu Unrecht als Alleineigentümer ausgegeben hat. Zum gutgläubigen Erwerb beim Kauf von *Aktien* s. TSCHÄNI, § 7 N 35 f.

III. Voraussetzungen

Der Kaufgegenstand muss auf Grund eines gültigen Vertrages **übergeben** worden sein und der **Rechtsmangel** muss bereits **zur Zeit des Vertragsschlusses** bestanden haben. Vor Übergabe beurteilen sich die Rechte des Käufers ausschliesslich nach Art. 97 ff. Ist der Vertrag unwirksam, so entfällt die Haftung. 4

Kennt der Käufer die Gefahr der Entwehrung, so entfällt die Rechtsmängelhaftung (Abs. 2). Entscheidend ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses; *spätere Kenntnis* schadet nicht. Die wenig glückliche Formulierung des Gesetzes hat die Streitfrage produziert, ob nur *positive Kenntnis* die Haftung ausschliesst oder auch *fahrlässige Unkenntnis*. Die h.L. stellt *Kennen* und *Kennenmüssen* nicht gleich, bejaht aber einen Wegfall der Haftung, wenn sich der Käufer 5

der Kenntnisnahme arglistig verschlossen hat (BK-GIGER, N 54; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 15). Beim Kauf einer Liegenschaft mit dinglichen Belastungen sollte man m.E. noch weiter gehen und dem Käufer die Berufung auf Unkenntnis hinsichtlich eingetragener Rechte verweigern (abw. BK-GIGER, N 55, der bei eingetragenen Rechten lediglich eine Beweiserleichterung zu Gunsten des Verkäufers annimmt). Kenntnis des Käufers schadet jedoch nicht, wenn sich der Verkäufer *ausdrücklich* zur Gewährleistung verpflichtet hat (Abs. 2).

- 6 Schliesslich muss der Kaufgegenstand dem Käufer entzogen worden sein. Der Verkäufer haftet nicht nur bei gänzlicher **Eviktion** der Kaufsache (sog. *vollständige Entwehrung* oder *Total-eviktion*), sondern auch, wenn die Position des Käufers durch den Dritten nur teilweise beeinträchtigt wird; sei es, weil der Dritte nicht Eigentümer, sondern bloss Inhaber beschränkter dinglicher Rechte ist, sei es, weil der Dritte nur Eigentümer eines Teils der Kaufsache ist (sog. *teilweise Eviktion*, *Teilentwehrung* oder *Teileviktion*, s. Art. 196). Wird dem Käufer die Kaufsache nicht entzogen, erleidet er aber gleichwohl einen Schaden, indem er z.B. dem Dritten eine Abfindungssumme bezahlt, um den Entzug der Sache zu vermeiden, so kann er vom Verkäufer Ersatz dieses sog. Entwehrungsschadens verlangen. Manche sprechen hier von Quasi-eviktion (GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, 380; VON BÜREN, BT, 18).

IV. Rechtsfolgen

- 7 Die **Rechtsfolgen** der Rechtsgewährleistung regeln die **Art. 195** und **196**.

V. Wegbedingung

- 8 Nach Abs. 3 ist eine Vereinbarung über die **Aufhebung** oder **Beschränkung** der Gewährleistung *zulässig*, sofern der Verkäufer das Recht des Dritten *nicht absichtlich verschwiegen* hat. Ebenso wie bei Art. 199 und anders als nach Art. 100 Abs. 1 schadet also *grobe Fahrlässigkeit* nicht (**a.M.** FURRER, 31; wie hier BK-GIGER, N 75). Eine Wegbedingung in *AGB* ist restriktiv zu interpretieren (Einzelheiten bei der Komm. zu Art. 199; s. ferner BK-GIGER, N 69 f.).

VI. Beweislast

- 9 Die **Beweislast** für das *Vorliegen des Rechtsmangels* trifft den *Käufer*. Die Frage ist indes praktisch bedeutungslos, wenn dem Käufer die Sache durch rechtskräftiges Urteil entzogen worden ist und er dem Verkäufer den Streit verkündet hat (s. Art. 193 N 2 f.). Der *Verkäufer* trägt die Beweislast für die *Kenntnis* des Käufers von der Gefahr der Entwehrung (s. N 5). Für das *absichtliche Verschweigen* des Rechtsmangels seitens des Verkäufers, das zur Ungültigkeit einer Wegbedingung der Gewährspflicht führt (s. N 8), trägt der *Käufer* die Beweislast.

VII. Patentkauf

- 10 Beim **Patentkauf** führt *Patentnichtigkeit* nicht notwendig zur Ungültigkeit des Kaufvertrages nach Art. 20 (str. **a.M.** BLUM/PEDRAZZINI, Art. 34 N 65; offengelassen in BGE 116 II 191 E. 3 a). Vielmehr hat der Verkäufer grundsätzlich nach Art. 192 Gewähr zu leisten. Er haftet in analoger Anwendung von Art. 171. Im Übrigen sind folgende Einschränkungen zu beachten: Bei Patentnichtigkeit (Art. 1, 26 Abs. 2 PatG) wegen *mangelnder Neuheit*, *fehlender Erfindungshöhe* oder *gewerblicher Anwendbarkeit* haftet der Verkäufer nur, wenn er eine entsprechende Gewähr übernommen hat (BGE 110 II 239, 242 = Pra 1984, 659). BGE 111 II 455, 456 hat die Frage offen gelassen, weil die Haftung in casu gültig wegbedungen war. Die Abrede, mit welcher der Käufer das Risiko der gewerblichen Verwertbarkeit der Erfindung übernimmt, ist zulässig (BGE, a.a.O.). Die ältere Literatur hat der Anwendung der Art. 171 und 192 ff. durch die Judikatur (vgl. neben den zitierten Entscheidungen noch BGE 82 II 523 und 75 II 166, 170 – zum Lizenzvertrag sowie BGE 57 II 403 ff.) zugestimmt (s. etwa TROLLER

A., 981 ff.; BK-GIGER, N 25; a.M. BLUM/PEDRAZZINI, a.a.O.). Heute wird überwiegend angenommen, dass der *Lizenzvertrag* mit ex nunc-Wirkung aufzulösen sei (LEIMGRUBER, sic! 2014, 433 m.Nw.; HILTY, 346 ff., 351, 977 ff.; offengelassen in BGE 116 II 191 E. 3 a).

VIII. Verjährung

Die Rechtsgewährleistung enthält im Gegensatz zum Sachmängelrecht keine generellen Vorschriften über die **Verjährung**. Art. 210 gilt nur für Sachmängel. Für Rechtsmängel ist demnach die *ordentliche zehnjährige Verjährungsfrist* von **Art. 127** massgeblich. Nach einem Teil der Lehre (BK-GIGER, N 83; FURRER, 32) läuft die Frist nicht bereits mit *Vertragsschluss* oder *Übergabe*, sondern erst mit *Eintritt des Eviktionsfalles* (ebenso § 933 Abs. 1 ABGB). Dies erscheint zweifelhaft. Die Frage hat indes im Hinblick auf die fünf- bzw. zehnjährige Ersitzungsfrist (Art. 728, 661 ZGB) kaum praktische Bedeutung. Für Kulturgüter besteht die Sonderregelung von Art. 196a (dreissigjährige absolute, einjährige relative Verjährung).

Art. 193

2. Verfahren

a. Streitverkündung

¹ Die Voraussetzungen und Wirkungen der Streitverkündung richten sich nach der ZPO.

² Ist die Streitverkündung ohne Veranlassung des Verkäufers unterblieben, so wird dieser von der Verpflichtung zur Gewährleistung insoweit befreit, als er zu beweisen vermag, dass bei rechtzeitig erfolgter Streitverkündung ein günstigeres Ergebnis des Prozesses zu erlangen gewesen wäre.

2. Procédure

a. Dénonciation d'instance

¹ Les conditions et les effets de la dénonciation d'instance sont régis par le CPC.

² Lorsque le défaut de dénonciation d'instance n'est pas imputable au vendeur, celui-ci est libéré de son obligation de garantie dans la mesure où il prouve que le procès aurait pu avoir une issue plus favorable si l'instance lui avait été dénoncée à temps.

2. Procedura

a. Denuncia della lite

¹ Le condizioni e gli effetti della denuncia della lite sono regolati dal CPC.

² Quando si sia omessa la denuncia della lite, e ciò non sia imputabile al venditore, questi è prosciolto dall'obbligo della garanzia, in quanto possa provare che la lite avrebbe avuto un esito più favorevole ove gli fosse stata denunciata in tempo.

Literatur

DROESE, Die Streitverkündungsklage nach Art. 81 f. ZPO, SZPP 2010, 305 ff.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Lehrbuch zum Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2013.

Fassung gem. Anhang 1 Ziff. II 5 der Zivilprozessordnung vom 19.12.2008, in Kraft seit 1.1.2011 (AS 2010 1739; BBl 2006, 7221). Abs. 1 und 2 von Art. 193 a.F. sind aufgehoben. Abs. 1 neu verweist auf die ZPO; der neue Abs. 2 ist der unveränderte alte Abs. 3. Voraussetzungen und Wirkungen der Streitverkündung beurteilen sich heute ausschliesslich nach der ZPO. Sie ist in Art. 78 ff. ZPO geregelt. Für die materiellrechtlichen Wirkungen gilt Art. 77 sinngemäss (Nebeninterventionswirkung) (Art. 80).

Schon das BGer hatte, der Lehre folgend, einen *allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatzes* bejaht: Die Frage der Wirkungen einer **Streitverkündung** im Verhältnis zwischen Streitverkünder und Streitberufenem ist demnach **materiellrechtlicher Natur**. Die Streitverkündung bewirkt keine **Rechtskrafterstreckung**. Die **Bindungswirkung** des Urteils besteht vielmehr darin, dass ein ungünstiges Ergebnis des Prozesses auch gegen den Verkäufer wirkt, sofern nicht einer der Ausnahmetatbestände von Art. 77 lit. a oder b ZPO vorliegen. Die Wirkung

Erster Abschnitt: Der Einzelarbeitsvertrag

Art. 319

A. Begriff und Entstehung I. Begriff

¹ Durch den Einzelarbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung eines Lohnes, der nach Zeitabschnitten (Zeitlohn) oder nach der geleisteten Arbeit (Akkordlohn) bemessen wird.

² Als Einzelarbeitsvertrag gilt auch der Vertrag, durch den sich ein Arbeitnehmer zur regelmässigen Leistung von stunden-, halbtage- oder tageweiser Arbeit (Teilzeitarbeit) im Dienst des Arbeitgebers verpflichtet.

A. Définition et formation I. Définition

¹ Par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche).

² Est aussi réputé contrat individuel de travail le contrat par lequel un travailleur s'engage à travailler régulièrement au service de l'employeur par heures, demi-journées ou journées (travail à temps partiel).

A. Definizione e formazione I. Definizione

¹ Il contratto individuale di lavoro è quello con il quale il lavoratore si obbliga a lavorare al servizio del datore di lavoro per un tempo determinato o indeterminato e il datore di lavoro a pagare un salario stabilito a tempo o a cottimo.

² È considerato contratto individuale di lavoro anche il contratto con il quale un lavoratore si obbliga a lavorare regolarmente al servizio del datore di lavoro per ore, mezze giornate o giornate (lavoro a tempo parziale).

Literatur

ANDERMATT, Delegation der Geschäftsführung bei der AG – Das Organisationsreglement als Instrument der Haftungsbeschränkung, TREX 2011, 234 ff.; BACHMANN, Verdeckter Personalverleih: Aspekte zur rechtlichen Ausgestaltung, zur Bewilligungspflicht, zum Konzernverleih und zum Verleih mit Auslandsberührung, ArbR 2010, 53 ff.; BÖHRINGER, Die neue Arbeitswelt. Flexibilisierung der Erwerbsarbeit und atypische Arbeitsverhältnisse, Zürich 2001; BONER, Teilzeitarbeit, Bern 1985; BORN-SCHWEIZER, Freie Rundfunkmitarbeiter, Diss., Bern 1985; BRÜHWILER, Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Absicherung der Teilzeitarbeit, SZS 1992, 22 ff., 76 ff.; DERS., Auswirkungen des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6.10.1989 (AVG) auf den temporären Arbeitsvertrag, SJZ 1991, 221 ff.; BYRNE-SUTTON, Le contrat de travail à temps partiel, Zürich 2001; CAHN, Der Theaterintendant, Diss., Zürich, Baden-Baden 2002; DRECHSLER, Personalverleih – unscharfe Grenzen, AJP 2010, 314 ff.; EGLI, Neue Tendenzen bei der Teilzeitarbeit, SJZ 2000, 205 ff.; EHRENSTRÖM, Contrat de travail et immunité de juridiction de l'Etat défendeur, Jusletter 9.7.2012; DERS., Immunités diplomatiques et contentieux du travail en Suisse, Jusletter 10.12.2007; EICHENBERGER, Selbständige und unselbständige Erwerbstätigkeit der Ärztin, AJP 2003, 1316 ff.; DEL FABRO, Der Trainervertrag, in: Sport und Recht, 2. Tagungsband, Bern 2005, 101 ff.; DERS., Der Trainervertrag, Bern 1992; FAVRE, La contribution extraordinaire d'un époux à la profession de l'autre, ST 2002, 824 ff.; FELLMANN, Abgrenzung der Dienstverträge zum Arbeitsvertrag und zur Erbringung von Leistungen als Organ einer Gesellschaft, AJP 1997, 172 ff.; FISCHER, Zur Haftungsbegründung im Temporärarbeitsverhältnis, Jusletter 30.9.2013; FULD/MICHEL, Le Portage Salarial – Analyse en droit du travail et des assurances sociales suisses, Jusletter 22.10.2012; FUTTERKNECHT, Job-Sharing, Diss., Bern 1985; GARRONE, La notion de travailleur en droit communautaire, in: Le travail et le droit, Fribourg 1994, 415 ff.; GEISER, Schützt das Arbeitsrecht Journalisten und Journalistinnen genügend?, medialex 2005, 193 ff.; DERS., Neue Arbeitsvertragsformen zwischen Legalität und Illegalität, in: Neue Erwerbsformen – veraltetes Arbeits- und Sozialversicherungsrecht?, Bern 1996, 43 ff.; DERS., Arbeitsvertragsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Weiterbildung, recht 1996, 28 ff.; DERS., Weiterbildung – Finanzierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, plädoyer 6/2013, 28 ff.; DERS., Weiterbildung im Arbeitsrecht, recht 2011, 118 ff.; GEISER/SPADIN, Soziale Sicherheit bei Mehrfachbeschäftigungen, ZSR 2014 II, 275 ff.; GEISER/UHLIG, Arbeitsverhältnisse im Konzern, ZBJV 2003, 757 ff.; GERBER, Die Scheinselbständigkeit im Rahmen des Einzelarbeitsvertrages, Bern/Stuttgart/Wien 2003; GLOOR, Immunité de juridiction et contrat de travail: le cas du diplomate de

facto, employé local d'une Mission diplomatique, ARV 2009, 24 ff.; DERS., Conditions de travail du personnel privé des diplomates en Suisse, ARV 2009, 209 ff.; GROB, Die tatsächlichen und rechtlichen Besonderheiten der Arbeitsverhältnisse des Cockpit-Personals, Diss., Dietikon 1996; HAMM, Die vertragliche Stellung freier Mitarbeiter in den Massenmedien, Bern 1994; HARDER, Freie Mitarbeiter/Freelancer/Scheinselbstständige, ArbR 2003, 69 ff.; DERS., Freie Mitarbeit und ähnliche Formen freier Zusammenarbeit, 2. Aufl., Bern 2002; DERS., Abgestufter Beschäftigungsschutz für Freie Mitarbeiter, AJP 2001, 984 ff.; HEINZER, Le double statut de l'administrateur-travailleur en droit privé, in: De lege negotiorum, Genf 2009, 81 ff., ebenfalls publiziert in: Panorama en droit de travail, Bern 2009, 349 ff.; HEIZ, Das Arbeitsverhältnis im Konzern, Bern 2005; HENNEBERGER/RIEDER, Bemessung der Entschädigung der Wartezeiten bei echter Arbeit auf Abruf, AJP 2011, 1057 ff.; HENSCH, Arbeitsrechtliche Fragen der spitalexternen Krankenpflege, Pflegerecht-Pflegewissenschaft 1/2012, 11 ff.; HEUTGER, Zum Inkrafttreten des Seearbeitsübereinkommens der Internationalen Arbeitskonferenz (ILO) am 20.8.2013, Jusletter 16.9.2013; JENNY, Arbeitsverträge von Sportlern, in: Sport und Recht, 2. Tagungsband, Bern 2005, 175 ff.; JOEHRO, Der Gesamtarbeitsvertrag Personalverleih, ArbR 2013, 105 ff.; KÄCH, Die Rechtsstellung des Vertreters einer juristischen Person im Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft, Diss., Zürich 2001; KAHIL-WOLFF, La collaboration entre époux, in: Droit du travail, droit des assurances sociales, Lausanne 1994, 99 ff.; KÄSER/GYSI, Erteilung von Zeichnungsberechtigungen durch die Geschäftsleitung und moderne Konzepte zur Regelung der Zeichnungsberechtigungen, Jusletter 6.6.2011; KELLERMÜLLER, Vertragsverhältnisse zwischen Journalisten und Medienunternehmen, medialex 2005, 133 ff.; KLEINER, Der Schutz der Vertragsstabilität durch Verbandsreglemente im Berufsfussball, Sportrecht, Band I, Bern 2013, 317 ff.; DERS., Der Spielervertrag im Berufsfussball, Diss., Zürich 2013; DERS., Der Spielervertrag zwischen einem Berufsfussballer und seinem Club und dessen vorzeitige Beendigung, Sportrecht, Bd. I, Bern 2013, 131 ff.; KULL (Hrsg.), Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG), Bern 2014; DERS., Die Abgrenzung des einfachen Auftrags zum Personalverleih am Beispiel der hauswirtschaftlichen Tätigkeit, AJP 2013, 1485 ff.; KUNZ, Zur Erteilung von Zeichnungsberechtigungen durch die Geschäftsleitung – Eine wissenschaftliche Replik, Jusletter 27.6.2011; KÜNZI, Soziale Sicherung freier Berufsjournalisten, Diss., Bern 1998; LERCH, Arbeitsrechtliche Rückzahlungsvorbehalte für Aus- und Weiterbildungskosten, Anwaltsrevue 2012, 24 ff.; MATHIS-ZWYGART, Le travail temporaire – entre liberté contractuelle et ordre public, in: «Le droit décloisonné», interférences et interdépendances entre droit privé et droit public, Genf/Zürich/Basel 2009; DIES., L'application des conventions collectives de travail aux contrats de travail temporaire. Etude de l'article 20 LSE, Diss., Basel 2012; MATILE/ZILLA, Travail temporaire – Commentaire pratique des dispositions fédérales sur la location de services (art. 12–39 LSE), Genf/Zürich/Basel 2010; MEIER A., L'engagement de musiciens: contrat de travail ou contrat d'entreprise?, Genf 2013; DIES., Pour un retour du critère de l'intégration dans la définition du contrat de travail, ARV 2013, 97 ff.; MEIER-GUBSER, Teilzeitarbeit – Mögliche arbeitsrechtliche Stolpersteine, TREX 2011, 22 ff.; MODL, Rechtliche Aspekte der Sportlervermittlung im schweizerischen Recht, in: Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2. Aufl., Bern 2003, 43 ff.; MOSIMANN, Theater und Recht, BJM 1998, 1 ff.; DERS., Goethes Intendanz, die Bühnenbräuche und das heutige Theaterrecht, FS für Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 389 ff.; MÜLLER R., Problematik einer Doppelstellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer, ST 2006, 851 ff.; DERS., Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, Zürich/Basel/Genf 2005; DERS., Der Verwaltungsrat im Arbeitsrecht, ArbR 1997, 67 ff.; DERS., Die arbeitsrechtliche Situation der VR-Delegierten in der Schweiz, AJP 2001, 1367 ff.; MÜLLER R.A., Arbeitnehmerähnliche Personen. Rechtsprobleme der Scheinselbstständigkeit, ArbR 2000, 21 ff.; MURER, Soll die Arbeit auf Abruf gesetzlich geregelt werden?, in: FS für Pierre Tercier, Zürich/Basel/Genf 2008, 355 ff.; PORTMANN, Die Arbeitsbedingungen der Bankangestellten, FS für Dieter Zobl, Zürich/Basel/Genf 2004, 581 ff.; PORTMANN/NEDI, Neue Arbeitsformen – Crowdwork, Partage Salarial und Employee Sharing, FS für Isaak Meier, Zürich/Basel/Genf 2015, 525 ff.; PRODOLLIET, Flexibel, atypisch, irregulär und prekär. Die neuen Arbeitsverhältnisse, in: Sozialalmanach 2002, Der flexibilisierte Mensch, Luzern 2002, 137 ff.; PRODOLLIET/KNÖPFEL/WÄLCHLI, Prekäre Arbeitsverhältnisse in der Schweiz, Luzern 2001; PULVER, Mobile Arbeit als brachliegendes juristisches Untersuchungsfeld, in: Mobile Arbeit in der Schweiz, Zürich 2002, 145 ff.; PULVER/MAHON/GUY-ÉCABERT, Aspect juridique du télétravail. Annexe au rapport: BUSER/POSCHERT/PULVER, Télématique et nouvelles formes de travail, Bern 2000; REHBINDER, Arbeitsvermittlungsgesetz, Kommentar, Zürich 1992; DERS., Die Neuordnung von Arbeitsvermittlung und Personalverleih in der Schweiz, Recht der internationalen Wirtschaft 1992, 640 ff.; RICHERS, Arbeitslohn oder Lidlohn?, ArbR 2004, 85 ff.; RIEMER-KAFKA, Im Betrieb mitarbeitende Ehe- und Lebenspartner unter sozialversicherungs- und arbeitsvertragsrechtlichem Aspekt, in: Neue Rechtsfragen rund um die KMU, Zürich/Basel/Genf, 2006, 145 ff.; RITTER, Das revidierte Arbeitsvermittlungsgesetz und dessen Auswirkungen auf die betroffenen Wirtschaftszweige, Bern 1994; DERS., Private Auslandsvermittlung und Auslandsverleih im neuen Arbeitsvermittlungsgesetz, ArbR 1991, 23 ff.; RÖTHLISBERGER, Der journalistische Arbeitsvertrag, UFITA 2007, 795 ff.; RUDOLPH, Allgemeine Anstellungsbedingungen – Ausgewählte Rechtsfragen, FS für Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 547 ff.; RUSCH/BORNHAUSER, Korrektiv zur Freizeichnung von der Hilfspersonenhaf-

tung, AJP 2010, 1228 ff.; SANDOZ, *Présomption de contrat de travail entre époux ou contribution extraordinaire?*, in: *Droit du travail, droit des assurances sociales*, Lausanne 1994, 29 ff.; SANER, *Telearbeit*, Diss., Zürich 1992; SCHELLENBERG, *Der Bühnengagementsvertrag im schweizerischen Recht*, Diss., Bern 1990; SCHERRER, *Sportler-Management und Sportler-Vermittlung im globalisierten Sport*, in: *Sport und Recht*, Bern 2003, 87 ff.; DERS. (Hrsg.), *Sportlervermittlung und Sportlermanagement*, 2. Aufl., Bern 2003; SCHILTKNECHT, *Arbeitnehmer als Verwaltungsräte abhängiger Konzerngesellschaften*, Bern 1997; SCHNEIDER, *Le travail atypique. Problèmes et réflexions*, plädoyer 2/1992, 52 ff.; SECO, *Weisungen und Erläuterungen zum Arbeitsvermittlungsgesetz, zur Arbeitsvermittlungsverordnung und der Gebührenverordnung zum Arbeitsvermittlungsgesetz*, Bern 2003; SENTI, *Arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Pikettdienst*, ZBJV 2006, 645 ff.; DERS., *Pensionierte Angestellte – Heikle sozialrechtliche Punkte*, plädoyer 6/2012, 37 ff.; DERS., *Die Geschäftsführung bei der GmbH – Schnittstellen zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht*, AJP 2011, 18 ff.; DERS., *Untypischer Personalverleih*, AJP 2008, 1498 ff.; DERS., *Auftrag oder Personalverleih? – Rechtliche Gratwanderung mit drastischen Folgen*, AJP 2013, 356 ff.; STENGEL/BRÄNDLI, *Pikettdienst unter Art. 8a ArGV 2*, AJP 2013, 55 ff.; STÖCKLI J.-F., *Rechtsfragen der Mehrfachbeschäftigung des Arbeitnehmers*, SJZ 1991, 254 ff.; DERS., *Arbeitsvertragliche Regelung der Weiterbildung*, ArbR 2011, 117 ff.; STÖCKLI H., *«Ménage-à-trois» bei der Temporärarbeit*, recht 2010, 137 ff., ebenfalls publiziert in: *FS für Erwin Murer*, Bern 2010, 893 ff.; STREIT, *La location de services, Aperçu d'un rapport de travail plûtôt méconnu*, Jusletter 11.1.2010; SUBILIA, *Le partage du travail en droit suisse*, Diss., Lausanne 1998; THEILER, *Der Gerantenvertrag*, Diss., Bern 1992; THEURILLAT LANGENEGGER, *Personalverleih aus dem Ausland*, ArbR 2008, 109 ff., ebenfalls publiziert in: *Chancen und Risiken rechtlicher Neuerungen 2006/2007*, Zürich/Basel/Genf 2007, 151 ff.; THÉVENOZ, *Temporäre Arbeit und Personalverleih*, in: *SJK*, Genf 1991; DERS., *La location de services dans le bâtiment*, *Droit de la construction* 1994, 68 ff.; DERS., *La nouvelle réglementation du travail intérimaire*, in: *Journée 1992 de droit du travail et de la sécurité sociale*, Zürich 1994, 7 ff.; VISCHER G. R., *Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse bei staatlichen Organisationen*, Diss., Basel 1989; VÖGELI, *Die Scheinselbstständigkeit im Kontext der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit*, *FS für Tobias Jaag*, Zürich/Basel/Genf 2012, 74 ff.; VÖLKER, *Die Scheinselbstständigkeit im schweizerischen Arbeitsrecht*, Diss., Zürich 2004; WIDMER, *Rechtsfragen beim Vereinswechsel von Berufsfussballspielern*, BJM 2002, 57 ff.; ZEHNDER, *Arbeitsvertrag für Pflegeeltern? – Beitrag zum Vorentwurf einer Kinderbetreuungsverordnung (Totalrevision PAVO)*, Jusletter 26.10.2009; vgl. ausserdem die Literaturhinweise zur Einleitung vor Art. 319 ff.

I. Begriff des Einzelarbeitsvertrages

- 1 Der Einzelarbeitsvertrag ist ein privatrechtlicher Schuldvertrag, der ein Dauerschuldverhältnis zwecks Leistung entgeltlicher Arbeit unter Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation begründet (Art. 319 Abs. 1). Das Arbeitsverhältnis ist also durch folgende Merkmale gekennzeichnet: Privatrechtsverhältnis, Schuldvertrag, Arbeitsleistung, Dauerschuldverhältnis, Entgeltlichkeit und Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation.

1. Privatrechtsverhältnis

- 2 Als privatrechtlicher Vertrag unterscheidet sich der Einzelarbeitsvertrag von sämtlichen öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen, die eine Arbeitsleistung zum Gegenstand haben. Auf solchen beruhen namentlich:
 - Der öffentliche Dienst (Einl. vor Art. 319 ff. N 21 f.); zur *Abgrenzung* von privatrechtlichem und öffentlich-rechtlichem Arbeitsvertrag s. AppGer BS, JAR 1998, 97; gemäss TC FR, JAR 2002, 328 ist auf Anstellungsverträge öffentlich-rechtlicher Anstalten und Körperschaften, die staatliche Aufgaben zu erfüllen haben, das öffentlich-rechtliche Personalrecht anwendbar, auch wenn der Anstalt oder Körperschaft Autonomie zukommt. Das Bundespersonalrecht ist auf die Arbeitsverhältnisse bei den SBB anwendbar (Art. 15 Abs. 1 SBBG, Art. 2 Abs. 1 lit. d BPG), nicht aber bei deren Tochtergesellschaften (BGE 135 III 486; i.c. daher privatrechtliche Arbeitsverhältnisse bei der SBB Cargo AG). Ebenso gilt das Privatrecht für die Angestellten der Post (Art. 9 POG) und die Angestellten eines in Form einer AG organisierten kommunalen Elektrizitätswerks, das zuvor von der Gemeinde betrieben worden war (BGer, 22.10.2003, 2P.217/2003). Arbeitnehmer, die mit einer als AG organisierten Tochtergesellschaft eines öffentlichen Unternehmens ein Arbeitsverhältnis begründen, unterstehen somit grundsätzlich den Regeln des privaten Arbeitsrechts,

auch wenn für die vorsorgerechtlichen Aspekte solcher Arbeitsverhältnisse sehr oft die Statuten und Reglemente der für das Staatspersonal zuständigen Vorsorgewerke für anwendbar erklärt werden (NÖTZLI, ARV online 2010 Nr. 324).

- Militär-, Schutz- und Zivildienst.
- Die Tätigkeit der sog. unfreien Arbeitnehmer wie Strafgefangene und Personen, die in geschlossene Anstalten eingewiesen worden sind.
- Dienstleistungen von Angehörigen bestimmter kirchlicher Orden.
- Arbeitsversuch nach Art. 18a IVG, doch finden gemäss dieser Bestimmung verschiedene Bestimmungen des OR sinngemäss Anwendung (Näheres bei STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2).

2. Schuldvertrag

Als Schuldvertrag grenzt sich der Einzelarbeitsvertrag von allen sonstigen privatrechtlichen Rechtsverhältnissen ab, in deren Rahmen Arbeit geleistet wird. Dazu gehören namentlich:

- *Ehe*. Gemäss Art. 163 Abs. 2 ZGB sind Besorgen des Haushaltes, Betreuen der Kinder und Mithilfe im Beruf oder Gewerbe des anderen Ehegatten Arten des Beitrags an den Unterhalt der Familie. Hat ein Ehegatte im Beruf oder Gewerbe des anderen erheblich mehr mitgearbeitet, als es sein Beitrag an den Unterhalt der Familie verlangt, so räumt ihm Art. 165 Abs. 1 ZGB einen *familienrechtlichen* Anspruch auf eine (nicht volle, sondern bloss) *angemessene* Entschädigung ein. Den Ehegatten bleibt es indessen unbenommen, einen Arbeitsvertrag abzuschliessen. Ein solcher kann auch nach Art. 320 Abs. 2 zustande kommen (Art. 320 N 20). In diesen Fällen wird der familienrechtliche Entschädigungsanspruch durch einen echten Lohnanspruch ersetzt (vgl. Art. 165 Abs. 3 ZGB). Ist kein Arbeitsvertrag zustande gekommen, kann sich die mitarbeitende Ehefrau nicht auf den Kündigungsschutz berufen (CAPH GE, JAR 2002, 127).
- *Gemeinschaftsverhältnis zwischen Eltern und Kindern*. Art. 272 ZGB sieht eine Beistandspflicht zwischen Eltern und Kindern vor, die auch Arbeitsleistungen umfassen kann. Volljährigen Kindern oder Grosskindern, die ihren Eltern oder Grosseltern in gemeinsamem Haushalt ihre Arbeit oder ihre Einkünfte zugewendet haben, steht ein *familienrechtlicher* Anspruch auf *angemessene* Entschädigung zu (sog. *Lidlohn*, der grundsätzlich erst mit dem Tod des Schuldners geltend gemacht werden kann, Art. 334 und 334^{bis} ZGB).
- *Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen Organ und juristischer Person*. In diesem Fall liegt ein Innominatkontrakt bzw. nach anderer Auffassung ein Doppelverhältnis vor, wobei in Bezug auf Entstehung, Wirkung und Beendigung klar zwischen der gesellschaftsrechtlichen und der schuldrechtlichen Seite zu unterscheiden ist. Gesellschaftsrechtlich gilt z.B., dass ein Mitglied des Verwaltungsrates jederzeit zurücktreten oder abberufen werden kann, während unter schuldrechtlichen Gesichtspunkten die Art. 337 ff. bzw. 404 ff. massgebend sind (vgl. Art. 705). Eine weitere Folge ist, dass das in einem Arbeitsverhältnis stehende Organ sowohl an die Treuepflicht des Arbeitnehmers (Art. 321a) wie auch an die organschaftliche Treuepflicht des Verwaltungsrats- oder Direktionsmitglieds nach Art. 717 gebunden ist (BGE 130 III 217). Zwischen der Gesellschaft und einem Direktor oder Vize-direktor liegt in schuldrechtlicher Hinsicht i.d.R. ein Arbeitsvertrag vor (Weisungsgebundenheit trotz leitender Stellung: BGE 128 III 131; trotz Einsitznahme in den Verwaltungsrat: BGer, ARV 2003, 20). In Bezug auf Verwaltungsräte ist die Rechtsprechung uneinheitlich (Auftrag: BGE 53 II 408; 90 II 483; auftragsähnlicher Vertrag sui generis: BGE 125 III 81; Arbeitsvertrag: BGE 75 II 149; BGer, ARV 2014, 192; s.a. TC VD, JAR 2012, 543). Arbeitnehmer kann jedenfalls der Delegierte des Verwaltungsrats sein, an dessen Weisungen er gebunden ist, ebenso der einzige Verwaltungsrat, der konkrete Weisungen vom Mehrheitsaktionär empfängt.

3. Arbeitsleistung

- 7 Gegenstand des Arbeitsvertrages ist eine Arbeitsleistung. Unter Arbeit ist jede planmässige, auf die Befriedigung eines Bedürfnisses gerichtete körperliche oder geistige Verrichtung zu verstehen. Sie besteht in einer positiven Leistung, auch wenn diese nicht als aktive Betätigung hervortritt, wie beim Überwachen von Maschinen. Auch *Dienstreisen* gehören zur Arbeitsleistung und sind als Arbeitszeit zu vergüten, *nicht* hingegen der *Arbeitsweg* (s. indessen etwa die Ausnahmen von Art. 13 Abs. 2 und Art. 15 Abs. 2 Satz 2 ArGV 1; s.a. AGer ZH, JAR 2011, 636 und JAR 2008, 535 ff.). Ob es hingegen durch die Arbeitsleistung zu einem bestimmten **Arbeitserfolg** kommt, ist **gleichgültig**. Zwar wird der Arbeitsvertrag im Hinblick auf ein Arbeitsergebnis abgeschlossen. Geschuldet ist aber nur der Einsatz der Arbeitskraft und nicht, wie beim Werkvertrag (Art. 363), ein bestimmter Arbeitserfolg. Arbeitsleistung im Sinne des Arbeitsvertragsrechts ist demnach ein Wirken und nicht ein Werk (VON GIERKE, Schuldrecht, Leipzig/München 1917, 591 f.).
- 8 Bei Dienstleistungsberufen gehört zur Arbeitsleistung auch die blossе **Arbeitsbereitschaft** (Präsenzzeit), weil hier auf den Einsatz der jeweiligen Dienste typischerweise *im Betrieb* gewartet werden muss, so dass Warten zum Gegenstand des Arbeitsvertrages gehört (Bsp.: KGer SG, JAR 2002, 155: Kellner wartet auf die Bedienung von Gästen; CAPH GE, JAR 2000, 125: Nachtwächter, der im Hotel zwischen 23 und 7 Uhr schlafen darf, gleichzeitig aber bei Bedarf neue Gäste empfangen muss und in Notfällen einzuschreiten hat; KGer GR, JAR 1991, 106). Diese Präsenzzeit zählt als normale Arbeitszeit und ist mangels abweichender Vereinbarung entsprechend zu entlöhnen (BGE 124 III 251; s.a. GSGer BS, JAR 2013, 432 betr. die Entschädigung der Wartezeit in einem Call-Center, wo aber übersehen wird, dass abweichende Vereinbarungen, z.B. eine tiefere Entschädigung oder die Entgeltung mit einem Pauschalbetrag, durchaus zulässig sein können); sie kann auch nicht als Kompensation von Überstunden betrachtet werden (KGes SG, JAR 2002, 155).
- 9 Eine Arbeitsleistung in abgeschwächter Form stellt die sog. **Rufbereitschaft** (Bereitschaftsdienst) dar, bei der der Arbeitnehmer zusätzlich zur normalen Arbeitszeit *ausserhalb des Betriebes* ohne konkreten Arbeitseinsatz auf Abruf wartet (Art. 321 N 19). Ein solcher Bereitschaftsdienst ist nur gegen Lohn zu erwarten (Art. 320 Abs. 2). Das geringere betriebswirtschaftliche Interesse des Arbeitgebers an diesem Dienst und eine gewisse Verfügungsmöglichkeit des Arbeitnehmers über die entsprechende Zeit lassen aber (unter Vorbehalt einer abweichenden Vereinbarung) eine tiefere Entlohnung zu (BGE 124 III 251). Diese kann sogar einzel- oder gesamtarbeitsvertraglich in den Lohn für die Hauptleistung eingeschlossen werden (BGE 124 III 251). Eine solche Vereinbarung erblickte das BGer in einer Bestimmung, wonach die Zeit, während der sich der Mitarbeiter gemäss Dienstplan ausserhalb des Betriebsgeländes auf Abruf zum Einsatz bereithalten muss, nicht als Arbeitszeit gilt; für diesen Dienst war deshalb kein zusätzlicher Lohn geschuldet (BGer, ARV 2010, 189, 193).
- 10 Beim **Pikettendienst** hält sich der Arbeitnehmer neben der normalen Arbeit für allfällige Arbeitseinsätze bereit für die Behebung von Störungen, die Hilfeleistung in Notsituationen, für Kontrollgänge oder für ähnliche Sonderereignisse (Art. 14 Abs. 1 ArGV 1). Wird der Pikettendienst im Betrieb geleistet, stellt die gesamte zur Verfügung gestellte Zeit Arbeitszeit dar (Art. 15 Abs. 1 ArGV 1); hier liegt somit eine besondere Form von Arbeitsbereitschaft vor (Präsenzzeit, N 8). Wird der Pikettendienst ausserhalb des Betriebes geleistet, so ist die zur Verfügung gestellte Zeit soweit an die Arbeitszeit anzurechnen, als der Arbeitnehmer tatsächlich zur Arbeit herangezogen wird (wobei der Arbeitsweg in diesem Fall an die Arbeitszeit anzurechnen ist, Art. 15 Abs. 2 ArGV 1). Diese Art des Pikettendienstes hat Ähnlichkeit mit der Rufbereitschaft (N 9). Gemäss dem Regelungsgedanken von Art. 15 ArGV 1 ist nur von ausserhalb des Betriebes geleistetem Pikettendienst auszugehen, wenn der Arbeitnehmer die grösseren Freizeit- und Erholungsmöglichkeiten auch nutzen kann. Dies ist zu verneinen,

wenn er während des Pikettdienstes innert sehr kurzer Frist (z.B. innert 15 Minuten nach dem Anruf) intervenieren muss, es sei denn, dass er in der Nähe des Betriebs wohnt und den Pikettdienst daher zu Hause erbringen kann (BGer, ARV 2010, 189; vgl. für Krankenanstalten und Kliniken auch Art. 8a ArGV 2, insb. dessen Abs. 2). Die Entlohnung für entschädigungspflichtigen Pikettdienst kann wie bei der Rufbereitschaft zu einem tieferen Ansatz bemessen oder vertraglich in den Lohn für die Haupttätigkeit eingeschlossen werden (BGer, JAR 2011, 367; BGer, JAR 2010, 209; OGer LU, JAR 2014, 474; s. N 9).

4. Dauerschuldverhältnis

Die Verpflichtung zur Arbeitsleistung muss «auf bestimmte oder unbestimmte Zeit» begründet werden. Nicht das Arbeitsergebnis ist geschuldet, sondern die Verwendung der Zeit für den Arbeitgeber. Das Arbeitsverhältnis muss also für eine gewisse *Dauer* eingegangen werden. Dies erfordert aber weder eine bestimmte Mindestdauer noch eine volle Inanspruchnahme der Normalarbeitszeit. Auch Dienstverhältnisse auf kurze Zeit sind Arbeitsverhältnisse, soweit die Arbeitskraft weisungsabhängig geschuldet wird (z.B. Servier- und Reinigungspersonal für ein bestimmtes Fest, Aushilfe). Auch die fortgesetzte Leistung von **Teilzeitarbeit** begründet ein **Arbeitsverhältnis** (Art. 319 Abs. 2), z.B. bei einem gewerblichen Arbeitnehmer, der jeweils am Wochenende in der Landwirtschaft aushilft, oder bei einer Raumpflegerin, die jede Woche einige Stunden in einem Haushalt oder einem Büro beschäftigt ist.

11

5. Entgeltlichkeit

Zum Arbeitsvertrag gehört die Verpflichtung des Arbeitgebers «zur Entrichtung eines **Lohnes**». Dieser kann nach Zeitabschnitten (*Zeitlohn*) oder nach der geleisteten Arbeit bemessen sein (*Akkordlohn*; vgl. Art. 326). Entgeltlichkeit ist auch bei einem Darlehen gegeben, das durch sporadische Einsätze abgearbeitet werden kann (OGer BL, JAR 2002, 132). Unentgeltliche Arbeitsleistung geschieht hingegen im Auftragsverhältnis (BGE 64 II 10) oder ausserhalb des Rechts, d.h. aus «reiner» Gefälligkeit (BGE 116 II 695; BGer, JAR 2005, 304; BGer, ARV 2013, 127: unentgeltliche Tätigkeit einer Ärztin am Genfer Universitätsspital). Unentgeltlichkeit liegt auch vor, wenn nur effektive Kosten vergütet werden (TAPP TI, JAR 2002, 134).

12

Wird die unentgeltliche Arbeitsleistung unter Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation erbracht (karitative oder ehrenamtliche Tätigkeit im Rahmen einer Organisation, Arbeit einer behinderten Person in einer geschützten Werkstatt), ist die ausschliessliche Anwendung von Auftragsrecht nicht sachgemäss (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2). In diesen Fällen ist ein gemischter Vertrag (Auftrag/Arbeitsvertrag) anzunehmen bzw. eine analoge Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften in Betracht zu ziehen. Die Entgeltlichkeit kann auch stillschweigend vereinbart sein oder sich sogar aus den Umständen i.S.v. Art. 320 Abs. 2 ergeben. Auch die Lohnhöhe muss nicht verabredet werden: sie wird notfalls durch Übung oder (beim Fehlen einer solchen) durch richterliches Ermessen bestimmt (Art. 322 Abs. 1).

13

6. Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation

Die Arbeitsleistung hat «im Dienst des Arbeitgebers» zu erfolgen. Mit Stellenantritt, d.h. durch Eingliederung des Arbeitnehmers in eine fremde Arbeitsorganisation, entsteht das für das Arbeitsverhältnis typische *Abhängigkeitsverhältnis*, das den Arbeitnehmer im Arbeitsvollzug persönlich, organisatorisch, zeitlich und wirtschaftlich der Weisungsgewalt des Arbeitgebers unterstellt (OGer ZH, JAR 1986, 59). Die Weisungsgewalt des Arbeitgebers (Art. 321d) begründet eine rechtliche Unterordnung, eine persönliche Abhängigkeit durch or-

14

ganisatorische Gebundenheit, die den Arbeitsvertrag von den *Verträgen auf selbständige Dienstleistung* unterscheidet (BGE 95 I 24; 78 II 36). Zu diesen gehören namentlich:

- der Werkvertrag (Art. 363 ff.);
- der einfache Auftrag (Art. 394 ff.);
- der Mäklervertrag (Art. 412 ff.);
- der Agenturvertrag (Art. 418a ff.; dazu auch Art. 347 N 3);
- die Kommission (Art. 425 ff.).

- 15** Da jedoch auch Verträge auf selbständige Dienstleistung Weisungsbefugnisse der Gläubiger der Dienstleistung kennen (Art. 397), ist die Abgrenzung des Arbeitsvertrages zu diesen Verträgen gelegentlich schwierig (z.B. Disk-Jockey, Fussballtrainer). Über das Vorliegen eines arbeitsrechtlichen Abhängigkeitsverhältnisses entscheidet dann eine typologische *Würdigung des Gesamtbildes* nach dem Massstab der Verkehrsanschauung. Gleiches gilt im Verhältnis zum *Gesellschaftsvertrag* (zur Abgrenzung der einfachen Gesellschaft vom «partiarischen Arbeitsvertrag» als Vertrag, bei dem die Vergütung des Arbeitnehmers ganz oder teilweise vom wirtschaftlichen Ergebnis der ausgeübten Tätigkeit abhängt, s. TAPP TI, JAR 2010, 608). Abzustellen ist dabei nicht nur auf den ursprünglich vereinbarten Vertragsinhalt, sondern auch auf den praktischen Vollzug des Vertragsverhältnisses. Abzulehnen ist eine Regel, wonach im Zweifel aus Gründen des Sozialschutzes ein Arbeitsvertrag anzunehmen sei (so aber OGer LU, JAR 2008, 441), denn der (gegebene oder fehlende) Sozialschutz ist die Rechtsfolge der Vertragsqualifikation und nicht deren Grund. Liegt ein Schutzbedürfnis einer arbeitnehmerähnlichen Person vor, ist der Weg über die analoge Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzbestimmungen zu gehen (Art. 319 N 48).
- 16** Neben *umfassenden Weisungs- und Kontrollbefugnissen*, die dem Gläubiger der Arbeitsleistung vertraglich eingeräumt sind oder von ihm tatsächlich ausgeübt werden, sprechen folgende *Indizien* für eine arbeitsvertragliche Eingliederung: wenn der Arbeitleistende geringe Freiheit in der Ausgestaltung der Arbeit geniesst, an vorgeschriebene Arbeitszeiten gebunden ist, einen Arbeitsplatz zugewiesen erhält, kein Unternehmerrisiko trägt, mit Arbeitsgeräten und Material ausgerüstet wird, zur Rechenschaftsablage verpflichtet ist, regelmässige Lohnzahlungen empfängt, Ferien beziehen kann, untergeordnete Arbeit verrichtet, einem Konkurrenzverbot unterliegt, vollzeitlich oder vorwiegend für einen Vertragspartner tätig ist, eine Probezeit durchlaufen muss, auf eine fremde Arbeitsorganisation angewiesen ist oder wenn eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit vorgesehen ist. Indizien gegen eine Eingliederung bilden namentlich die Tragung eines Unternehmerrisikos und die Bildung einer eigenen Arbeitsorganisation (eigene Betriebsstätte, Betriebskapital, Mitarbeiter, Werbung, Buchhaltung). Von untergeordneter Bedeutung sind die öffentlich-rechtliche (insb. sozialversicherungsrechtliche) Qualifizierung des Rechtsverhältnisses sowie dessen Bezeichnung durch die Parteien (Art. 18 Abs. 1; BGer, 14.12.2010, 2C_714/2010, E. 3.4.2). Eine Zusammenfassung der massgeblichen Kriterien mit Fokus auf die freien Berufe und leitenden Angestellten bietet BGer, ARV 2014, 192. Zur Unterscheidung zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit nach dem Freizügigkeitsabkommen (FZA) s. BGE 140 II 460.
- 17** Eine arbeitsvertragliche Eingliederung wurde in der neueren Rechtsprechung etwa bejaht:
- wenn die arbeitleistende Partei 75 % der Arbeiten in einem landwirtschaftlichen Betrieb ausführt und die Vertragsparteien über längere Zeit zusammen auf dem Hof leben (BGer, JAR 2001, 135);
 - wenn ein fixes Gehalt, eine Vertragsdauer von einem Jahr sowie der Abzug von Sozialversicherungsbeiträgen und deren Überweisung mit eigenen Leistungen vorliegt (BGer, JAR 1998, 104);
 - beim Engagement einer Musikgruppe (BGer, JAR 1997, 185);
 - wenn ein Produzent die noch unbekannten Solisten in mehr als drei Wochen vor Aufführung der Oper zu einem Ensemble formen soll (OGer BL, JAR 1998, 100);

- bei einem Rheumatologen am Genfer Universitätsspital, dessen Arbeitsvertrag Elemente von Job Sharing, Arbeit auf Abruf und Telearbeit aufwies (CAPH GE, JAR 2011, 459);
- bei einer in einen Betrieb eingeordneten Zahnärztin mit einem Pensum von 60 %, vereinbarten Arbeitszeiten und monatlich ausbezahltem, gleichbleibendem Lohn (OGer LU, JAR 2001, 138);
- bei redaktionellen Aufgaben, obwohl der Arbeitnehmer ein Büro beim Arbeitgeber zu mieten und die gesamten AHV- und ALV-Prämien selbst zu bezahlen hat (OGer ZH, JAR 2001, 154).

Eine arbeitsvertragliche Eingliederung wurde z.B. verworfen:

18

- bei einer Tätigkeit in einem Coiffeursalon, die Anspruch auf eine Vergütung von 40 % des erzielten Umsatzes gibt, bei der eigene Kundschaft eingebracht wurde und Freiheit in der Gestaltung der Arbeitszeit besteht (*Gesellschafts- bzw. partiarischer Vertrag*, BGE 106 II 45);
- wenn dem Vertragspartner ein eigener Kompetenzbereich zugeordnet ist, er seine Arbeit frei organisieren kann, er seine Vorsorgebeiträge als Investition zur Verfügung stellt, keine Sozialversicherungsbeiträge abgezogen werden und nicht über Arbeitszeit und 13. Monatslohn verhandelt wurde (*einfache Gesellschaft*, KGer FR, JAR 1998, 115);
- als ein Arbeitnehmer zwecks Steuerersparnis eine Kommanditgesellschaft zwischen sich und seine vermeintliche Arbeitgeberin schaltete (BGer, JAR 2012, 166);
- bei einem Platzwart in einem Sportclub mit teilzeitlicher Beschäftigung, Duldung einer weiteren Arbeitstätigkeit und Entlohnung mittels festgesetzter Saisonpauschale; dies auch aufgrund dessen, dass der Platzwart selbst Maschinen und Material gestellt, sich gegen Unfall und Krankheit versichert und die Sozialversicherungsbeiträge bezahlt hat (*Auftrag*, BGer, ARV 2003, 18);
- bei einem Geschäftsführer in einem Sportclub mit teilzeitlicher Beschäftigung, Duldung einer weiteren Arbeitstätigkeit und Entlohnung mittels festgesetzter Tagespauschale; dies trotz Benutzung eines Arbeitsplatzes im Sekretariat, der Pflicht zur regelmässigen Orientierung der Clubleitung und der regelmässigen Absprache betr. Arbeitserledigung (*Auftrag*, AppGer BS, JAR 1998, 114);
- bei einer Beraterin, welche die ihr auftragene Betreuung eines Kunden oder eines Projekts aus wichtigem Grund mit einer Frist von drei Tagen kündigen konnte, in der Gestaltung der Arbeitszeit grundsätzlich frei und auch nicht an einen festen Arbeitsort gebunden war (GSGer BS, JAR 2011, 433);
- wenn die zur persönlichen Leistung verpflichtete Vertragspartei sich die Zeit selbst einteilen kann, das Einkommen nicht zum Voraus bestimmbar ist und die leistende Partei nicht ständig der Überwachung untersteht, obwohl die andere Partei Weisungen erteilt und Sozialabgaben entrichtet (*Agenturvertrag*, CAPH GE, JAR 2000, 98);
- wenn wirtschaftliche Identität besteht zwischen der juristischen Person und einem leitenden Organ (Innominatkontrakt mit Ähnlichkeit zum Auftrag, BGE 125 III 81: einziger Geschäftsführer und Alleinaktionär).

Nicht immer braucht entweder ein Arbeitsvertrag oder ein anderer Nominatvertrag vorzuliegen, wenn eine Arbeitsleistung Vertragsgegenstand ist. In Betracht fallen auch:

19

- ein gemischter Vertrag (BGE 109 II 462);
- ein Vertrag sui generis/ein Innominatvertrag (BGE 112 II 46; 115 II 108);
- ein Vertrag, in dessen Rahmen einzelne Schutzbestimmungen einer anderen Vertragsart analog angewendet werden (BGE 118 II 163).

Art. 394 Abs. 2 steht diesen Formen nicht entgegen, wie das BGer mehrfach entschieden hat (BGE 115 II 108; 112 II 41; 110 II 380; 109 II 462). In BGer, JAR 2011, 359 nahm das BGer ein einheitliches Vertragsverhältnis mit Elementen aus Partnerschafts- und Arbeitsvertrag an und bejahte die arbeitsgerichtliche Zuständigkeit für sämtliche Ansprüche (s.a. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 10). Es können aber auch zwei separate Rechtsverhältnisse vorliegen,

VIII. Rechtsvergleichung

- 40 Gesetzliche Regelungen von Werkverträgen in den Rechtsordnungen der Nachbarländer (s. die Literaturübersicht bei ZK-BÜHLER, N 11 ff. und die rechtsvergleichenden Hw. bei BK-KOLLER, N 58 ff.):
- Deutschland: §§ 631 ff. BGB; MESSERSCHMIDT, Privates Baurecht, Kommentar 631 ff. BGB, München 2012; KOEBLE, Münchener Prozessformularbuch, Privates Bau- und Architektenrecht, München 2013; zur Komm. des auf den 1.1.2002 revidierten Rechts s. PALANDT, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, Ergänzungsband zu Palandt, BGB 61. Aufl., München 2002; PALANDT, Einl. vor § 631 N 2; Überblick zum revidierten Werkvertragsrecht bei SCHUDNAGIES, Das Werkvertragsrecht nach der Schuldrechtsreform, NJW 2002, 396 ff.; s.a. WEBER/KESSELRING, Die Entwicklung des Bauträgerrechts sowie des Architekten- und Ingenieurrechts der Jahre 2009 und 2010, NJW 2010, 1855 ff.
 - Österreich: §§ 1165 ff. ABGB; Überblick bei STRAUBE, Das private Baurecht in Österreich, in: Lendi/Nef/Trümpy, 343 ff.
 - Frankreich: art. 1787 ff. CC fr. (contrat de louage d’ouvrage); LABARTHE/NOBLOT, Le contrat d’entreprise, Paris 2008.
 - Italien: art. 1655 ff. CC it. (l’appalto).

Ein «Werkvertrag» kann für das französische und das italienische Recht auch aus einer Dienstleistung bestehen, die nach Schweizer Recht unter den Auftrag subsumiert würde (RUBINO, Dell’appalto, Bologna 2007; LUMINOSO, Codice dell’appalto privato, Milano 2010).

Hinweise auf einzelne im Verhältnis zum schweizerischen Recht wichtige ausländische Gesetzesbestimmungen erfolgen in der laufenden Kommentierung.

Art. 363

A. Begriff	Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung.
A. Définition	Le contrat d’entreprise est un contrat par lequel une des parties (l’entrepreneur) s’oblige à exécuter un ouvrage, moyennant un prix que l’autre partie (le maître) s’engage à lui payer.
A. Definizione	L’appalto è un contratto per cui l’appaltatore si obbliga a compiere un’opera e il committente a pagare una mercede.

Literatur

Vgl. die Literaturhinweise bei den Vorbem. zu Art. 363–379.

- 1 Art. 363 hält in exemplarischer Kürze die **Hauptpflichten**, die Essentialia der Vertragsparteien eines Werkvertrages fest: die Pflicht des Unternehmers zur Herstellung des Werkes einerseits und jene des Bestellers zur Leistung einer Vergütung andererseits.

I. Essentialia

1. Herstellung eines Werkes

- 2 Von den beiden Essentialia stellt die **Herstellung des Werkes**, der Arbeitserfolg (s. Vor Art. 363–379 N 1 ff.), die für den Werkvertrag **typische Leistung** dar. Die Herstellungspflicht des Unternehmers wird i.d.R. ergänzt durch seine *Ablieferungspflicht* (ZK-BÜHLER, N 43; BK-KOLLER, N 253). Diese wird zwar in Art. 363 nicht ausdrücklich erwähnt, ist aber dem

Sinne nach erfasst, handeln doch mehrere Gesetzesbestimmungen von der «Ablieferung», «Übergabe» und «Abnahme» des Werkes (s. Art. 367 Abs. 1, Art. 370 Abs. 1, Art. 371 Abs. 2, Art. 372 Abs. 1, Art. 376 Abs. 1; Näheres zu den Begriffen bei BK-KOLLER, N 313 f.; ZK-BÜHLER, Vor Art. 364–371 N 7; GAUCH, N 86 ff.; Art. 370 N 3).

Der Begriff der Herstellung ist zu eng; die **Veränderung**, insb. auch in Form von *Reparaturen* (BGE 130 III 458 E. 4 = Pra 2005, 339 f., Funktionieren von Feuerlöschern im Brandfall; s.a. TERCIER, SJZ 2005, 292; BGE 113 II 421 = Pra 1988, 405; BGE 111 II 171; KGer VD, SJZ 1996, 244; ZK-BÜHLER, N 33 ff.), und die **Erhaltung** sind ebenfalls erfasst (BK-GAUTSCHI, N 1b; GAUCH, N 28).

2. Leistung einer Vergütung

Zweites Essentialium des Werkvertrages bildet die Verpflichtung des Bestellers zur Leistung einer Vergütung (BGer, 30.5.3006, 4C.72/2006 = BR 2006, 169; BGE 127 III 523; 122 III 14; GAUCH, N 896). Die Vergütungspflicht des Bestellers ist also notwendiger Inhalt des Werkvertrages. Das bedeutet aber **nicht**, dass die Höhe der Vergütung **von vornherein festgelegt** sein muss (GAUCH, N 110, 383; ZR 1996, 85; SJ 1989, 336; vgl. BGE 92 II 332; ZR 1996, 85). Dies ergibt sich aus Art. 374, wonach der Preis, der «zum voraus entweder gar nicht oder nur ungefähr bestimmt worden» ist, «nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers festgesetzt» wird. Die Vergütung muss auch nicht ausdrücklich versprochen werden; eine stillschweigende Vereinbarung genügt (GAUCH, N 110; ZBJV 1921, 91 f.).

Der Unternehmer trägt die Beweislast hinsichtlich der Vereinbarung einer Vergütung (BGer, 22.12.2008, 4A_462/2008, E. 4.2; BGE 127 III 522; GAUCH, N 112, 896, 1013). Es besteht eine natürliche Vermutung dafür, dass immer dann eine Vergütung (mindestens) stillschweigend vereinbart war, wenn die Herstellung des Werkes **nach den Umständen nur gegen die Leistung einer Vergütung zu erwarten** war (vgl. BGE 64 II 9 und SJZ 1957, 29: Entgeltlichkeit trotz Bestellung «sans engagement» vermutet; vgl. auch BGer, 19.3.2010, 4A_42/2010, E. 2.1; ZWR 1968, 311; GAUCH, N 111b, 112; **a.M.** BK-KOLLER, N 75, der für eine analoge Anwendung von Art. 320 Abs. 2 und Art. 394 Abs. 3 OR eintritt mit der Folge, dass beim Vorliegen der in diesen Bestimmungen umrissenen Voraussetzungen von Gesetzes wegen eine Vergütung als vereinbart gilt). Eine solche Vermutung ist insb. anzunehmen, wenn die Werkleistung von einem Unternehmer im Rahmen seines Gewerbebetriebes erbracht wird. Freundschaftliche Verbundenheit spricht nicht grundsätzlich gegen die Entgeltlichkeit (GAUCH, N 111c). Für die Ausarbeitung einer *Kostenofferte* im Rahmen der Vertragsverhandlungen hat der Unternehmer mangels anderer Vereinbarung keinen Vergütungsanspruch (GAUCH, N 444, 448; KGer NE, SJZ 1991, 397; ZK-BÜHLER, Art. 372 OR N 6 m.w.H.). Hingegen ist für die Erstellung (grösserer) Projektstudien (im Hinblick auf einen Totalunternehmervertrag), die über herkömmliche Offertgrundlagen hinausgehen, eine Entschädigung zu leisten (BGE 119 II 40 = Pra 1995, 45 ff.; bestätigt in BGer, 19.3.2010, 4A_42/2010, E. 2; 2.2.2007, 4C.285/2006, E. 2.2; 13.4.2005, 4C.374/2004, E. 4.1 f. [Machbarkeitsstudie Kinokomplex]; s.a. BR 1993, 100 f.; BR 1994, 47).

Im Falle einer **unentgeltlichen** Herstellung eines Werkes liegt kein Werkvertrag i.S.v. Art. 363 ff. vor. Streitig ist, ob es sich um einen einfachen Auftrag (so BGer, 22.12.08, 4A_462/2008, E. 4.2; BGE 64 II 10; 59 II 262; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 7; PEDRAZZINI, 533) oder um einen werkvertragsähnlichen Innominatkontrakt (GAUCH, N 115, 318; BK-KOLLER, N 51; ZK-BÜHLER, N 68; CR CO I-CHAIX, N 5; so auch BGE 127 III 523, ohne eigene Stellungnahme; s.a. BRÄNDLI, Baurechtliche Verträge, N 31 ff.) handelt. Es wird in solchen Fällen anhand der konkreten Umstände zu entscheiden sein, welche Rechtsfolgen aus den beiden Normengruppen des Werkvertrages und des einfachen Auftrages angemessen sind. Aus praktischen Gründen ist – trotz Art. 394 Abs. 2 – der flexiblere *Innominatkontrakt* vorzuziehen.

- 7 Zu den einzelnen Aspekten der Vergütung s. insb. die folgenden Kommentierungen: Art. 372 zur Fälligkeit, Art. 373/374 zur Bemessung, Art. 368 Abs. 2 zur Herabsetzung der Vergütung im Falle von Werkmängeln und Art. 376 zur Vergütung bei Untergang des Werkes.

II. Einzelfragen des Vertragsabschlusses

- 8 Zur Behandlung von Arbeiten vor Vertragsabschluss, der nicht zustande kommt, s. BGer, 3.2.2003, 4C.320/2002, E. 3.

Näheres zur Rechtsnatur der Vertragsparteien und zur Vertretungsmacht bei CR CO I-CHAIX, N 10 ff.; ferner TERCIER/FAVRE, Rz 4315.

Zum Begriff «Bauherr» s. BGer, 18.2.2013, 4A_580/2012, E. 5.2.1. Zur Frage des Zeitpunkts der Wirksamkeit bei Annahme durch den Bauherrn i.S.v. Art. 19 Abs. 2 SIA-Norm 118 s. ZWR 1992, 348 ff. = BR 1994, 49 f.

Zu Formfragen s. Vor Art. 363–379 N 16; zu mündlichem Vertragsschluss und Formvorbehalt s. BGer, 16.1.2002, 4C.288/2001, E. 1; zu einer einvernehmlichen, formlosen Vertragsänderung trotz eines Vorbehalts gem. Art. 16 s. BGer, 15.5.2000, 4C.57/1999, E. 3a.

Mit der Festlegung eines Haustyps aus dem Sortiment des Unternehmers und des Preises sind die Vertragsleistungen der Parteien *hinreichend bestimmt*. Wird die Verbindlichkeit des Werkvertrages vom Erwerb eines geeigneten Baugrundstücks durch den Besteller abhängig gemacht, so liegt eine *suspensiv bedingte Bauverpflichtung* des Unternehmers vor; zur Frage einer Suspensivbedingung hinsichtlich Baubewilligung und Finanzierung (verneint) s. BGer, 30.6.2002, 4C.55/2002, E. 2.5. Wird die Bauverpflichtung (ausserhalb der Festpreisgarantie) zeitlich nicht limitiert, so liegt kein ungültiger Vertrag vor; eine allfällige Verletzung des zeitlichen Übermassverbots bewirkt i.A. bloss die Herabsetzung der Bindungsdauer auf das zulässige Mass (BGE 117 II 275, 279; s.a. GAUCH, N 416 ff.).

Zu den *Bauversicherungen*, insb. Bauwesen-Versicherung, Bauherrenhaftpflicht-Versicherung und Berufshaftpflicht-Versicherung für Architekten und Ingenieure, s. HEPPELE, 119 ff.; ferner TRÜMPY/HÜRLIMANN, 83 ff. (betr. Betriebshaftpflichtversicherung).

Der mit einem (gemäss kantonaler Ordnung des Architektenberufes) nicht zugelassenen Architekten abgeschlossene Vertrag ist grundsätzlich gültig (BGE 117 II 47 = Pra 1991, 877 ff.; BR 1993, 44).

Weitere Aspekte des Vertragsabschlusses, einschliesslich der Submission im Bauwesen, bei GAUCH, N 378 ff.; zur Vertragsgestaltung bei komplexen Verträgen s.a. STRAUB, 65.

III. Anwendungsbereich

- 9 Vgl. die Zusammenstellungen bei GAUCH, N 27, 29, 33 f., ferner N 330 ff.; BK-KOLLER, N 192 ff., 233; BK-GAUTSCHI, Vor Art. 363–379 N 11; HONSELL, OR BT, 281; CR CO I-CHAIX, N 44 ff.; TERCIER/FAVRE, Rz 4224 ff.; SCHULIN/VOGT, BT, Tafel H 2.

1. Übliche Erscheinungsformen

- 10 Ein Werkvertrag liegt einerseits bei der **Herstellung fast jeder denkbaren beweglichen oder unbeweglichen Sache** (s. Vor Art. 363–379 N 1) und andererseits bei Arbeitsergebnissen vor, die auf **Veränderung oder Erhaltung bestehender Sachen** gerichtet sind (Bsp.: Reparatur von Autos, Rechenmaschinen und Steiggurten, Umbau eines Gebäudes, Renovation einer Hausfassade, Isolationen, Reinigungen [auch von Kleidungsstücken], Verpackungen). Zu den *unkörperlichen Werken* s. Vor Art. 363–379 N 2 ff.

2. *Rechtsprechung*

Aus der Gerichtspraxis zum Werkvertragsrecht ist insb. auf die folgenden Fälle hinzuweisen **11**
(vgl. die ausführlichere Zusammenstellung bei GAUCH, N 27 und 29; ferner BK-KOLLER, N 233; ZK-BÜHLER, N 51 ff.; CR CO I-CHAIX, N 46):

Werkvertrag **bejaht:****11a**

- Erstellung grösserer Projektstudien: BGE 119 II 40 = Pra 1995, 45 f.
- Schaffung eines Kunstwerkes (Mosaik an Gebäudewand): BGE 115 II 50.
- Totalunternehmervertrag: BGE 114 II 53.
- Generalunternehmervertrag (Erstellung eines schlüsselfertigen Hauses): BGE 97 II 66 = Pra 1971, 386.
- Herstellung eines technischen Gutachtens: BGer, 22.7.2005, 4C.165/2005; BGE 127 III 328.
- Reparatur eines Fahrzeuges: BGE 113 II 421 = Pra 1988, 405 (vgl. BGE 92 II 328; 59 II 63).
- Montage eines dem Besteller gehörenden oder zu überlassenden Gerüsts (atypischer Gerüstbauvertrag); Mietvertrag bei Aufbau eines Gerüsts zur vorübergehenden Gebrauchsüberlassung mit anschliessender Demontage (typischer Gerüstbauvertrag): BGE 131 III 302; s.a. RUSCH, Werbung auf Baugerüsten, BR 2013, 240 ff.; BGE 113 II 264 (Erstellung eines Lehrgerüsts beim Brückenbau untersteht dem Werkvertragsrecht).
- Montage eines Krans: BGE 111 II 170.
- Geometervertrag: BGE 109 II 34 = Pra 1983, 399; BGer, 25.11.2010, 4A_252/2010, E 4.1.
- Erstellung von periodischen Lohnabrechnungen mittels Computer: unv. Urteil vom 22.12.1981 (zit. in BGE 109 II 37).
- Analysierung von Finanz- und Wirtschaftsdaten und Kostenoptimierung: BGer, 11.9.2007, 4A_51/2007.
- Herstellung individueller Software (werkvertraglicher Teil eines gemischten Vertrages): BGer, 3.7.2012, 4A_98/2012, E. 4.5; 28.8.2008, 4A_265/2008 = BR 2009, 56 f.; KGer GE, SJ 1992, 608 ff.; ferner KGer SG, 6.11.2008, VZ. 2008.49; s. aber BGE 124 III 459.
- Individuelle Anpassung eines EDV-Systems: BGer, 27.4.2007, 4C.393/2006, E. 3.1.
- Druckauftrag: KassGer NE, RJN 1992, 69 f.
- Insertionsauftrag: BGE 115 II 57 = Pra 1989, 888 ff.
- Übersetzungsarbeiten: SJ 1988, 155.
- Wartungsvertrag: BGE 130 III 458 = Pra 2005, 337 ff.; (einmalige oder gelegentliche Wartung ohne dauerhafte Vertragsbeziehung); vgl. Vor Art. 363–379 N 19; KGer VD, SJZ 1982, 314; GAUCH, N 323; TERCIER/FAVRE, Rz 4256.
- Reinigungsvertrag: BGer, 8.10.2004, 4C.231/2004, E. 2; KGer VD, JdT 1986 I 392 ff.
- Offerte mit detailliertem Projekt: KGer TI, Rep 1987, 211 ff.
- Vertrag über Foto- oder Filmaufnahmen: BJM 1975, 193 f.
- Haarverlängerung: BGer, 6.5.2004, 4P.65/2004, E. 1.4.
- Herstellung einer pharmazeutischen Substanz (werkvertraglicher Teil eines gemischten Vertrages), ohne Erfolgschaftung für die vereinbarte Zielmenge (auftragsrechtlicher Teil): BGer, 21.1.2005, 4C.313/2005, E. 1.2.1, 1.2.2.
- Weinherstellung/Weinbereitung (KGes VS, 17.2.2005, ZWR 2006, 274; TERCIER/FAVRE, Rz 4226).

Eine werkvertragliche Grundlage weisen sodann u.a. die folgenden Entscheide zu unterschiedlichen Aspekten des Werkvertragsrechts auf: BGE 121 III 270 (Ab liefern, Befestigen und Anstreichen von Rollläden); BGE 120 II 214 (Lieferung von beweglichen Sachen zwecks Einbau in unbewegliches Bauwerk); BGE 119 II 127 (Regress der Bauunternehmerin gegen den mit ihr nicht vertraglich verbundenen Ingenieur); BGE 118 II 295 (Übernahmebedürftigkeit von SIA-Normen als Grundlage für Zuschläge bei Aussenisoliationsarbeiten an Mehrfa- **11b**

milienhäusern); BGE 118 II 142 (gemischter Kauf-/Werkvertrag über Grundstück mit noch im Bau befindlichem Wohnhaus); BGE 118 II 63 (vertraglich vereinbarter Skontoabzug für fristgemässe Bezahlung von Baumeisterarbeiten).

11c Werkvertrag **verneint**:

- Zahnärztlicher Behandlungsvertrag (Änderung der Rechtsprechung; Anwendung des Auftragsrechts, obwohl Behandlung die Anfertigung von Brücken und Kronen umfasste): BGE 110 II 375 = Pra 1985, 165.
- Künstler- bzw. Orchesteranstellungsvertrag (angesichts der konkreten Umstände des Falles): BGE 112 II 41.
- Vertrag über die Schätzung einer Liegenschaft: BGE 127 III 329 (s. dazu die Kritik von GAUCH in BR 2006, 64).
- Reiseveranstaltungsvertrag (Innominatkontrakt mit Elementen des einfachen Auftrags und des Werkvertrags): BGE 115 II 474; 111 II 270; s. ferner BGE 139 III 217 (Abgrenzung zwischen Mäkler- und Pauschalreisevertrag bei Zurverfügungstellung einer Yacht samt Besatzung).
- Reklameberatungsvertrag: BGE 115 II 60 = Pra 1989, 889 f.

3. Bauwerkverträge

- 12 Die Bauwerkverträge bilden eine der bedeutendsten Erscheinungsformen des Werkvertragsrechts; es rechtfertigt sich, sie gesondert zu behandeln. Sie sind dadurch gekennzeichnet, dass die Unternehmerleistung auf die **Errichtung eines Baus bzw. eines Bauwerkes** gerichtet ist (zum Begrifflichen s. SCHERRER, Diss., N 8 f.; GAUCH, N 209; s. ferner BK-KOLLER, N 26 ff. und die Kasuistik bei ZK-BÜHLER, N 52 f.). Angesprochen ist in erster Linie (aber nicht ausschliesslich: s. GAUCH, N 206) die Ausführung grösserer Bauvorhaben mit folgenden Unternehmertypen: Totalunternehmer, Generalunternehmer, Teilunternehmer. Auch ein Architekt kann als Bauunternehmer auftreten. Als solcher untersteht er namentlich dann dem Werkvertragsrecht, wenn er im Einzelfall als General- oder Totalunternehmer die gesamte Ausführung einer Baute übernommen hat (BGer, 2.12.2010, 4A_471/2010, E. 4.3 f.; BGE 107 II 438; 97 II 66; GAUCH, N 240–242; s.a. SJZ 1987, 297 = BR 1988, 15; SCHWAGER T., 19 ff.).
- 13 Ein **Totalunternehmer** leistet sowohl die Projektierungsarbeiten als auch sämtliche Ausführungsarbeiten für die zu erstellende Baute. Nach der Praxis des BGer und der wohl h.L. stellt der Totalunternehmervertrag einen *einheitlichen Werkvertrag* dar (BGer, 2.12.2010, 4A_471/2010, E. 4.3.1; BGE 117 II 274; 114 II 53, besprochen von GAUCH, Totalunternehmervertrag, 39 ff. und von ZWICKER, ST 1989, 299 ff.; BGE 107 II 50; s.a. BGer, 25.8.2003, 4C.87/2003, E. 4.3.1; GAUCH, N 235; BK-KOLLER, N 203; ZK-BÜHLER, N 118; SAXER, 7; TAUSKY, Diss., 265; BRÄNDLI, Baurechtliche Verträge, N 51 ff.; vgl. auch BGE 119 II 40 = Pra 1995, 45 ff.; KGer SZ, EGV 1998, 93 f. = BR 2000, 46 ff.; WIDMER CHR., Generalunternehmer-Vertrag, 121; SCHERRER, Diss., N 18; EGLI, General- und Totalunternehmer, 90 f.; SCHLUEP, 905; CR CO I-CHAIX, N 30; MOSIMANN, 84 nimmt dagegen einen gemischten Vertrag an). Insbesondere steht der Qualifizierung als Werkvertrag nicht entgegen, dass der Totalunternehmer ein Bauwerk nach eigenem Projekt und nicht nach einem solchen des Bauherrn zu erstellen hat. Dies gilt unabhängig davon, ob das vom Totalunternehmer erstellte Projekt – wie im Normalfall – bei Vertragsabschluss bereits vorliegt oder von ihm erst noch zu erstellen ist. Am Werkvertragscharakter ändert auch nichts, wenn der Totalunternehmer sämtliche Arbeiten an Subunternehmer vergibt und so zum **Totalübernehmer** wird (s. BGer, 2.12.2010, 4A_471/2010, E. 4.3.1 m.Hw.; BGE 97 II 69; GAUCH, N 233–237). Zur Abgrenzung des Totalunternehmervertrages vom Architektenvertrag s. BRÄNDLI, Baurechtliche Verträge, N 48 f.
- 14 Ein **Generalunternehmer** verpflichtet sich zur Errichtung eines ganzen Bauwerkes (s. BGE 117 II 260; GAUCH, N 223; MOSIMANN, 18 ff., 30 ff.; SAXER, 7; HUBER/SCHWENDENER, N 9).

Er tritt an die Stelle mehrerer Nebenunternehmer, von denen jeder nur einen Teil des zu erstellenden Gesamtwerkes übernehmen würde. Im Unterschied zum Totalübernehmer (s. N 13) führt er das Werk gestützt auf ein von einem Dritten (häufig vom Architekten des Bauherrn) erarbeitetes Projekt aus. Soweit der Generalunternehmer Subunternehmer bezieht, hat er *deren Arbeiten zu koordinieren* (GAUCH, N 223 f.; SCHERRER, Diss., N 17 f.; EGLI, General- und Totalunternehmer, 70; MOSIMANN, 20 f.). Gibt er sämtliche Bauarbeiten an Subunternehmer weiter, wird er auch als *Generalübernehmer* bezeichnet (GAUCH, N 226).

Der Generalunternehmervertrag ist nach einhelliger Meinung ein *Werkvertrag* (BGE 114 II 55 E. 2b; 97 II 66 = Pra 1971, 386; BGE 94 II 162; s.a. 107 II 55; 116 II 537; GAUCH, N 230; BK-KOLLER, N 204; ZK-BÜHLER, N 118; WIDMER CHR., Generalunternehmer-Vertrag, 120; BRÄNDLI, Baurechtliche Verträge, N 56; HUBER/SCHWENDENER, N 16; CR CO I-CHAIX, N 31; MOSIMANN, 76; PEDRAZZINI, 508; SCHLUEP, 903; SCHUMACHER, BR 1983, 44; vgl. auch die Differenzierungen bei TAUSKY, Diss., 263–267 sowie Rep 1989, 241 f. = BR 1991, 41). Entgegen GAUTSCHI (BK, N 15e) liegt auch dann ein (reiner) Werkvertrag vor, wenn der Generalunternehmer *sämtliche Bauarbeiten nicht selbst* (mit eigenen Arbeitskräften) ausführt, sondern (im eigenen Namen und auf eigene Rechnung) durch Subunternehmer vornehmen lässt (*Generalübernehmer*; s. N 14). Entscheidend ist, dass der Generalunternehmer auch in solchen Fällen gegenüber dem Besteller vollumfänglich zur vereinbarungsgemässen Erstellung der Baute verpflichtet bleibt (GAUCH, N 230, mit Abgrenzung zum Baubetreuungsvertrag; TAUSKY, Diss., 264; HUBER/SCHWENDENER, N 9; SCHUMACHER, BR 1983, 44). Wie Art. 364 Abs. 2 zeigt, ist es mit dem Werkvertragscharakter vereinbar, das Werk durch Dritte ausführen zu lassen, sofern die Erstellung des Werkes nach der Natur des Geschäftes nicht den Einsatz der persönlichen Eigenschaften des Unternehmers erfordert. Dies ist bei Generalunternehmerverträgen vermutungsweise der Fall (vgl. BGE 94 II 162). – Näheres zu ausgewählten Klauseln von Generalunternehmerverträgen bei WIDMER/TRÜMPY/KAUFMANN, 93 ff.; s.a. HUBER, passim; TÜSCHER, 268 ff. Zum sog. Integralwerkvertrag mit Instandhaltungselement als Rechtsschutz für «Langzeitmängel» s. TAUSKY, BR 1992, 76 ff. Zu den Rechtsverhältnissen beim Zusammenschluss mehrerer Bauunternehmer zu einem *Unternehmerkonsortium* (Arbeitsgemeinschaft, ARGE) s. GAUCH, N 243 ff.; SCHERRER, Diss., N 20 ff.; DERS., Konsortien, 87; PETER, 31 ff.; MÜLLER K., 4 ff. (Vergleich mit dem deutschen Recht).

Ein **Teilunternehmer**, auch Einzelunternehmer genannt, beteiligt sich neben anderen Bauunternehmern, aber gestützt auf einen eigenen, *separaten Werkvertrag*, an der Errichtung eines Gesamtwerkes (BRÄNDLI, Baurechtliche Verträge, N 58 f.). Die SIA-Norm 118 spricht in Art. 30 Abs. 1 vom **Nebenunternehmer** (so auch SCHERRER, Diss., N 23 ff.). Seine häufig handwerkliche Einzelleistung besteht etwa in der Errichtung des Dachstockes oder der Stützmauern oder in der Installation der Zentralheizung oder der elektrischen Anlage. Sein Vertragspartner des Werkvertrags ist entweder der Bauherr selbst oder ein (General-/Total-) Bauunternehmer (SCHERRER, Diss., N 19). Die Koordination der Arbeiten der mehreren Teilunternehmer obliegt i.d.R. dem Bauherrn bzw. dessen Architekten, in seltenen Fällen einem «leitenden» Unternehmer (GAUCH, N 229; SCHERRER, Diss., N 132 ff.; zur Koordination komplexer Bauverträge s. HÜRLIMANN, Koordination, passim). Zu den besonderen Aspekten beim Bauen mit Nebenunternehmern, einschliesslich der Rechtslage bei Nebenunternehmerklauseln, s. SCHERRER, passim. Zum Gerüstebauvertrag s. BGE 136 III 6 (Bauhandwerkerpfandrecht); BGE 131 III 302 = Pra 2005, 818 f. (Qualifikation offen gelassen; TERCIER/FAVRE, Rz 4247); BGE 113 II 264 und dazu HÜRLIMANN, BR 1989, 73 ff.

4. Architekturverträge

Ob und in welchen Teilen Architekturverträge Werkverträge oder einfache Aufträge darstellen, ist seit Langem heftig *umstritten* (s. BGer, 10.6.2013, 4A_90/2013, E. 3 = BR 2013, 312 ff.; BGer, 8.10.2012, 4A_294/2012, E. 3 = ZBJV 2012, 135 ff.; BGer, 31.7.2012,

4A_53/2012, E. 3 = BR 2012, 193 ff.; BGer, 25.11.2010, 4A_252/2010, E. 4.1; BGE 134 III 361 E. 5.1 = Pra 2009 52 ff.; BGE 110 II 380; 109 II 462; TRÜMPY, Diss., 35 ff., 81 ff., 123 ff.; TAUSKY, Diss., 135 ff.; BRINER, Architekten- und Ingenieurverträge, 56 ff.; STIERLI, N 123 ff.; ZEHNDER, Diss., 6 ff., 18 f.; GAUCH, N 47 m.Nw.; DERS., Architekturvertrag, N 28 f.; BRÄNDLI, Baurechtliche Verträge, N 21 ff.; MERZ, 205 ff.; HESS, Bauhaftpflicht, 21 ff.; REBER, 242 ff.; s.a. die Übersicht bei ZK-BÜHLER, N 164 ff. und die Zusammenstellung der Rechtsprechung bei SCHAUMANN, 1 ff. und bei BRINER, Architekten- und Ingenieurverträge, 24 ff.).

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ergibt folgendes Bild:

- 1) **Werkvertraglichen** Charakter haben, soweit dem Architekten übertragen:
 - das Erstellen von Plänen;
 - das Ausarbeiten von Gutachten;
 - das Erstellen von Protokollen;
 - das Führen der Baubuchhaltung;
 - das Aufstellen der Schlussabrechnung.
- 2) Gegenstand eines *einfachen Auftrages* bilden demgegenüber:
 - die Bauleitung;
 - die Vergabe von Arbeiten;
 - das Ausarbeiten von Kostenvoranschlägen (*Praxisänderung mit* BGE 134 III 361, E. 6.2.2 f. = Pra 2009, 58 ff. und BR 2009, 58 f., der im Rahmen der Verjährungsfrage die Anwendung von Auftragsrecht vorsieht und in der neueren Rsp. bestätigt wird (BGer, 26.9.2013, 4A_271/2013, E. 2.1; 28.4.2011, 4A_86/2011, E. 3; vgl. aber BGer, 25.11.2010, 4A_252/2010, E. 4.2 f.; dazu HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Jusletter 2012, 2 ff.); bei Verursachung des Mangels im Kostenvoranschlag durch einen Mangel in den Plänen bleiben indes die Bestimmungen über den Werkvertrag anwendbar, E. 6.1);
 - die Bauaufsicht;
 - die Prüfung des Bauwerkes;
 - die Leitung von Nachbesserungsarbeiten u.Ä. (Näheres zum Ganzen bei GAUCH, N 47 ff. m.Nw.; DERS., Architekturvertrag, N 28 ff. m.Nw.; s.a. BGer, 10.6.2013, 4A_90/2013, E. 3 = BR 2013, 312 ff.; BGer, 25.11.2010, 4A_252/2010, E. 4; 2.10.2008, 4A_242/2008; 14.6.2001, 4C.61/2001, E. 2a = Pra 2001, 1179 f.; SJ 2001, 627 f.; BGE 115 II 61 [obiter dictum betr. Baubetreuungsvertrag] = Pra 1989, 890 und dazu BR 1990, 45; ZR 1996, 85; ZWR 1993, 190; KGer SO, SJZ 1987, 367 f.; Art. 394 N 31; zum diesbezüglich analog zu beurteilenden Ingenieurvertrag s. BGer, 31.7.2012, 4A_55/2012, E. 4 m.w.H. = BR 2012, 213 f. = BR 2012, 193 ff.; ferner HGer BE, 3.4.2013, HG 12 166 = ZBJV 2013, 763 ff.).

In der Lehre unterscheidet TRÜMPY zwischen Projektierungsverträgen i.e.S. als reinen Werkverträgen, Projektierungsverträgen i.w.S. als Innominatkontrakten und Bauleitungsverträgen als Aufträgen (Diss., 37 f., 42 f., 86, 155 f.; vgl. auch CR CO I-CHAIX, N 27 f.). TAUSKY fasst den Teilvertrag Planung als gemischten (Sukzessiv-)Vertrag auf und gliedert ihn in die zwei Elemente Projektierung (Auftrag) und Planbearbeitung (Werkvertrag) (Diss., 135 ff., 193). Zur Einordnung von auf die Erstellung eines *Kostenvoranschlages* beschränkten Verträgen s. ferner BRÄNDLI, Baurechtliche Verträge, N 37 ff. (Werkvertrag); FELLMANN, Kostenschätzung, 226 f. (Auftrag); RUSCH, SJZ 2013, 541 ff. Zum Kostengarantievertrag s. JAUCH-STOLZ, 193 ff.

In der Praxis kommen zunehmend auch **Generalplanerverträge** zur Anwendung, bei welchen sämtliche Planungsleistungen verschiedener Fachrichtungen für ein Bauvorhaben in einen Vertrag aufgenommen werden. Ein Generalplaner verpflichtet sich – analog zum Generalunternehmer – zur Übernahme der vollständigen Projektierung. Es ist ihm freigestellt, einzelne Projektierungsarbeiten durch Dritte ausführen zu lassen (HUBER-SCHWENDENER 5,

Rz 11). Soweit der Generalplaner Subunternehmer beizieht (Subplanerverträge), hat er deren Arbeiten zu koordinieren. Beim Generalplanervertrag handelt es sich um einen gemischten Vertrag aus Elementen des Auftrags und des Werkvertrags (vgl. Auslegung der Vorinstanz in BGer, 6.7.2004, 4C.155/2004). Geeignete Grundlage ist das SIA-Leistungsmodell 112 (Ausgabe 2001).

Den **Gesamt- oder Globalvertrag** des Architekten (Planung, Erstellen des Kostenvoranschlages, Vergebung der Bauarbeiten, Bauleitung) qualifiziert das BGer als *gemischten Vertrag* und unterstellt diesen den Bestimmungen des Auftrags und des Werkvertrags (BGer, 10.6.2013, 4A_90/2013, E.3 = BR 2013, 312 ff.; BGer, 31.7.2012, 4A_53/2012, E.3.4 = BR 2012, 193 ff.; BGer, 6.3.2013, 4A_663/2012, E.3; 28.4.2011, 4A_86/2011, E.3.2; 25.11.2010, 4A_252/2010, E.4.1 und 4.4, gerügte Elemente betrafen werkvertragliche Pflichten; s.a. HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Jusletter 2012, 2 ff.; BGE 134 III 361 E.5.1 = Pra 2009, 56; BGE 127 III 545 = Pra 2001, 1179 f. mit Rechtsprechungsübersicht; bestätigt in BGer, 23.10.2006, 4C.259/2006 und in BGer, 30.5.2005, 4C.18/2005, E.2.1 = BR 2006, 67, mit krit. Anm. von WERRO; s.a. BRÄNDLI, Baurechtliche Verträge, N 27 ff.). Bei der Haftung des Architekten beobachtet das BGer eine Tendenz zur generellen Anwendung von Auftragsrecht, musste die Frage aber nicht entscheiden (BGE 127 III 543 E.2a = Pra 2001, 1180). In einem Entscheid vom Mai 2000 (SJ 2001, 136 ff.) unterstellt das BGer den Gesamtvertrag den Bestimmungen des Auftrages und des Werkvertrages, *je nach den Leistungen* (vgl. HONSELL, OR BT, 284) und ordnet die Pflicht zur sorgfältigen Kostenschätzung dem Auftrag zu (Bestätigung von BGE 119 II 249 ff.; Stöckli, BR 2010, 58; KGer SG, 6.11.2008, VZ. 2008.49 – Auftragsrecht für den Gesamtvertrag; Besprechungen bei ZEHNDER, Diss., 153 ff.; SCHUMACHER, recht 1994, 126 ff.; HONSELL, AJP 1993, 1260 ff.; WERRO, BR 1993, 96 ff.; s.a. BGer, 15.3.2005, 4C.424/2004, E.2, dazu PICHONNAZ, BR 2006, 9 f.; s.a. BR 1994, 47 ff.; vgl. ferner FELLMANN, Kostenschätzung, 225 f.). In BGer, 14.6.2001, 4C.61/2001, E.2a = Pra 2001, 1179 f. liess das BGer offen, ob Art. 367 ff. auf einen Architekten bei Mängeln an den Plänen anwendbar seien; die Klägerin berief sich ausschliesslich auf Auftragsrecht; s. ferner Entscheid vom 22.12.1992 (zit. bei SCHUMACHER, recht 1994, 129); BGE 114 II 55, wo die Qualifikationsfrage letztlich zwar offen gelassen, aber ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass mit dem Entscheid BGE 111 II 72 = Pra 1985, 518 ff. die in BGE 109 II 464 geänderte Praxis nicht erneut geändert worden sei; s.a. die Bestätigung in BGE 110 II 380; s.a. Einleitung vor Art. 184 ff., N 24, 34; ferner RJN 1991, 54 ff. = BR 1993, 44; KGer SG, GVP 1986, 81 ff. = BR 1988, 11; krit. ZWR 1985, 302 ff. = BR 1987, 14 f.

In der *Literatur* sind die Meinungen geteilt. (1) Für die Einstufung als aus Elementen des Werkvertrages und des Auftrages *gemischten Vertrag* treten insb. ein: TERCIER/FAVRE, Rz 5357 f.; TRÜMPY, Diss., 130 f., 156; Stöckli, FS Gauch, 944 f. (gemischter Vertrag, aber Haftung nach Auftragsrecht); SCHLUEP, 905 m.Nw.; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 40 N 23, § 47 N 4 f.; LEUENBERGER, 54 f.; so wohl auch BK-KOLLER, N 197 ff. (Auftragsrecht, unter Einbezug der Spezialvorschriften des Werkvertrages) und – soweit das Projekt des Architekten die Verwirklichung des Baus massgebend beeinflusst – deutlicher ZK-BÜHLER, N 167 ff., insb. N 171. (2) Die (ausschliessliche) Anwendung von *Auftragsrecht* befürworten demgegenüber: GAUCH, N 58 ff.; DERS., Architekturvertrag, N 38 ff.; DERS., BR 1989, 17; 1984, 50 f.; CR CO I-CHAIX, N 30 f.; MERZ, BR 1988, 11; DERS., 210 f.; BRINER, Architekten- und Ingenieurverträge, 60; ZEHNDER, Diss., 8 f.; SCHENKER, Hilfsperson, 18; s.a. TAUSKY, Diss., 256 f., der von einem atypischen Auftrag spricht. Der phasenbezogen-typologischen Betrachtungsweise mit dem Ergebnis gemischter Vertrag steht die ganzheitlich-psychologische Betrachtungsweise mit dem Ergebnis Auftrag gegenüber (s. im Einzelnen TAUSKY, Diss., 143 ff., 193). Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Qualifizierung als **gemischtes Vertragsverhältnis** vorzuziehen, da sich der Gesamtvertrag aus einem als Werkvertrag einzustufenden Planungsvertragsteil und einem als Auftrag einzustufenden Bauleitungsvertragsteil zusammensetzt, da andernfalls untragbare Abgrenzungsprobleme zwischen Gesamt-

18

und Teilarchitekturverträgen entstehen und da diese Qualifizierung eine flexiblere Handhabung der den konkreten Umständen angemessenen Rechtsfolgen ermöglicht.

- 19 *Art. 394 Abs. 2, wonach Auftragsrecht für Verträge über Arbeitsleistung gilt, die im OR nicht besonders geregelt sind, steht im Falle komplexer Verhältnisse der Anerkennung gemischter Verträge nicht entgegen.* Eine Spaltung der Rechtsfolgen ist haltbar, soweit einzelne vertragliche Leistungen isoliert zu beurteilen sind. So kann sich etwa die Haftung für einen Planfehler nach werkvertraglichen und jene für unsorgfältige Bauaufsicht nach auftragsrechtlichen Gesichtspunkten richten.

Bei der das gesamte Vertragsverhältnis betreffenden Frage der vorzeitigen Auflösung kommt dem Vertrauensverhältnis zwischen dem Bauherrn und dem Architekten entscheidende Bedeutung zu, so dass diesbezüglich die *Auflösungsregel von Art. 404* ungeteilt zur Anwendung kommt (BGE 110 II 382; 109 II 466; bestätigt BGer, 10.6.2013, 4A_90/2013, E. 3 = BR 2013, 312 ff.; BGer, 8.10.2012, 4A_294/2012, E. 7.1 = ZBJV 2012, 135 ff.; BGer, 31.7.2012, 4A_53/2012, E. 3.4 = BR 2012, 193 ff.; BGer, 30.5.2005, 4C.18/2005, E. 2.1 = BR 2006, 67, mit krit. Anm. von WERRO; krit. auch TERCIER/FAVRE, Rz 5359; vgl. auch BGE 118 II 162; vgl. demgegenüber 114 II 57 für den Totalunternehmervertrag; s.a. ULRICH, 40 ff.).

- 20 Zum Umfang der *Vertretungsmacht des Architekten* s. insb. STIERLI, passim; BGE 118 II 313 ff. und dazu AJP 1992, 1587 f. (Anerkennung von Unternehmerrechnungen bedarf einer ausdrücklichen Vollmacht des Bauherrn); BGer, 23.3.2009, 4A_35/2009; SOG 1991, 11 ff. = BR 1993, 45, m.w.Nw. (Art. 33 SIA-Norm 118 ist für einen branchenkundigen Bauherrn nicht ungewöhnlich und daher verbindlich); BRINER, Architekten- und Ingenieurverträge, 34 f., 52; SCHWAGER R., 253 ff.; SCHWAGER T., 19 ff.; zur Vollmacht für Bestellungsänderungen s. BGer, 15.5.2000, 4C.57/1999, E. 4 (natürliche Vermutung, u.U. Anscheinsvollmacht); zum Verhältnis zwischen Architekt und Unternehmer s. SCHENKER, Hilfsperson, 19 ff.; BGer, 1.9.2009, 4A_243/2009, E. 5 betr. Geschäftsführung ohne Auftrag.

Zur *Haftung* des Architekten gegenüber dem Bauherrn für schuldhafte Vertragsverletzung s. BGE 126 III 388. (SIA-Norm 102); BGer, 31.7.2013, 4A_22/2013, E. 2.4; 25.11.2010, 4A_252/2010, E. 4.3; 14.7.2009, 4A_187/2009 = BR 2009, 156; BGer, 7.11.2006, 4C.284/2006 = BR 2007, 61 (zur SIA-Norm 103); KOLLER A., Nachbesserung, 170 ff.; SCHUMACHER, Haftung, 113 ff.; STÖCKLI, Bauherrschaft, 22; zur Haftung des Architekten für die Überschreitung des Kostenvoranschlages: BGE 134 III 361 = Pra 2009, 52 ff.; BGer, 16.12.2009, 4D_131/2009; 23.11.2007, 4A_118/2007 = BR 2006, 170 und BR 2006, 8, s. dazu SIEGENTHALER, 350 ff.; ZR 2013, 26; GAUCH, BR 1989, 79 ff.; s.a. BGE 122 III 61; 119 II 249; SJ 2001, 136 ff. und ZEHNDER, BR 2010, 48 ff.; DERS., Diss., passim; FELLMANN, Kostenschätzung, 215 ff.; s.a. STÖCKLI, Schaden, 25 ff. (u.a. zur Haftung für ungenaue Kosteninformation).

Zum *Architektenhonorar* s. BGer, 1.9.2014, 4A_196/2014, E. 2; 28.8.2014, 4A_136/2014, E. 3; 17.9.2013, 4A_230/2013, E. 2 f.; dazu GAUCH, BR 2014, 69 ff.; BGer, 8.10.2012, 4A_294/2012, E. 4 ff. = ZBJV 2012, 135 ff.; BGer, 10.5.2011, 4A_34/2011, E. 3; BGer, 28.4.2011, 4A_86/2011, E. 3.2; KGER VS, ZWR 2011, 337 ff.; KURER/QUINTO/MAFFIOLETTI, N 252 ff.; s.a. EGLI/STÖCKLI, 307 ff.

Zur Vertragsgestaltung bei Architekturverträgen s. GEHRER, Architekturverträge, 83 ff.

5. Werklieferungs- und verwandte Verträge

- 21 Der Werklieferungsvertrag, bei welchem den Unternehmer zusätzlich eine *Stofflieferungs-pflicht* trifft, stellt nach schweizerischer Auffassung einen **Werkvertrag** dar (BGE 117 II 274; 117 II 428; 103 II 35; GAUCH, N 82, 123, 327; BK-GAUTSCHI, Art. 365 OR N 1b; s.a. BK-KOLLER, Art. 365 OR N 2, mit Präzisierungen in Art. 365 N 7 und in Art. 363 N 56, 252;

Der Auftrag ist auch Grundlage der **Anweisung** (Weisung an einen Dritten, einen Zahlungsauftrag an den Begünstigten auszuführen, Art. 466). Qualifizierte Zahlungsanweisungen sind der gezogene Wechsel (Tratte) und der Check (Art. 991 Ziff. 2, Art. 1100 Ziff. 2); der eigene Wechsel ist ein Zahlungsverprechen des Ausstellers (Art. 1096 Ziff. 2). Bei Wechsel und Check kann die Forderung wertpapiermässig durch Indossament übertragen werden. Wird eine Anweisung durch den Angewiesenen gegenüber dem Anweisungsempfänger angenommen, ist ein Widerruf nicht mehr möglich (Art. 468).

3. Auftragsselemente finden in gemischten Verträgen ein breites Anwendungsgebiet, etwa in Bankverträgen (z.B. Anlageberatung, Girovertrag, Depotgeschäft, Vermögensverwaltung: vgl. z.B. BGer, 2.4.2012, 4A_436/2011; BGE 101 II 119; 96 II 149; HONSELL, OR BT, 315; GROSS TH., AJP 2006, 162; KLEINER, 277 f., 279). Die in der Praxis eine immer grössere Rolle spielenden Innominatverträge enthalten in den überwiegenden Fällen Auftragsselemente, die je nach der konkreten Vertragskonstellation eine zwar unterschiedliche, aber kaum je völlig vernachlässigbare Bedeutung haben (vgl. HÖHN/WEBER, 100; WEBER, Praxis, 37). Ein Bewirtschaftungsvertrag, welcher vorsieht, dass das Recht zur Nutzung des Gegenstands dem Eigentümer vorbehalten bleibt, stellt z.B. einen Innominatvertrag mit auftragsrechtlichen Elementen dar (BGer, 17.3.2011, 4A_688/2010).

III. IPR. Rechtsvergleichung

Gemäss Art. 117 Abs. 2 IPRG ist bei internationalen Sachverhalten an das Recht des Staates, in dem die Partei, welche die charakteristische, d.h. funktionell typische, Vertragsleistung erbringen soll, ihren gewöhnlichen Aufenthalt bzw. ihre Niederlassung hat, anzuknüpfen. Art. 117 Abs. 3 lit. c IPRG legt fest, dass beim Auftrag die **Dienstleistung als charakteristische Leistung** gilt. Anwendbar ist damit das Recht am Domizil des Beauftragten (BK-FELLMANN, Vor N 165 ff., 172 ff. m.Nw.). Überdies sieht Art. 113 IPRG einen subsidiären Gerichtsstand am schweizerischen Erfüllungsort vor, wenn der Beklagte in der Schweiz weder Wohnsitz, Niederlassung noch gewöhnlichen Aufenthalt hat.

Grundlage, aber nicht einzige Quelle, der kontinentaleuropäischen auftragsrechtlichen Regelungen ist das römische *mandatum*, die unentgeltliche Geschäftsführung für abwesende Freunde (HOFSTETTER J., SPR VII/6, 9, ff. m.Nw.); Vertreter freier Berufe erhielten im römischen Recht – wenn überhaupt – nur einen Ehrensold (*honorarium*). Das deutsche Recht hat an der Unentgeltlichkeit des Auftrags festgehalten (§ 662 BGB); die entgeltliche Geschäftsbesorgung unterliegt dem Dienst- oder Werkvertragsrecht (§ 675 BGB). Das österreichische (§ 1002 ff. ABGB), das französische (Art. 1984 ff. CC fr.) und das italienische (Art. 1703 ff. CC it.) Recht qualifizieren den Auftrag primär als eine (entgeltliche oder unentgeltliche) Rechtsgeschäftsbesorgung in direkter Stellvertretung. Im österreichischen und italienischen Recht ist aber auch die Geschäftsbesorgung kraft indirekter Stellvertretung möglich, das französische Recht stellt auf den Kommissionsvertrag ab (vgl. HOFSTETTER J., SPR VII/6, 8 und SPR VII/2/1, 9). Unentgeltliche Verträge auf Arbeitsleistung sind nach österreichischem Recht Aufträge. In Struktur und Tragweite stark abweichend ausgestaltet vom kontinentaleuropäischen Auftragsrecht ist der anglo-amerikanische *Contract of Agency* (eingehend zur Rechtsvergleichung BK-FELLMANN, Vor N 216 ff.).

Art. 394

A. Begriff

¹ Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen.

² Verträge über Arbeitsleistung, die keiner besonderen Vertragsart dieses Gesetzes unterstellt sind, stehen unter den Vorschriften über den Auftrag.

³ Eine Vergütung ist zu leisten, wenn sie verabredet oder üblich ist.

- A. Définition
- ¹ Le mandat est un contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis.
 - ² Les règles du mandat s'appliquent aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats.
 - ³ Une rémunération est due au mandataire si la convention ou l'usage lui en assure une.
- A. Definizione
- ¹ Con l'accettazione del mandato, il mandatario si obbliga a compiere, a norma del contratto, gli affari o servizi di cui viene incaricato.
 - ² I contratti relativi ad una prestazione di lavoro non compresi in una determinata specie di contratto di questo codice sono soggetti alle regole del mandato.
 - ³ Una mercede è dovuta quando sia stipulata o voluta dall'uso.

Literatur

BUCHER E., 100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht?, in: ZSR 1983 II, 322 ff. (zit. ZSR 1983); BUFF/VON DER CRONE, Zwingende Natur von Art. 404 OR, SZW 2014, 332 ff. (zit. SZW 2014); CUENDET, Les rapports fiduciaires dans la jurisprudence suisse, ST 1992, 332 ff.; FISCHER, Dritthaftung für falsche freiwillige Auskünfte, ZVglRWiss 1984, 1 ff. (zit. ZVglRWiss 1984); GATTIKER, Das Erfolgshonorar des Anwalts, Diss. Zürich 1975; GAUCH/SWEET, Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden, in: Forstmoser/Giger/Heini/Schlupe (Hrsg.), FS für Max Keller, Zürich 1989, 117 ff.; VON GIERKE, Deutsches Privatrecht, Bd. III, München/Leipzig 1917; KUHN, Die Haftung aus falscher Auskunft und falscher Raterteilung, SJZ 1986, 345 ff.; ROBERTO, Die Haftung des Reiseveranstalters, Diss. Zürich 1990; vgl. die Literaturhinweise bei den Vorbem. zu Art. 394–406.

I. Allgemeines

- 1 Art. 394 Abs. 1 verpflichtet den Beauftragten, «die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen». Als Legaldefinition lässt sich diese Umschreibung nicht qualifizieren, doch wird zumindest klar, dass es sich beim Auftrag um einen Arbeitsleistungsvertrag, einen Arbeitsvertrag i.w.S. handelt (vgl. auch BK-FELLMANN, N 9, 21, 86, 91). Einerseits hat der Beauftragte gewisse Tätigkeiten zu erbringen, andererseits müssen die Dienstleistungen im Hinblick auf ein bestimmtes Resultat erfolgen (TERCIER/FAVRE, N 4980 ff.). Abs. 2 hält fest, dass Verträge, die keinem gesetzlichen Arbeitsvertragstypus unterstehen, nach Auftragsrecht zu beurteilen sind. In Abs. 3 wird die etwaige Entgeltlichkeit des Auftrags geregelt (zur Entstehungsgeschichte BK-FELLMANN, N 4 ff.); Abs. 3 würde systematisch richtig in den Kontext von Art. 402 gehören (BK-FELLMANN, N 11, 367; GMÜR, N 100).

II. Wesen, Gegenstand und Arten des Auftrags (Abs. 1)

1. Wesen

- 2 Der Beauftragte führt fremde Geschäfte (Grundsatz der Zweckgerichtetheit des Auftrags in **Wahrung fremder Interessen**). Der Auftrag ist oft inhaltlich unbestimmt (vgl. BUFF/VON DER CRONE, SZW 2014, 337); der Beauftragte hat aber das Möglichste zur Zweckerreichung zu tun (obligation de moyens; vgl. WERRO, mandat, N 88 ff.; BK-FELLMANN, N 20, 94, 99, 105). Die Dienstleistungen müssen im Hinblick auf ein bestimmtes Resultat erfolgen, auch wenn – vorbehaltlich einer gegenteiligen Abrede – kein Erfolgseintritt geschuldet ist (vgl. DERENDINGER, N 86 ff.). Geschäftsherr bleibt der Auftraggeber, weshalb dessen Weisungen vom Beauftragten zu befolgen sind; bei nicht sachgemässen Weisungen hat der Beauftragte den Auftraggeber abzumahnern.
- 3 **Wesensmerkmale** des Auftrags sind die Treueverpflichtung (vgl. WERRO, mandat, N 492 ff.; BK-FELLMANN, N 105 ff., 247 ff.), das besondere Vertrauensverhältnis und der Persönlich-

keitsbezug (fachliche Fähigkeiten und charakterliche Qualitäten des Beauftragten), die oft vorhandene inhaltliche Unbestimmtheit (Anpassung an jeweilige Umstände, z.B. Verweis auf Natur der Geschäfte in Art. 394 Abs. 3, Art. 396 Abs. 1, Art. 398 Abs. 3, Art. 405 Abs. 1) sowie die selbständige Beauftragtenstellung (vgl. HOFSTETTER J., SPR VII/6, 35–39 und SPR VII/2/1, 35–38; BK-FELLMANN, N 113 ff.); der Beauftragte handelt auf fremde Rechnung und fremde Gefahr.

Der Auftrag ist ein **zweiseitiger Schuldvertrag** (vgl. etwa KUKO OR-SCHALLER, N 1). Beim entgeltlichen Auftrag handelt es sich um einen vollkommen zweiseitigen (synallagmatischen) Vertrag, beim unentgeltlichen Auftrag um einen unvollkommen zweiseitigen Vertrag (BGE 94 II 267 f.; BK-FELLMANN, N 191 ff.). Ungeachtet des jederzeitigen Widerrufsrechts (Art. 404) ist der Auftrag **oft** (aber nicht zwingend) als **Dauerschuldverhältnis** ausgestaltet (vgl. insb. KULL, SJZ 2011, 245 ff.; GAUCH, SJZ 2005, 521 ff.; DERENDINGER, N 101 f.; BK-FELLMANN, N 198 ff.; WERRO, mandat, N 371 ff.). Als Beauftragte kommen natürliche und juristische Personen in Frage.

Der Auftrag verknüpft regelmässig zahlreiche einzelne Rechtsbeziehungen zu einem Gefüge. Neben den Hauptpflichten (z.B. Auftragsausführungs- und Honorarpflicht) bestehen Nebenleistungspflichten (z.B. Rechenschaftsablegungs- und Herausgabepflicht) sowie Nebenpflichten (z.B. Diskretions-, Geheimhaltungs-, Aufklärungs-, Benachrichtigungs-, Schutzpflicht; im Einzelnen dazu BK-FELLMANN, N 234 ff.). Weitere Rechtsgrundlagen der Beauftragtentätigkeit ergeben sich zum Teil aus dem öffentlichen Berufs- und Gewerbebereich, z.B. für liberale Berufe (GMÜR, N 58 ff.) und für Banken (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG), Effektenhändler (Art. 10 Abs. 2 lit. c BEHG) oder Versicherungen (Art. 14 VAG). Für die Abgrenzung vom öffentlichen Dienst (vgl. Art. 110 Ziff. 4 StGB zur Beamtenumschreibung) ist auf die «Öffentlichkeit» der Verrichtungen (Art. 61) abzustellen. Das geplante FIDLEG (Finanzdienstleistungsgesetz) wird ebenfalls eine entsprechende Rechtsgrundlage darstellen (Art. 398 N 28b).

2. Gegenstand. Interessenlage

Hauptgegenstand des Auftrags ist regelmässig ein **positiver Leistungsinhalt** (einzelne Angelegenheit oder Vielzahl von Tätigkeiten) auf ein Tun, und zwar eine Tat- oder Rechtshandlung (N 9 f.) oder beides miteinander (Liegenschaftsschätzung: BGE 130 III 253; Reisevermittlung: BGE 111 II 270; Bankgirovertrag: BGE 111 II 449; BK-FELLMANN, N 25, 79; zur Abgrenzung zwischen Tat- und Rechtshandlung DERENDINGER, N 26 ff.). Geschuldet ist ganz oder überwiegend eine körperliche oder geistige Arbeit zum Vorteil eines Anderen (LEUENBERGER, ZSR 1987, 13). Ein Dulden und ein Unterlassen kann aber Inhalt von Nebenpflichten sein.

Eine konkretisierende Charakterisierung der möglichen Tun-Leistung ist angesichts der **Flexibilität** der Auftragsstypen nur schwer möglich. Der offene gesetzliche Raster lässt eine bunte Palette von Auftragsleistungen zu (WEBER, Praxis, 34 f.), z.B. kurzfristige Besorgungen, selbständig ausgeübte liberale Berufe, Abwicklung von Zahlungsaufträgen, Treuhandverhältnisse, Bank- und Versicherungsgeschäfte.

Je nach der **Interessenlage** bezüglich des anzustrebenden Arbeitsergebnisses wird zwischen verschiedenen Auftragsstypen unterschieden: Ist ausschliesslich der Auftraggeber am Auftragserfolg interessiert, liegt ein «mandatum mea gratia» (z.B. Gefälligkeitsverhältnis: vgl. N 16) vor. Der heute übliche entgeltliche Auftrag im Bereich der freien Berufe wird im Interesse des Auftraggebers und des Beauftragten ausgeführt («mandatum mea e tua gratia»); dennoch sind die Honorarinteressen den zu wahren fremden Interessen unterzuordnen. Bei einem Auftrag im Interesse eines Dritten (Art. 112) spricht man von einem «mandatum aliena gratia» (vgl. BGE 41 II 271 ff.; BK-FELLMANN, N 109 f.).

3. Tathandlungs- und Rechtshandlungsauftrag

a) Tathandlungsauftrag

- 9 Im Tathandlungsauftrag verpflichtet sich der Beauftragte zur **Leistung von (faktischen) Diensten** irgendwelcher Art (zum Umfang beim Tathandlungsauftrag vgl. Art. 396 N 2 f.). Der Anwendungsbereich ist sehr weit (vgl. DESSEMONTET, ZSR 1987, 107 ff.; TERCIER/FAVRE, N 5333 ff.; BK-FELLMANN, N 140 ff.; WEBER, Praxis, 34 f.; je mit eingehender Kasuistik): Pflegeverträge (Arzt-, Zahnarzt-, Veterinärverträge), Anwalts-, Notar-, Experten- und Schiedsrichterverträge, Architekten- und Ingenieurverträge, Liegenschaftsverwaltungsverträge, Unterrichtsverträge, Bankverträge, Buchhaltungsverträge, Rechtsschutzversicherungsverträge, Transportverträge.

b) Rechtshandlungsauftrag im Allgemeinen

- 10 Gegenstand des Rechtshandlungsauftrags ist die **Vornahme von Rechtshandlungen**, d.h. Erwerb, Ausübung und Übertragung von subjektiven Rechten (vgl. Art. 1703 CC it.). Der Rechtshandlungsauftrag kann in direkter oder indirekter Stellvertretung ausgeführt werden (Art. 396 N 4 f.; BK-FELLMANN, N 37 ff. m.Nw.). In Frage kommen alle durch einen Vertreter ausübbarer Rechtshandlungen, soweit nicht höchstpersönliche Rechte betroffen sind (Testamentserrichtung, Verfügung über Kunstwerk, BK-FELLMANN, N 49). Ein Rechtshandlungsauftrag kann für die (vorübergehende) Erledigung einer Angelegenheit oder für eine längerfristige Rechtsträgerschaft erteilt werden.

c) Treuhandvertrag im Besonderen

- 11 Der Treuhandvertrag ist ein dem Fiduziar erteilter Rechtshandlungsauftrag, ein Geschäft im eigenen Namen (d.h. in indirekter Stellvertretung), aber im Interesse und für Rechnung des Auftraggebers auszuführen. Der Fiduziar geht i.d.R. nicht nur wie der «normale» Beauftragte vorübergehend Rechte und Pflichten für den Treugeber ein, sondern er übt die übernommenen Rechte und Pflichten für eine gewisse Zeit aus bzw. er erfüllt das Leistungsprogramm (vgl. Art. 396 N 5). Nach heutiger Mehrheitsmeinung handelt es sich bei den Treuhandverhältnissen bzw. fiduziarischen Geschäften um einen **Vertrags- oder Geschäftstyp**, auf den zumindest teilweise die Regeln des Auftragsrechts anwendbar sind (BGE 99 II 397 = Pra 1974, 363 f.; 85 II 99 = Pra 1959, 367; KUKO OR-SCHALLER, N 7; BK-KRAMER, Art. 18 OR N 125 f.; ZK-JÄGGI/GAUCH, Art. 18 OR N 179; vgl. auch BK-FELLMANN, N 60, 71 ff.; GMÜR, N 63 ff.; CUENDET, ST 1992, 130 ff., 187 ff., 361 ff.; WATTER, ZSR 1995, 179 ff.; THÉVENOZ, ZSR 1995, 253 ff.).
- 12 Das **pactum fiduciae** (d.h. das der Treuhand zugrundeliegende Rechtsverhältnis) ist somit oft, aber nicht immer ein Auftrag; in Frage kommen auch andere gesetzliche Arbeitsverträge oder ein Hinterlegungsvertrag (WEBER, Praxis, 56, vgl. z.B. BGE 131 III 377 = SZW 2005, 187). Wie der Beauftragte hat der Fiduziar fremde Interessen zu wahren: Im internen Verhältnis ist der Fiduziar an die Weisungen des Treugebers gebunden, er muss vertragsgemäss und sorgfältig tätig werden (BGE 115 II 471). **Einschränkungen in der Verfügungsmacht** (Erwerb, Ausübung, Übertragung von Rechten und Eingehung/Erfüllung von Verpflichtungen) haben jedoch nur **obligatorische Wirkung** (zur Durchsetzung einer fiduziarischen Abrede EGV 1982, 92 ff.). Nicht von Bedeutung für die Qualifikation des Treuhandverhältnisses ist die Herkunft des Treugutes (Fiduziant, Dritter; vgl. HOFSTETTER J., SPR VII/6, 32 und SPR VII/2/1, 32).
- 13 Extern gegenüber den Dritten kann der Fiduziar über ein Recht bzw. eine Sache beliebig verfügen, es kommt ihm eine sog. **überschüssende Rechtsmacht** zu (BGE 119 II 328; 71 II 169). Können und Dürfen sind also nicht deckungsgleich. Weil die Rechtseinräumung durch den Treugeber aber gewollt ist, sind fiduziarische Rechtsgeschäfte **nicht simulierte Ge-**

schäfte (vgl. BGE 109 II 242; 99 II 396 = Pra 1974, 363 f.; 91 II 448 f.; SJ 1982, 235 f.), ausser wenn die Eigentumsübertragung an sich nicht beabsichtigt ist (SJ 1955, 574 f.; aus der Lehre vgl. BK-KRAMER, Art. 18 OR N 128 f.; ZK-JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N 189 f., je m.Nw.).

Der **Vertragspartner des Fiduziars** steht nur mit diesem in einer Rechtsbeziehung, selbst wenn ihm bekannt ist, dass der Fiduziar treuhänderisch für den Fiduzianten handelt, z.B. Vermögenswerte verwaltet; ein solcher Vertragspartner braucht sich deshalb auch nicht um die Interessenlage des Fiduzianten zu kümmern (vgl. BGE 100 II 211). Wegen der gewollt eingeräumten Rechtsträgerschaft passt die Vermutung von Art. 396 Abs. 2 auf Treuhandverträge nicht. Vielmehr vermittelt die fiduziarische Rechtseinräumung die «Macht» zum rechtsgeschäftlichen Handeln, ungeachtet dessen, ob die Rechtsbeziehung zwischen dem Fiduzianten und dem Fiduziar die entsprechende Befugnis vorsieht (HOFSTETTER J., SPR VII/6, 33 und SPR VII/2/1, 33; WEBER, Praxis, 56). 14

Treuhandverhältnisse werden oft im Zusammenhang mit **Sicherungsgeschäften** begründet, z.B. durch Sicherungsübereignung (BK-ZOBL, Syst. Teil, N 1299 ff.), Sicherungsabtretung, Inkassozeession, Begründung eines Investment Trust usw. (vgl. BK-FELLMANN, N 76 f.; für die Banken GUGGENHEIM, Bankpraxis, 251 ff.). Für Treuhandverhältnisse sind aus dem Auftragsrecht insb. Art. 400 (BGE 112 III 95 = Pra 1987, 276), Art. 401 (dort N 4, analoge Anwendung) und Art. 404 von Bedeutung. 15

4. Entgeltlicher und unentgeltlicher Auftrag

a) Gefälligkeitsverhältnisse

Der weite Wortlaut von Art. 400, wonach «alles» zu erstatten ist, schliesst die Entgeltlichkeit des Auftrags nicht aus. Gemäss Abs. 3 ist der Auftrag aber nur entgeltlich, wenn es verabredet oder üblich ist. Weil heute Dienstleistungen regelmässig nicht unentgeltlich erbracht werden, ist praktisch von einer **Umkehr der gesetzlichen Vermutung** auszugehen, d.h. eine Gefälligkeit, welcher der Charakter des rechtlich Verbindlichen fehlt (BGE 137 III 542; 129 III 183; 116 II 696), ist nur dann anzunehmen, wenn es an erkennbaren wirtschaftlichen oder sonstwie geschützten Interessen des Tätigwerdenden mangelt und nicht von Auswirkungen auf das Vermögen des Tätigwerdenden auszugehen ist (HOFSTETTER J., SPR VII/6, 13 und SPR VII/2/1, 14 f.; zur Gefälligkeit und deren Abgrenzungen vgl. Art. 419 N 9a). Für einen konkludent zustande gekommenen entgeltlichen Auftrag spricht hingegen, wenn der Tätigwerdende unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben in Beachtung der Verkehrssitte auf einen Rechtsbindungswillen des Partners schliessen durfte (vgl. BGE 116 II 696 ff.; SJZ 1990, 143 f.; EGV 1984, 128 f.; Art. 395 N 5 f.; vgl. auch HONSELL, FS Nobel, 944, der bei faktischer, unentgeltlicher Tätigkeit im Zweifel auf ein vertragsloses Verhältnis schliesst; ebenso BGE 129 III 183). Ob die Eigeninitiative des Geschäftsführers, die sog. Eigenmacht, das alleinige Kriterium für die Abgrenzung (zugunsten der Geschäftsführung ohne Auftrag) darstellen kann, ist m.E. fraglich (vgl. MAISSEN/PURTSCHERT/RUSCH, Jusletter 2013, N 9, 13; krit. dazu KUKO OR-SCHALLER, Vor Art. 419–424 N 6). 16

Die Unentgeltlichkeit des Auftrags (zum Ganzen auch SCHNEEBERGER, 212 ff.) ist einerseits bei der **Haftung** des Beauftragten als Reduktionsgrund zu berücksichtigen (Art. 99 Abs. 2). Bei Unentgeltlichkeit hat andererseits der Auftraggeber gegebenenfalls nicht für den verursachten Schaden einzustehen (Art. 402 N 14). 17

b) Rat und Empfehlung

Im Gegensatz zum Zürcherischen Privatrechtlichen Gesetzbuch von 1854/56 (§ 1161–1165) regelt das Auftragsrecht «Rat und Empfehlung» nicht. Das Vorliegen eines **Rechtsbindungswillens** ist deshalb im Einzelfall zu prüfen (vgl. Vor Art. 419–424 N 16). Unaufgeforderte Raterteilungen vermögen i.d.R. kein Auftragsverhältnis zu begründen. Hingegen ist ein still- 18

schweigender Auftragskonsens anzunehmen, wenn der Raterteilende gewerbsmässig und entgeltlich tätig wird; weitere Kriterien sind die Sachkunde und das wirtschaftliche Interesse des Raterteilenden, der Vertrauenscharakter der Geschäftsbeziehung, die erkenntliche Bedeutung der Auskunft für den Empfänger und die Auskunftserteilung auf Anfrage hin (WEBER, Praxis, 54).

- 19 Die ältere Rsp. hat bei falschen Auskünften die Annahme eines Vertragsverhältnisses überwiegend abgelehnt (BGE 68 II 302; 57 II 85; 41 II 82; ZBJV 1973, 394; erneut BGE 111 II 473). In BGE 112 II 350 wird aber zutreffenderweise die Entstehung eines Auftragsverhältnisses angenommen, wenn zwischen dem Raterteilenden und dem Ratsuchenden eine **vorbestehende Rechtsbeziehung** (z.B. ein als Rahmenvertrag ausgestalteter allgemeiner Bankvertrag) vorhanden ist und wenn der Raterteilende hätte erkennen müssen, dass der Ratsuchende eine verlässliche Antwort für weitergehende Dispositionen erwartet (dazu MERZ, ZBJV 1988, 215 ff.; vgl. auch BGE 131 III 380 = Pra 2006, 220 ff.; weiter HONSELL, OR BT, 319; BK-KRAMER, Allg. Einl. N 142 ff.; BK-FELLMANN, N 205 ff.; GAUCH/SWEET, 117 ff.; KUHN, SJZ 1986, 345 ff.; KAISER, 142 ff.; FISCHER, ZVglRWiss 1984, 1 ff.; zur Auskunftshaftung vgl. BÄRTSCHI, 346 ff.).
- 20 Bei Fehlen eines Vertragsverhältnisses tritt eine Haftung ein, wenn der Raterteilende wider besseres Wissen oder leichtfertig unrichtige Angaben macht, sowie wenn er ihm bekannte Tatsachen verschweigt, von denen er annehmen muss, dass sie für den Ratsuchenden von erheblicher Bedeutung sein könnten (BGE 80 III 54; vgl. auch SJZ 1953, 181).

5. Zwingendes und dispositives Recht

- 21 Im Rahmen von Art. 19–21 und der zwingenden Normen des öffentlichen Berufs- und Gewerberechts besteht für die Parteien **Vertragsfreiheit**, insb. Freiheit in der Umschreibung der zu erbringenden Dienstleistungen, in der Wahl eines Rechtsvertreters und in der Vertretungsart. Die neuere Rsp. geht auch zutreffenderweise davon aus, dass *Freiheit der rechtlichen Qualifikation* herrscht, Art. 394 Abs. 2 also Arbeitsleistungsverträge sui generis nicht ausschliesst (N 23). Zwingend ist hingegen nach heutiger Bundesgerichtspraxis das jederzeitige Widerrufsrecht von Art. 404 (dort N 9, umstritten), die Rechenschaftsablegungspflicht von Art. 400 (dort N 21) sowie die Treue- und Sorgfaltspflicht von Art. 398 im Rahmen des gesollten Leistungsprogrammes (dort N 34), nicht aber die Verwendungs- und Schadenersatzpflicht des Auftraggebers gem. Art. 402 (dort N 16, umstritten). Nach bundesgerichtlicher Rsp. kann auf die Ablieferungspflicht unter bestimmten Bedingungen vertraglich verzichtet werden (BGE 137 III 396; 132 III 460; BGer, 29.11.2011, 4A_427/2011, E. 4; Art. 400 N 14a, 21).

III. Auftrag als Auffangvertrag (Abs. 2)

- 22 Abs. 2 hält fest, dass Verträge, die keinem gesetzlichen Arbeitsvertragstypus unterstehen, nach Auftragsrecht zu beurteilen sind. Der Auftrag wird deshalb zum **«Sammelbecken»** für Arbeitsleistungsverträge. Subsidiäre Anwendung bedeutet, dass die Art. 394 ff. nur Anwendung finden, wenn kein Sonderrecht Platz greift (KOLLER A., AJP 2014, 1634; zur Subsidiarität vgl. auch BK-FELLMANN, N 297 ff.; WERRO, mandat, N 122 ff., 171 ff.). Somit sind die Regelungen des einfachen Auftrags lediglich dann anzuwenden, wenn sie sachgemäss sind; nur auf diesem Weg lassen sich Wertungswidersprüche vermeiden (vertiefend KOLLER A., AJP 2014, 1634).

1. Arbeitsleistungsverträge sui generis

- 23 Während Jahren ist das BGer davon ausgegangen, Arbeitsleistungsverträge sui generis könnten im schweizerischen Recht nicht anerkannt werden (BGE 106 II 158 = Pra 1980, 596; 104 II 110; differenzierend noch 83 II 530 = Pra 1958, 141 f.; zum Meinungsstand LEUENBERGER,

Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht (Produkthaftpflichtgesetz, PrHG)

Vorbemerkungen zum PrHG

Literatur

BODEWIG, Der Rückruf fehlerhafter Produkte, Eine Untersuchung der Rückrufflichten und Rückrufansprüche nach dem Recht Deutschlands, der Europäischen Union und der USA, Tübingen 1999; BOLLIGER, Die Haftung des Importeurs für fehlerhafte Produkte in rechtsvergleichender Sicht, Zürich 1995; BORER, Produkthaftung: Der Fehlerbegriff nach deutschem, amerikanischem und europäischem Recht, Bern/Stuttgart 1986; BORSARI, Schadensabwälzung nach dem schweizerischen Produkthaftpflichtgesetz (PrHG), Zürich 1998; BÜHLER R., Definition des Produktfehlers im Produkthaftpflichtgesetz (PrHG), AJP 1993, 1425 ff.; BÜHLER TH., Sonderfragen der Produkthaftpflicht, in: Weber/Thürer/Zäch (Hrsg.), Sonderfragen der Produkthaftpflicht, Produkthaftpflicht im europäischen Umfeld, Zürich 1994, 175 ff.; VON BÜREN-VON MOOS, Normen und Vorschriften über Produktesicherung, AJP 1994, 1376 ff.; CHRISTEN, Produkthaftung nach der EG-Produkthaftungsrichtlinie im Vergleich zur Produkthaftung nach schweizerischem Recht, Bern 1992; DEMONT, Vorsorgliche Beweisführung im Produkthaftpflichtprozess: Ermöglichung einer unerwünschten Präjudizwirkung für das Hauptverfahren?, HAVE 2014, 308 ff.; FELLMANN, Der Produkte- und Fehlerbegriff, in: Weber/Thürer/Zäch (Hrsg.), Produkthaftpflicht im europäischen Umfeld, Zürich 1994, 31 ff. (zit. Fehlerbegriff); DERS., Gutachten zur Haftung bei Transplantation vom 30.11.2000, <http://www.bag.admin.ch/transplantation/00694/01739/index.html?lang=de&> (9.2.15) (zit. Gutachten); DERS., Ausschluss von Schadenersatz für Schäden am fehlerhaften Produkt, AJP 1994, 1466 ff. (zit. AJP 1994); DERS., Das neue Produkthaftpflichtgesetz: Ein erster Kommentar – namentlich für die Baubranche, BR 1994, 28 ff. (zit. BR 1994); DERS., Produktesicherheit und Qualitätsmanagementsysteme, in: Brunner/Rehbinder/Stauder (Hrsg.), Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts (JKR), Bern 2000, 31 ff. (zit. JKR); DERS., Bauernprivilegien im Haftpflichtrecht – ein Anschlag auf die Schadensprävention!, in: Schmid/Seiler (Hrsg.), Recht des ländlichen Raums, FS für Paul Richli, Zürich 2006, 129 ff. (zit. Bauernprivilegien); DERS., Der Produktfehler und sein Nachweis, BGE 133 III 81 ff., recht 2007, 158 ff. (zit. recht 2007); DERS., Haftpflichtrecht – Wichtige Urteile, Strassenverkehrsrechts-Tagung 2008, Bern 2008, 212 ff. (zit. Wichtige Urteile); DERS., Inhalt und Tragweite des Produktesicherheitsgesetzes (PrSG) vom 12.6.2009, HAVE 2010, 3 ff. (zit. HAVE 2010); DERS., Produktbeobachtungs- und Rückrufflicht nach dem Produktesicherheitsgesetz vom 12.6.2009, in: Fuhrer (Hrsg.), FS Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Zürich 2010, 117 ff. (zit. Produktbeobachtungs- und Rückrufflicht); DERS., Nachmarktpflichten des Herstellers und des Importeurs nach dem PrSG, Ein Schulsack voll Hausaufgaben für Hersteller und Importeure, Jusletter vom 25.10.2010 (zit. Jusletter 2010); DERS., Entwicklungen – Neues aus dem Haftpflichtrecht, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2011, Zürich 2011, 227 ff. (zit. Entwicklungen); DERS., Nachmarktpflichten des Herstellers und des Importeurs nach dem PrSG, in: Fellmann/Furrer (Hrsg.), Produktsicherheit und Produkthaftung – Neue Herausforderungen für schweizerische Unternehmen, Bern 2011, 71 ff. (zit. Nachmarktpflichten PrSG); FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, Grundriss der Produkthaftpflicht, Bern 1993; DIES., Das neue Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht in der Schweiz (PrHG), PHI 1993, 184 ff. (zit. PHI 1993); FITZ/GRAU/REINDL, Produkthaftung, 2. Aufl., Wien 2004; FREIBURGHaus, Die Produkthaftung des Warenimporteurs nach deutschem und schweizerischem Recht, Bern 1994; FURRER, Produktsicherheit, Produkthaftung und technische Normierung in der Schweiz, in: Fellmann/Furrer (Hrsg.), Produktsicherheit und Produkthaftung – Neue Herausforderungen für schweizerische Unternehmen, Bern 2011, 1 ff.; GAUCH, Die Produkthaftungsrichtlinie der EG, Ein Überblick, Beiträge zum europäischen Recht, in: FS Juristenverein, Freiburg 1993, 163 ff. (zit. Produkthaftungsrichtlinie); GNOS, Anspruchskonkurrenz im schweizerischen Produkthaftpflichtrecht, Schwanden 1997; GRAF VON WESTPHALEN (Hrsg.), Produkthaftungshandbuch, 2 Bde, 2. Aufl., München 1997/1999; GRAU, Produktfehler, Wien/Graz 2002; HERGER, Produktsicherheit und Produkthaftung in der Praxis der Aufzugsindustrie, in: Fellmann/Furrer (Hrsg.), Produktsicherheit und Produkthaftung – Neue Herausforderungen für schweizerische Unternehmen, Bern 2011, 121 ff.; HESS, Kommentar zum Produkthaftpflichtgesetz (PrHG), 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 1996 (zit. PrHG); DERS., Produktesicherheitsgesetz (PrSG), Bern 2010 (zit. PrSG); DERS., Sicherheit beim Inverkehrbringen nach Art. 3 ff. PrSG: Pflichten des Herstellers, in: Fellmann/Furrer (Hrsg.), Produktsicherheit und Produkthaftung – Neue Herausforderungen für schweizerische Unternehmen, Bern 2011, 33 ff. (zit. Sicherheit); HILTY, Produkthaftpflicht und Lizenzverträge, in: Brunner/Rehbinder/Stauder (Hrsg.), Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts (JKR), Bern 2000, 73 ff.; HÖCKELMANN, Die Produkthaftung für Verlagserzeugnisse, München

1994; HOLLIGER-HAGMANN; Produktesicherheitsgesetz PrSG, Produktrisiken im Griff – rechtliche Fallstricke vermeiden, Zürich/Basel/Genf 2010; HÖLZLWIMMER, Produkthaftungsrechtliche Risiken des Technologietransfers durch Lizenzverträge, München 1995; HONSELL, Standardsoftware und Sachmängelhaftung, in: Brem (Hrsg.) FS für Mario M. Pedrazzini, Bern 1990, 313 ff. (zit. Standardsoftware); JÄGGI, Das Bundesgesetz über die Produkthaftung, AJP 1993, 1419 ff.; KLETT/BIELMANN, Produktesicherheit und Warenverkehr – Aktuelle Entwicklungen, S&R 2014, 79 ff.; LUTZ, Haftung für Gebrauchsanleitungen – ein Sonderfall der Produkthaftung, SJZ 1993, 1 ff.; MÜLLER, La responsabilité civile extracontractuelle, Basel 2013; NATER, Haftpflichtige Personen (einschliesslich Regressfragen) und ersatzfähiger Schaden, in: Weber/Thürrer/Zäch (Hrsg.), Produkthaftungspflicht im europäischen Umfeld, Zürich 1994, 89 ff.; PFENNINGER/SCHILD, Anwendungsbereich des Bundesgesetzes für die Produktesicherheit (PrSG). Das Verhältnis des PrSG zu den Sektererlassen nach Art. 1 Abs. 3 PrSG, in: Fellmann/Furrer (Hrsg.), Produktsicherheit und Produkthaftung – Neue Herausforderungen für schweizerische Unternehmen, Bern 2011, 23 ff.; PLUTSCHOW-WILLI, Präsentation des Produktes, Haftung des Herstellers für die fehlerhafte Präsentation seiner Produkte nach dem schweizerischen Produkthaftungspflichtgesetz (PrHG), Zürich 1999; POSCH, Die Umsetzung der EG-Richtlinie «Produkthaftung» in den Mitgliedstaaten und die beim «autonomen Nachvollzug» durch Drittstaaten auftretenden Probleme, in: Honsell/Rey (Hrsg.), Symposium Stark: Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, Zürich 1991, 85 ff. (zit. Produkthaftungspflicht); DERS., Produkthaftung, Eine erste Analyse der Probleme, RdW 1988, 65 ff. (zit. RdW 1988); POTT/FRIELING, Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte, Kommentar, Essen 1992; RETTENBECK, Die Rückrufpflicht in der Produkthaftung, Baden-Baden 1994; ROBERTO, Haftpflichtrecht, Bern 2013 (zit. Haftpflichtrecht); DERS., Produkthaftungspflicht und Software, in: Brunner/Rehbinder/Stauder (Hrsg.), Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts (JKR), Bern 2000, 55 ff. (zit. JKR); ROMERIO, Toxische Kausalität, Basel 1996; RÖTHLISBERGER, Zivilrechtliche Produktbeobachtungs-, Warn- und Rückrufpflichten der Hersteller, Unter Berücksichtigung wettbewerbs- und versicherungsrechtlicher Aspekte, Zürich 2003; ROLLAND, Produkthaftungsrecht, Kommentar, München 1990; SCHELLER, in: Kretschmer et al. (Hrsg.), Produkthaftung in der Unternehmenspraxis, Stuttgart/Berlin/Köln 1992, Kap. II.3., II.4. und II.6.; SCHRUPKOWSKI, Die Haftung für Entwicklungsrisiken in Wissenschaft und Technik, Eine Analyse der Haftungsordnungen der Schweiz, Deutschlands, Frankreichs und der USA, Basel/Frankfurt a.M. 1995; SCHWEIGHAUSER, Hersteller, Mehrzahl von Ersatzpflichtigen und Regress im Produkthaftungsrecht, St. Gallen 1993; STRAUB, Produkthaftung für Informationstechnologiefehler, Zürich 2002; STAUDER, Schweizerische Produkthaftung im europäischen Umfeld, ZSR 1990 I, 363 ff.; TASCHNER/FRIETSCH, Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie, 2. Aufl., München 1990; WELSER/RABL, Produkthaftungsgesetz, Kurzkommentar, 2. Aufl., Wien 2004; WERRO, La responsabilité civile, 2. Aufl., Bern 2011; WERRO/HURNI, Les prothèses à risques, L'état des connaissances scientifiques et la libération du producteur selon la LRFP, HAVE 2012, 161 ff.; WIDMER, Grundlagen und Entwicklungen der schweizerischen Produkthaftung, ZSR 1995 I, 23 ff. (zit. ZSR 1995); DERS., Produkthaftung – Konzept und Umsetzung, in: Fellmann/Furrer (Hrsg.), Produktsicherheit und Produkthaftung – Neue Herausforderungen für schweizerische Unternehmen, Bern 2011, 101 ff. (zit. Konzept); WIDMER LÜCHINGER, Die Haftung für fehlerhafte Medizinprodukte, in: Rütsche (Hrsg.), Medizinprodukte: Regulierung und Haftung, Bern 2013, 209 ff. (zit. Haftung); DIES., Von Silikon bis Kobalt: Aktuelle Fragen der Medizinprodukthaftungspflicht, BJM 2014, 302 ff. (zit. BJM 2014); WILDHABER, Produkthaftung im Gentechnikrecht, Zürich 2000; WYSS, Der Fehlerbegriff im schweizerischen Produkthaftungspflichtgesetz, recht 1996, 108 ff. (zit. recht 1996); DERS., Technische Normen und Vorschriften im Spannungsfeld zwischen Haftpflicht- und Produktesicherheitsrecht, AJP 2006, 53 ff. (zit. AJP 2006).

Materialien

Bundesamt für Justiz (Hrsg.), Bericht der Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts, Bern 1991 (zit. Bericht Studienkommission); Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 12.9.2001, BBl 2002, 29 (zit. Botschaft Transplantationsgesetz); Botschaft zum Produktesicherheitsgesetz vom 25.6.2008, BBl 2008, 7408 (zit. Botschaft Produktesicherheitsgesetz).

I. Allgemeines

- 1 Das heutige PrHG geht auf den Entwurf des Bundesrates zu einem Bundesbeschluss über die Produkthaftungspflicht vom 27.5.1992 zurück (zur Entstehungsgeschichte der Produkthaftung in der Schweiz vgl. WIDMER, Konzept, 101 ff.). Mit diesem Beschluss sollte im Rahmen des

freien Warenverkehrs (vgl. BBl 1992 V 419 ff.) die **Richtlinie Nr. 85/374/EWG des Rates vom 25.7.1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte** (ABl. EWG Nr. L 210 vom 7.8.1985, 29 ff.) in das schweizerische Recht umgesetzt werden. Nachdem Volk und Stände das EWR-Abkommen abgelehnt hatten, unterbreitete der Bundesrat den Räten die Vorlage – mit den erforderlichen Anpassungen und unter Berücksichtigung der vom Parlament bereits vorgenommenen Änderungen – schon am 24.2.1993 als Gesetzesentwurf (BBl 1993 I 884 ff.). Er folgte damit dem Ratschlag der Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts. Die Kommission war nämlich zum Schluss gekommen, die Schweiz solle die Produkthaftpflicht auch bei einer Ablehnung des EWR-Vertrages nach den Vorgaben der EG-Richtlinie ausgestalten; sie müsse auf diesem Gebiet den **europäischen Integrationsprozess** mitvollziehen (Bericht Studienkommission, 160). Die Vorlage wurde vom Parlament am 18.6.1993 angenommen; das PrHG trat alsdann auf den 1.1.1994 in Kraft (zur Entstehungsgeschichte vgl. BORSARI, 3 ff.; FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, N 10 ff.; REY, N 1168 f.; WIDMER, Konzept, 105 f.).

Das PrHG lehnt sich bewusst an den **Text der EG-Richtlinie** an (vgl. BORSARI, 3 ff.; KELLER, I, 361 ff.; REY, N 1169). Die Systematik weicht allerdings vom EU-Recht ab. Der Gesetzgeber nahm auch einige kleinere redaktionelle Änderungen vor, um eine Übereinstimmung mit der Sprache der schweizerischen Gesetzgebung, namentlich derjenigen des OR herbeizuführen (vgl. BBl 1992 V 421; FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, N 13; vgl. auch BORSARI, 6 ff.). Inzwischen hat der schweizerische Gesetzgeber auch die Änderungen der europäischen Produkthaftungsrichtlinie umgesetzt und die Ausnahmeregelung für landwirtschaftliche Bodenerzeugnisse sowie Tierzucht-, Fischerei- und Jagderzeugnisse in Art. 3 Abs. 2 aPrHG aufgehoben (vgl. dazu Art. 3 N 13 f.). Die EU hatte diese Ausnahmeregelung in der ursprünglichen Richtlinie unter dem Eindruck der BSE-Krise mit der Änderungs-Richtlinie 99/34/EG (ABl. EG Nr. L 141 vom 4.6.1999, 20 f.) gestrichen (vgl. dazu etwa MK-WAGNER, Einl. ProdHaftG N 5).

Die weitgehend wörtliche Übernahme der Bestimmungen der EG-Richtlinie schafft zahlreiche Schwierigkeiten. Die Richtlinie enthält nämlich viele **eigenständige Begriffe**, für die im schweizerischen Recht ein Pendant fehlt. Diese «Fremdkörper» (POSCH, Produkthaftpflicht, 89) sind v.a. deshalb problematisch, weil die Richtlinie diese für die Haftung zentralen Begriffe nicht definiert (vgl. MK-WAGNER, Einl. ProdHaftG N 9 ff.; vgl. auch FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, PHI 1993, 189 f.).

Mit der Beschränkung auf die weitgehend wörtliche Übernahme der EG-Richtlinie **fehlt** im schweizerischen Recht weiterhin **eine umfassende verschuldensunabhängige Haftung** des Herstellers. In Übereinstimmung mit der Richtlinie hat nämlich auch der schweizerische Gesetzgeber Schäden an gewerblich genutzten Sachen (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. b) und am fehlerhaften Produkt (vgl. Art. 1 Abs. 2) von der Kausalhaftung des Produzenten ausgenommen. Für reine Vermögensschäden sieht das PrHG ebenfalls keine Regelung vor (vgl. FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, N 20; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 359 ff.). Die **Stärkung der Verbraucherposition** durch das neue Gesetz beschränkt sich daher im Wesentlichen auf die Erweiterung des Kreises der Haftpflichtigen (Importeur und Lieferant) und auf den Ausschluss jeglicher Freizeichnungsmöglichkeiten (vgl. FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, N 16 ff.).

Am 12.6.2009 hat die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft das **Bundesgesetz über die Produktesicherheit** (PrSG) beschlossen. Am 1.10.2009 ist die Referendumsfrist unbenutzt abgelaufen. Das PrSG ist auf den 1.7.2010 in Kraft getreten. Es ersetzt das Gesetz über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten (STEG) vom 19.3.1976 (Art. 20 Abs. 1 PrSG) und passt die Rechtslage in der Schweiz den neuen internationalen Gegebenheiten an (Botschaft Produktesicherheitsgesetz, 7408; zu den Rechtsquellen der technischen Normierung in der Schweiz vgl. FURRER, 5 ff.). Das Produktesicherheitsgesetz soll die **Sicherheit von Produkten** gewährleisten und den grenzüberschreitenden

freien Warenverkehr erleichtern (Art. 1 Abs. 1 PrSG). Es bringt eine Angleichung an die Richtlinie 2001/95/EG der Europäischen Gemeinschaft über die allgemeine Produktsicherheit (Richtlinie 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3.12.2001 über die allgemeine Produktsicherheit, ABl. Nr. L 11 vom 15.1.2002, 4 ff.). Das Gesetz will sicherstellen, dass die Anforderungen, welche die Behörden in der Schweiz an die Sicherheit von Produkten stellen, mit den Anforderungen übereinstimmen, die in der Europäischen Union gelten. Die Hersteller von Produkten können sich daher in Zukunft nach den gleichen Sicherheitsstandards richten, unabhängig davon, ob sie für den Schweizer Markt oder den europäischen Binnenmarkt produzieren (Botschaft Produktesicherheitsgesetz, 7408).

- 4b** Nach der Richtlinie 2001/95/EG dürfen Produkte, welche für die Konsumentinnen und Konsumenten bestimmt sind, in der Europäischen Union nur auf den Markt gebracht werden, wenn Hersteller oder Importeure sicherstellen, dass die **Sicherheit ihrer Produkte** auch nach dem Inverkehrbringen laufend **beobachtet** wird. Die Hersteller oder Importeure sind zudem verpflichtet, Produktgefahren, die ihnen bekannt werden, den zuständigen Vollzugsbehörden zu melden und Angaben über die Rückverfolgbarkeit der Produkte zu liefern (Art. 5 Richtlinie 2001/95/EG, vgl. dazu Botschaft Produktesicherheitsgesetz, 7428). Eine solche Regelung sah weder das STEG noch das PrHG vor. Das PrSG schliesst diese Lücke und trägt damit dazu bei, «dass bei einer Gefahr rasch die wirksamen Massnahmen zur Eindämmung der Risiken ergriffen werden können» (Botschaft Produktesicherheitsgesetz, 7428). Gleichzeitig erhalten die Vollzugsorgane die Kompetenz, bei Gefahr geeignete **Massnahmen** zu ergreifen. Sie können bspw. das weitere Inverkehrbringen verbieten, gefährliche Produkte einziehen, einen Produktrückruf verfügen und die Öffentlichkeit vor gefährlichen Produkten warnen (Botschaft Produktesicherheitsgesetz, 7428; vgl. auch FELLMANN, HAVE 2010, 3 f.; FURRER, 2 ff.; zum Anwendungsbereich des PrSG vgl. PFENNINGER/SCHILD, 23 ff.).
- 4c** Das PrSG passt das Schutzniveau für Produkte dem Schutzniveau des Produkthaftpflichtgesetzes (PrHG) vom 18.6.1993 an, das seinerseits mit jenem der Richtlinie 2001/95/EG über die allgemeine Produktsicherheit kongruent ist. So verlangt es unter anderem, dass «ein Produkt nicht nur bei bestimmungsgemässer, sondern bei jeder normalen und vernünftigerweise vorhersehbaren Verwendung – die auch einen Fehlgebrauch umfassen kann – sicher sein muss» (Botschaft Produktesicherheitsgesetz, 7428; vgl. auch HESS, PrSG, N 106; DERS., Sicherheit, 33 ff.). Das PrSG bildet daher zusammen mit dem Produkthaftpflichtgesetz (PrHG) eine Einheit, welche als «Gesamtpaket» das **Schutzniveau in der Schweiz verstärkt** (vgl. FELLMANN, HAVE 2010, 3; DERS., Jusletter 2010, 2; vgl. auch KLETT/BIELMANN, S&R 2014, 79 ff.; zum PrSG als Schutznorm und Haftungsgrundlage s. Art. 11 N 4b).
- 4d** Zu beachten ist, dass das PrSG nach Art. 1 Abs. 3 nur anwendbar ist, soweit nicht andere bundesrechtliche Bestimmungen bestehen, die dasselbe Ziel verfolgen. Der **Anwendungsbereich des PrSG** wird daher vorab durch andere Produktsicherheitserlasse des sog. **Sektorrechts** (z.B. für Medizinprodukte, Lebensmittel etc.) erheblich eingeschränkt (PFENNINGER/SCHILD, 28.) Die Sicherheitsanforderungen des Art. 3 PrSG finden danach auf die Risiken oder Risikokategorien von Produkten keine Anwendung, bei denen die Sicherheitsanforderungen hinsichtlich dieser Risiken durch andere bundesrechtliche Bestimmungen definiert sind. Daran ändert sich nichts, wenn das Sektorrecht für diese Produkte ein tieferes Sicherheitsniveau vorsieht (PFENNINGER/SCHILD, 29 f.) Dies gilt auch für die Nachmarktpflichten des Herstellers oder des Importeurs. Enthält das einschlägige Sektorrecht für die Zeit nach dem Inverkehrbringen weitergehende oder weniger weitgehende Vorschriften, gehen diese Art. 8 PrSG vor, es sei denn, sie zielten nicht explizit auf den Schutz des Konsumenten (PFENNINGER/SCHILD, 30 f.).

II. Rechtsnatur

Obwohl sich die einzelnen Bestimmungen des PrHG weitgehend mit dem Inhalt der EG-Richtlinie decken, handelt es sich bei diesem Gesetz um eine **nationale Haftungsnorm**. Es liegt weder Staatsvertragsrecht noch europäisches Einheitsrecht vor. Das Gesetz stellt vielmehr eine parallel zu den Regelungen in den EU-Ländern erfolgte **binnenrechtliche Transformation der EG-Richtlinie** dar (vgl. FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, N 22; vgl. auch BORSARI, 12; HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 21 N 24; 133; Schwimann-POSCH, Einl. PHG N 1; REY, N 1169).

In Anlehnung an die EG-Richtlinie begründet das PrHG eine ausservertragliche, verschuldensunabhängige Haftung des Herstellers für Schäden, die durch Fehler eines Produktes verursacht worden sind (BBl 1992 V 419). Diese Haftung kann der Kategorie der **gewöhnlichen Kausalhaftungen** zugeordnet werden (vgl. BORSARI, 12 ff.; FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, N 23; MÜLLER, N 425; REY, N 1170; KELLER, I, 362). Das rechtspolitische und dogmatische Konzept dieser spezialgesetzlichen Deliktshaftung ist jedoch nicht restlos klar (FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, N 23 m.w.Nw.; vgl. auch BORSARI, 12 ff.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 21 N 4; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 356; DERS., Skript, N 09.04).

III. Auslegung

Mit der bewussten Umsetzung der EG-Richtlinie (vgl. BBl 1993 I 884) hat der Gesetzgeber das übergeordnete Ziel einer europäischen Rechtsvereinheitlichung anerkannt. Die herkömmlichen Auslegungsgrundsätze und die überkommene Dogmatik der Produkthaftung dürfen daher «nicht unbeschadet auf die neue Regelung übertragen werden (MK-WAGNER, Einl. N 8). Das PrHG ist vielmehr **europarechtskonform auszulegen** (vgl. BORSARI, 15 f.; BÜHLER R., AJP 1993, 1426; BÜHLER TH., 180 ff.; FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, N 27 ff.; WERRO, N 536). Das gilt v.a. dort, wo die EG-Richtlinie neue Begriffe schafft (z.B. Hersteller, Produkt, Fehler). Auch bei Rückverweisungen auf die nationalen Rechtsordnungen wird man aber künftig prüfen müssen, ob die hergebrachten haftpflichtrechtlichen Begriffsinhalte der Zielsetzung der Richtlinie entsprechen. Zu berücksichtigen sind dabei insb. die Erwägungsgründe der Richtlinie. Der Richter hat aber auch die Rechtsentwicklung in der EU im Auge zu behalten. Findet er dort eine gefestigte «europäische Meinung» vor, darf er sich davon nicht ohne Not absetzen (FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, N 28 ff.; vgl. auch POSCH, RdW 1988, 70). Das BGer hat sich dieser Auffassung in BGE 133 III 81, 83 ff. angeschlossen. Es stellte sich auf den Standpunkt, die Erwägungsgründe der Richtlinie 85/374/EWG vom 25.7.1985 seien auch zur Auslegung des PrHG heranzuziehen (vgl. FELLMANN, recht 2007, 160 f.; vgl. auch BGer, 5.1.2015, 4A_365/2014/4A_371/2014, E. 7). In einem Urteil vom 18.3.2011 hielt es ferner fest, zwar seien die Gerichte in der Schweiz nicht verpflichtet, bei der Auslegung des PrHG die europäische Rechtsprechung zu berücksichtigen. Sie müssten aber dem Umstand Rechnung tragen, dass der Gesetzgeber mit dem autonomen Nachvollzug von europäischem Recht eine Rechtsvereinheitlichung angestrebt habe, die sie bei der Anwendung des PrHG nicht durchkreuzen dürften, wenn dafür keine speziellen Gründe vorlägen (BGE 137 III 226, 229).

Art. 1 PrHG

Grundsatz

- ¹ Die herstellende Person (Herstellerin) haftet für den Schaden, wenn ein fehlerhaftes Produkt dazu führt, dass:
 - a. eine Person getötet oder verletzt wird;
 - b. eine Sache beschädigt oder zerstört wird, die nach ihrer Art gewöhnlich zum privaten Gebrauch oder Verbrauch bestimmt und vom Geschädigten hauptsächlich privat verwendet worden ist.
- ² Die Herstellerin haftet nicht für den Schaden am fehlerhaften Produkt.

Principe

- ¹ Le producteur répond du dommage lorsqu'un produit défectueux cause:
 - a. la mort d'une personne ou provoque chez elle des lésions corporelles;
 - b. un dommage à une chose ou la destruction d'une chose d'un type qui la destine habituellement à l'usage ou à la consommation privés et qui a été principalement utilisée à des fins privées par la victime.
- ² Il ne répond pas du dommage causé au produit défectueux.

Principio

- ¹ Il produttore è responsabile del danno quando un prodotto difettoso cagiona:
 - a. la morte o lesioni corporali a una persona;
 - b. un danno o la distruzione di una cosa che, per sua natura, sia normalmente destinata all'uso o consumo privato e che sia stata utilizzata dal danneggiato principalmente per fini privati.
- ² Egli non è responsabile per il danno cagionato al prodotto difettoso.

Literatur

Vgl. die Literaturhinweise bei den Vorbe. zum PrHG.

I. Allgemeines

- 1 Im Schadensfall muss der Geschädigte als **haftungsbegründende Voraussetzungen** seines Anspruchs einen **Schaden**, das Vorliegen eines **fehlerhaften Produktes**, den **Kausalzusammenhang** zwischen dem Fehler des Produktes und dem Schaden sowie die **Hersteller-Eigenschaft** des Beklagten **beweisen**. Er trägt dafür die Beweislast (vgl. FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, N 102; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 359; vgl. auch BORSARI, 93 und 163 ff., der zusätzlich den Nachweis der Widerrechtlichkeit für erforderlich hält).
- 1a Bei der **Kommentierung von Art. 1 PrHG** als Haftungsvoraussetzung zu besprechen sind im Folgenden der **Schaden** sowie der **adäquate Kausalzusammenhang** zwischen dem Fehler des Produktes und dem Schaden. Wer Hersteller ist, wird bei der Komm. von Art. 3 PrHG dargestellt, wann ein fehlerhaftes Produkt vorliegt bei der Komm. von Art. 3 PrHG (Produkt) und Art. 4 PrHG (Fehler).
- 2 In Anlehnung an Art. 9 der EG-Richtlinie (vgl. dazu CHRISTEN, 50 ff.) schränkt Art. 1 den Schutzbereich des Gesetzes dadurch ein, dass der Hersteller zwar für alle Personenschäden, die durch den Fehler eines Produktes entstanden sind, haftet; für Sachschäden hat er demgegenüber nur einzustehen, wenn die beschädigte Sache für den privaten Gebrauch bestimmt und vom Geschädigten zu diesem Zweck verwendet worden ist. Der Geschädigte muss überdies einen Selbstbehalt von CHF 900 (vgl. Art. 6 Abs. 1) tragen. Eine Haftung für Schäden am fehlerhaften Produkt selbst wird gänzlich ausgeschlossen. Für reine Vermögensschäden sieht Art. 1 ebenfalls keine Haftungsgrundlage vor (vgl. HUGUENIN, N 2103; MÜLLER, N 435). In allen von diesen Ausschlüssen erfassten Bereichen bleibt der Geschädigte daher auf die herkömmlichen Regeln des Schadenersatzrechtes (Deliktsrecht oder vertragliche Haftung) angewiesen (vgl. Art. 11; zum Ganzen vgl. ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 359 ff.).

Bundesgesetz über Pauschalreisen (PRG)

Vorbemerkungen zum PRG

Literatur

Schweiz: a) zur früheren Rechtslage: BLUMER-NEMITZ, Die Rechtsstellung des Reisebüros bei Flugreisen, Diss. Basel 1989; DALLÈVES, Le contrat de voyage, XIV^e Journée juridique, Genf 1975, 1 ff.; DESSEMONTET, Les contrats de service, ZSR 1987 II, 93 ff.; FRANK, Grundfragen des Reiseveranstaltungsvertrages, SJZ 1981, 141 ff., 157 ff.; GAUCH, «Entgangener Feriengenuss» – Gedanken zu einer «Mitteilung», SJZ 1983, 276 ff.; GIRSBERGER, Der Reisevertrag, ZSR 1986 II, 1 ff. (zit. ZSR 1986 II); METZ, Rechts-handbuch für Reiseveranstalter, Reisevermittler, Reisebüros, Bern 1983; ROBERTO, Die Haftung des Reiseveranstalters, Diss. Zürich 1990 (zit. Haftung); DERS., Verdorbene Ferien als Schaden, recht 1990, 79 ff. (zit. recht 1990); DERS., Schadenersatz wegen verdorbener Ferien, SJZ 1990, 91 f. (zit. SJZ 1990); DERS., Ausgefallene Flüge bei Pauschalreisen, NZZ vom 18. 10. 2001, 16 (zit. NZZ 18. 10. 2001); SCHLUEP/BAUDENBACHER, Der Reiseveranstaltungsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht (SPR), Bd. VII/2, Basel 1979, 919 ff.; SCHMUCKI, Die zivilrechtlichen Verhältnisse beim Betrieb eines Reisebüros, Diss. Freiburg 1974; SCHUPPISSE, Zur Haftung des Flugreiseveranstalters, SJZ 1988, 205 ff.; STAUDER, Le contrat de voyage, ZSR 1986 II, 385 ff. (zit. ZSR 1986 II); DERS., Die AGB der Reiseveranstalter, in: AGB – eine Zwischenbilanz, WIV-Stichworte zum Privatrecht 2, St. Gallen/Berlin 1991 (zit. AGB); DERS., Kommentierung PRG, in: Thévenoz/Werro (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations I (Art. 1–529), 1. Aufl., Basel 2003 (zit. CR CO I); TERCIER, Avis de Droit sur l'opportunité d'une réforme du droit des agences et des contrats de voyages, Bern 1984; WEISS, Der Pauschalreisevertrag nach schweizerischem und österreichischem Recht, ÖJZ 1987, 738 ff.; WISWALD, Les agences de voyage, Diss. Lausanne 1964.

b) zum PRG: BETTOJA, Der Gastaufnahmevertrag, Eine systematische Darstellung, Diss. Zürich 1999; CHAIX, La responsabilité de l'organisateur de voyages à la lumière de la jurisprudence genevoise relative aux art. 13 et 14 LVF, SJZ 2005, 416 ff.; FRANK, Bundesgesetz über Pauschalreisen – Kurzkomentar, Zürich 1994 (zit. Kurzkomentar); GIRSBERGER, Die Haftung des Veranstalters, SJZ 1996, 201 (zit. SJZ 1996); DERS., Pauschalreisen, in: Weber et al. (Hrsg.), Aktuelle Probleme des EG-Rechts nach dem EWR-Nein, Zürich 1993, 131 ff. (zit. Pauschalreisen); HANGARTNER, Das neue Bundesgesetz über Pauschalreisen, Diss. Zürich 1997; KLETT, Der Einfluss europäischen Rechts auf die schweizerische Rechtsprechung im Vertragsrecht, recht 2008, 227 ff.; MARCHAND, De l'helvetico-compatibilité de la loi fédérale du 18.6.1993 sur les voyages à forfait, AJP 1994, 721 ff. (zit. AJP 1994); DERS., Le tryptique de la protection du passager aérien en droit suisse et européen, in: Baddeley (Hrsg.), La protection de la personne par le droit. Journée de droit civil 2006 en l'honneur du Professeur Martin Stettler, Zürich 2007, 167 ff. (zit. FS Stettler); MARTINELLI, Die Haftung bei Pauschalreisen im schweizerischen, französischen und deutschen Recht, Diss. Basel 1997; NOTARSTEFANO, Importanza e portata innovativa della «Loi Fédérale sur les voyages à forfait» del 18 giugno 1993 nell'ambito dell'esperienza giuridica elvetica, ZSR 1995, 437 ff.; PAETZOLD, Pauschalreisen und Recht in Deutschland und in der Schweiz, Zürich 1996; ROBERTO, Das neue Pauschalreisegesetz, recht 1994, 6 ff. (zit. recht 1994); DERS., Zur Ersatzfähigkeit verdorbener Ferien, recht 1997, 108 ff. (zit. recht 1997); SCHAFFELHUBER, Insolvenzschutz im Pauschalreise-recht nach Art. 18 PRG, JKR 2000, 158 ff.; STAUDER, L'insolvabilité de l'organisateur de voyages et la protection du consommateur, in: Foëx/Thévenoz (Hrsg.), Insolvenze, désendettement et redressement. Etudes réunies en l'honneur de Louis Dallèves, Genf 2000, 293 ff. (zit. FS Dallèves); DERS., Pauschalreise-recht in der Schweiz, DGfR Jahrbuch 1998, 21 ff. (zit. DGfR); DERS., Der Schutz des Konsumenten im E-Commerce, in: Trüeb (Hrsg.), Aktuelle Rechtsfragen des E-Commerce, Zürich 2001 139 ff. (zit. E-Commerce); DERS., Reiserecht, in: Kramer (Hrsg.), Konsumentenschutz im Privatrecht, in: Schweizerisches Privatrecht (SPR), Bd. X, Basel 2008, 291 ff. (zit. SPR X); STAUDER/LANGER/SCHAFFELHUBER, Die Entwicklung des europäischen Konsumentenrechts 1995–2001, JKR 2001, 216, 252 ff.; WERRO, Contrat de voyage à forfait et ... vacances gâchées! Y a-t-il un lien entre l'indemnité due et le contrat?, in: Tercier et al. (Hrsg.), FS für Peter Gauch, Zürich 2004, 695 ff.; WIEDE, Reiserecht, Zürich 2014; WIEGAND, Zwei Urteile des EuGH zu Pauschalreisen und ihre Bedeutung für die Schweiz, Jusletter vom 17.6.2002.

Ausland: BECHHOFFER, Reisevertragsrecht, München 1995; FÜHRICH, Reiserecht, 6. Aufl., München 2010; GRAZIANI-WEISS, Reiserecht in Österreich, Wien 1995; NIEHUUS, Der Reisevertrag, in: Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), Das Neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, Heidelberg 2002, § 11; PELLET, Die reisevertragliche Gewährleistung in Deutschland, England und Frankreich und die Auswirkungen der EG-Pauschalreiserrichtlinie, Frankfurt a.M. 1993; TONNER, Der Reisevertrag, Kommentar zu den §§ 651a–651m BGB, 5. Aufl., Neuwied 2007 (zit. Kommentar); DERS., Reiserecht in Europa, Neuwied usw. 1992 (zit. Reiserecht).

I. Umsetzung der EU-Richtlinie

- 1 Das Pauschalreisegesetz wurde im Rahmen des **Swisslex**-Programmes erlassen und auf den 1.7.1994 in Kraft gesetzt. Das Gesetz entspricht weitgehend dem Eurolex-Entwurf über die Pauschalreisen (BBl 1992 V 775 ff.), welcher seinerseits die europäische Richtlinie Nr. 90/314 (ABIEG Nr. L158 vom 23.6.1990, 59 ff.) in das schweizerische Recht umsetzen sollte. Die massgebenden Bestimmungen decken sich daher teilweise wörtlich mit der EU-Richtlinie. Dies ist insofern problematisch, als einzelne Bestimmungen der Richtlinie offensichtlich als Gesetzgebungsaufträge zu verstehen sind, die eine wörtliche Übernahme sinnvollerweise nicht zulassen. Deshalb kann «der eigentliche Sinn der PRG-Bestimmungen oftmals nur aus dem Vergleich mit denjenigen europäischen Rechtsnormen, welche ihrerseits der EG-Richtlinie den Stempel aufgedrückt haben, ermittelt werden» (MARTINELLI, 3 f.). In gesetzestechnischer Hinsicht vermag das PRG jedenfalls nicht zu überzeugen (vgl. MARTINELLI, 15 ff.; s.a. FRANK, Vor Art. 1 PRG N 19). Die EU-Kommission strebt zurzeit eine Anpassung der Richtlinie an und hat aus diesem Grund einen neuen Richtlinienentwurf erarbeitet und in die Vernehmlassung gegeben.
- 1a Gemäss der bundesgerichtlichen Rsp. hat der Nachvollzug von europäischem Recht zur Folge, dass das PRG «in Zweifelsfällen» europarechtskonform auszulegen ist (BGE 130 III 190 m.Nw.; 139 III 220; vgl. auch CHK-ZEITER/SCHLUMPF, N 2; i.E. auch TERCIER/FAVRE, N 6560). Liegt nach den anerkannten Auslegungsmethoden kein Zweifelsfall vor, besteht für die Berücksichtigung europäischen Rechts kein Raum (s. BGE 129 III 350; KLETT, recht 2008, 234 f. und 236). Insbesondere ist eine europakonforme Auslegung auf Kosten der Kohärenz der schweizerischen Rechtsordnung abzulehnen (vgl. auch KLETT, recht 2008, 234 f., 236; CHK-ZEITER/SCHLUMPF, Art. 14 PRG N 2).

II. Frühere Rechtslage

- 2 Vor Erlass des Gesetzes wurde der Pauschalreisevertrag als **Innominatkontrakt** qualifiziert (BGE 111 II 273; 115 II 477; CJ GE, SJ 1982, 577; OGer ZH, ZR 1984, 33; 1987, 131 = SJZ 1987, 135), wobei die Leistungspflichten nach der h.L. funktional dem Auftrag, dem Werkvertrag, der Miete und dem Kauf zuzuordnen sind (vgl. MARTINELLI, 28 f.; abw. ROBERTO, Haftung, 21 ff.).
- 3 Obwohl die Normen zum Pauschalreisevertrag nun in einem Sondergesetz niedergelegt sind, bilden sie doch Teil des allgemeinen Vertragsrechts und werden durch diese Vorschriften ergänzt (FRANK, Vor Art. 1 PRG N 20). Bei der **Auslegung** des PRG sind daher die früher in Lehre und Rsp. erarbeiteten Regeln zum Pauschalreisevertrag zu berücksichtigen.

