

Einführung ins Privatrecht

**Obligationenrecht Allgemeiner Teil
Obligationenrecht Besonderer Teil
Gesellschaftsrecht**

Prof. Dr. Andreas Binder
Prof. Dr. Thomas Geiser
Prof. Dr. Vito Roberto

© 2008

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----------|
| A. Überblick über ZGB und OR..... | 1 |
| 1. Allgemeines zum ZGB..... | 1 |
| 1.1 Entstehungsgeschichte und Merkmale des ZGB..... | 1 |
| 1.2 Das primäre ZGB..... | 1 |
| 1.3 Das OR – fünfter Teil des ZGB..... | 1 |
| 2. Die Einleitungsartikel des ZGB..... | 2 |
| 2.1 Inhalte und Charakter..... | 2 |
| 2.2 Art. 1 ZGB: Rechtsfindung..... | 3 |
| 2.2.1 Das Gesetzesrecht..... | 3 |
| 2.2.2 Gesetzeslücken..... | 7 |
| 2.2.3 Lückenfüllung..... | 7 |
| 2.3 Art. 2 ZGB: Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot..... | 7 |
| 2.3.1 Treu und Glauben..... | 7 |
| 2.3.2 Verbot des Rechtsmissbrauchs..... | 8 |
| 2.4 Art. 3 ZGB: Schutz des guten Glaubens..... | 9 |
| 2.5 Weitere Bestimmungen..... | 9 |
| 2.6 Art. 8 ZGB: Beweisregeln..... | 9 |
| 3. Personenrecht..... | 10 |
| 3.1 Natürliche Personen..... | 10 |
| 3.1.1 Rechtsfähigkeit..... | 10 |
| 3.1.2 Handlungsfähigkeit..... | 10 |
| 3.1.3 Wohnsitz..... | 11 |
| 3.2 Juristische Personen..... | 12 |
| 3.2.1 Überblick..... | 12 |
| 3.2.2 Allgemeines..... | 12 |
| 3.2.3 Anfang und Ende der Persönlichkeit..... | 13 |
| 3.2.4 Rechtsfähigkeit..... | 14 |
| 3.2.5 Handlungsfähigkeit..... | 14 |
| 3.2.6 Durchgriff..... | 14 |
| 3.2.7 Sitz der juristischen Person..... | 15 |
| 4. Rechtsquellen und Funktion des OR..... | 15 |
| 4.1 Funktion und Entstehung des Schweizerischen Obligationenrechts..... | 15 |
| 4.2 Rechtsquellen und Literatur..... | 16 |
| 4.2.1 Rechtsquellen..... | 16 |
| 4.2.2 Gesetzestexte und Literatur..... | 17 |
| 4.3 Funktion des OR..... | 20 |
| 4.3.1 Das liberale Modell des OR..... | 20 |
| 4.3.2 Hauptpfeiler des Vermögensrechts: OR und Sachenrecht..... | 21 |
| 5. Grundbegriffe des Obligationenrechts..... | 22 |
| 5.1 Rechtsgeschäft und Obligation..... | 22 |
| 5.1.1 Rechtsgeschäft..... | 22 |
| 5.1.2 Obligation..... | 22 |
| 5.2 Forderung und Leistungspflicht..... | 22 |
| 5.2.1 Forderung als klagbares Recht auf Leistung..... | 22 |
| 5.2.2 Arten von Leistungen..... | 23 |
| 5.2.3 Einzelfragen..... | 23 |

| | | |
|-------|---|----|
| 6. | Entstehungsgründe der Obligation | 24 |
| 6.1 | Allgemeines | 24 |
| 6.2 | Entstehung einer Obligation aus Rechtsgeschäft | 24 |
| 6.2.1 | Rechtsgeschäfte im Allgemeinen | 24 |
| 6.2.2 | Arten eines Rechtsgeschäfts | 25 |
| 6.2.3 | Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte | 26 |
| 6.3 | Entstehung einer Obligation aus Gesetz | 26 |
| 6.3.1 | Unerlaubte Handlung | 26 |
| 6.3.2 | Ungerechtfertigte Bereicherung | 28 |
| 6.4 | Culpa in contrahendo (c.i.c.) | 29 |
| 6.4.1 | Die c.i.c. im Allgemeinen | 29 |
| 6.4.2 | Die vorvertraglichen Pflichten | 30 |
| 6.4.3 | Die Haftungsvoraussetzungen | 31 |
| 6.5 | Andere gesetzliche Schuldverhältnisse | 31 |
| 6.6 | Die Entstehungsgründe von Schuldverhältnissen im Überblick | 31 |
| 6.7 | Rechtslage bei mehreren, gleichzeitig gegebenen Anspruchsgrundlagen | 31 |
| 6.7.1 | Anspruchskonkurrenz | 32 |
| 6.7.2 | Alternativität | 32 |
| 6.7.3 | Exklusivität | 32 |
| | Fragen und Fälle für das Selbststudium, Teil A | 33 |

B. OR AT I: Vertragsentstehung..... 35

| | | |
|-------|---|----|
| 1. | Vertragsfreiheit | 35 |
| 1.1 | Grundsatz der Vertragsfreiheit | 35 |
| 1.2 | Aspekte und Schranken der Vertragsfreiheit | 35 |
| 1.3 | Zwingendes und dispositives Recht | 35 |
| 2. | Vertragsabschluss im Allgemeinen | 36 |
| 2.1 | Begriff des Vertrages | 36 |
| 2.2 | Die Willenserklärung | 36 |
| 2.3 | Einigung (Konsens) und Nichteinigung (Dissens) | 38 |
| 2.3.1 | Natürlicher Konsens – Anwendung des Willensprinzips | 38 |
| 2.3.2 | Kein natürlicher Konsens – Auslegung nach dem Vertrauensprinzip | 39 |
| 2.4 | Die wesentlichen Vertragspunkte | 40 |
| 2.5 | Antrag | 41 |
| 2.6 | Annahme | 43 |
| 2.7 | Widerruf von Antrag und Annahme | 45 |
| 3. | Einzelfragen zum Vertragsabschluss | 46 |
| 3.1 | Falscherklärungen | 46 |
| 3.1.1 | Geheimer Vorbehalt (Mentalreservation) und Scherzerklärung | 46 |
| 3.1.2 | Scheingeschäft (Simulation) | 46 |
| 3.2 | Das kaufmännische Bestätigungsschreiben | 47 |
| 3.3 | Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) | 47 |
| 3.3.1 | Begriff und Bedeutung | 47 |
| 3.3.2 | Notwendigkeit des Einbezugs | 48 |
| 3.3.3 | Grenzen der Geltung von AGB | 48 |
| 3.4 | Auslegung und Ergänzung von Verträgen | 49 |
| 3.5 | Auslobung, Preisausschreiben und Submission | 50 |
| 3.5.1 | Auslobung und Preisausschreiben | 50 |

| | | |
|-------|---|----|
| 3.5.2 | Submission (Ausschreiben von Vertragsleistungen)..... | 50 |
| 3.6 | Option..... | 51 |
| 3.7 | Vorvertrag..... | 51 |
| 3.8 | Schuldbekennnis..... | 52 |
| 4. | Form der Verträge..... | 52 |
| 4.1 | Grundsatz: Formfreiheit..... | 52 |
| 4.2 | Ausnahme: Die gesetzlichen Formvorschriften..... | 53 |
| 4.3 | Arten gesetzlicher Formvorschriften..... | 53 |
| 4.3.1 | Einfache Schriftlichkeit..... | 54 |
| 4.3.2 | Qualifizierte Schriftlichkeit..... | 55 |
| 4.3.3 | Öffentliche Beurkundung..... | 55 |
| 4.4 | Rechtsfolgen eines Formmangels..... | 55 |
| 4.4.1 | Nichtigkeit..... | 55 |
| 4.4.2 | Konversion..... | 56 |
| 4.4.3 | Rückabwicklung..... | 56 |
| 5. | Zulässiger Vertragsinhalt..... | 57 |
| 5.1 | Grundsatz und Grenzen der Inhaltsfreiheit..... | 57 |
| 5.2 | Widerrechtlichkeit..... | 58 |
| 5.3 | Sittenwidrigkeit..... | 59 |
| 5.4 | Unmöglichkeit..... | 60 |
| 5.5 | Rechtsfolgen der Rechtswidrigkeit, Sittenwidrigkeit oder Unmöglichkeit..... | 61 |
| 5.6 | Übervorteilung..... | 62 |
| 6. | Willensmängel beim Vertragsabschluss..... | 63 |
| 6.1 | Begriff und Arten..... | 63 |
| 6.2 | Irrtum..... | 64 |
| 6.2.1 | Erklärungsirrtum..... | 64 |
| 6.2.2 | Motivirrtum und Grundlagenirrtum..... | 66 |
| 6.3 | Absichtliche Täuschung..... | 67 |
| 6.4 | Drohung (Furchterregung)..... | 68 |
| 6.5 | Geltendmachung des Mangels..... | 69 |
| 7. | Stellvertretung..... | 70 |
| 7.1 | Voraussetzungen der direkten Stellvertretung..... | 70 |
| 7.1.1 | Vertretungsbefugnis..... | 70 |
| 7.1.2 | Handeln im Namen des Vertretenen..... | 72 |
| 7.1.3 | Vertretungsfreundlicher Vertrag..... | 73 |
| 7.1.4 | Urteilsfähigkeit des Vertreters..... | 73 |
| 7.2 | Wirkung der direkten Stellvertretung..... | 73 |
| 7.3 | Haftungsfragen bei Nichteintritt der Vertretungswirkung aufgrund fehlender Vollmacht..... | 73 |
| 7.3.1 | Haftung des vollmachtlosen Vertreters (Art. 39 OR)..... | 73 |
| 7.3.2 | Haftung des Vertretenen (Art. 36 Abs. 2 OR)..... | 74 |
| 7.4 | Arten der Vollmacht..... | 74 |
| 7.5 | Abgrenzungen..... | 75 |
| 7.5.1 | Indirekte Stellvertretung..... | 75 |
| 7.5.2 | Botenschaft..... | 75 |
| 7.6 | Selbstkontrahieren und Doppelkontrahieren..... | 76 |
| 7.7 | Vertretung bei juristischen Personen..... | 76 |
| | Fragen und Fälle für das Selbststudium, Teil B..... | 77 |

| | |
|--|-----------|
| C. OR AT II: Vertragserfüllung und Vertragsverletzung | 79 |
| 1. Vertragserfüllung..... | 79 |
| 1.1 Allgemeines..... | 79 |
| 1.1.1 Inhalt der Leistungspflicht..... | 79 |
| 1.1.2 Person des Leistenden..... | 80 |
| 1.1.3 Person des Leistungsempfängers..... | 81 |
| 1.1.4 Erfüllungsort..... | 81 |
| 1.1.5 Erfüllungszeit..... | 82 |
| 1.1.6 Sonderfälle der Erfüllung..... | 84 |
| 2. Vertragsverletzung..... | 85 |
| 2.1 Schuldnerverzug..... | 85 |
| 2.1.1 Voraussetzungen des Verzuges..... | 85 |
| 2.1.2 Allgemeine Verzugsfolgen..... | 87 |
| 2.1.3 Besondere Verzugsfolgen bei Austauschverträgen..... | 88 |
| 2.2 Nichterfüllung (Unmöglichkeit)..... | 91 |
| 2.2.1 Begriff der Unmöglichkeit..... | 91 |
| 2.2.2 Rechtsfolgen der Unmöglichkeit..... | 92 |
| 2.3 Schlechterfüllung (positive Vertragsverletzung)..... | 95 |
| 2.3.1 Begriff der Schlechterfüllung..... | 95 |
| 2.3.2 Rechtsfolgen der Schlechterfüllung..... | 95 |
| 2.4 Gläubigerverzug..... | 96 |
| 2.4.1 Voraussetzungen (Art. 91 OR)..... | 96 |
| 2.4.2 Rechtsfolgen (Art. 92 bis 95 OR)..... | 97 |
| 2.5 Haftung für Hilfspersonen..... | 99 |
| 2.5.1 Die Hilfsperson..... | 99 |
| 2.5.2 Funktioneller Zusammenhang..... | 99 |
| 2.5.3 Hypothetische Vorwerfbarkeit..... | 100 |
| 2.5.4 Wegbedingung der Haftung..... | 100 |
| 2.5.5 Abgrenzung zur Organhaftung..... | 100 |
| 2.5.6 Beispiele für Hilfspersonen..... | 100 |
| 3. Beendigung der Obligation..... | 101 |
| 3.1 Untergangsgründe für Obligationen – Übersicht..... | 101 |
| 3.2 Erfüllung..... | 101 |
| 3.3 Verrechnung..... | 102 |
| 3.4 Weitere Arten des Erlöschens von Forderungen..... | 103 |
| 3.4.1 Erlass..... | 103 |
| 3.4.2 Neuerung (Novation)..... | 103 |
| 3.4.3 Vereinigung (Konfusion)..... | 103 |
| 3.4.4 Aufhebung des Vertrags..... | 103 |
| 3.4.5 Unmöglichkeit..... | 103 |
| 3.4.6 Verwirkung..... | 104 |
| 3.5 Verjährung..... | 105 |
| 3.5.1 Begriff und Voraussetzungen..... | 105 |
| 3.5.2 Verjährungsfristen..... | 105 |
| 3.5.3 Der Fristenlauf bei der Verjährung..... | 106 |
| 3.5.4 Stillstand und Unterbrechung der Verjährung..... | 106 |
| 4. Beteiligung mehrerer Personen an der Obligation..... | 106 |
| 4.1 Vertrag zugunsten Dritter..... | 106 |
| 4.2 Vertrag über die Leistung eines Dritten (Garantievertrag)..... | 108 |

| | | |
|-----------|---|------------|
| 4.3 | Mehrheit von Schuldnern | 108 |
| 4.4 | Wechsel der Beteiligten | 109 |
| 4.4.1 | Abtretung (Zession) | 109 |
| 4.4.2 | Schuldübernahme | 111 |
| 4.4.3 | Vertragsübernahme | 112 |
| | Fragen und Fälle für das Selbststudium, Teil C..... | 113 |
| D. | Besondere Vertragsverhältnisse (OR BT)..... | 115 |
| 1. | Der Kaufvertrag | 115 |
| 1.1 | Allgemeines | 115 |
| 1.1.1 | Begriff | 115 |
| 1.1.2 | Anwendbare Bestimmungen | 115 |
| 1.1.3 | Abgrenzung von anderen Verträgen | 115 |
| 1.1.4 | Form des Kaufvertrags | 115 |
| 1.1.5 | Inhalt des Kaufvertrags | 116 |
| 1.2 | Der Fahriskauf im Allgemeinen | 116 |
| 1.2.1 | Stückkauf und Gattungskauf | 116 |
| 1.2.2 | Nutzen und Gefahr | 117 |
| 1.2.3 | Incoterms | 118 |
| 1.3 | Pflichten der Parteien | 118 |
| 1.3.1 | Pflichten des Käufers | 118 |
| 1.3.2 | Pflichten des Verkäufers | 118 |
| 1.4 | Sachgewährleistung | 118 |
| 1.4.1 | Allgemeines | 119 |
| 1.4.2 | Haftungsvoraussetzungen | 120 |
| 1.4.3 | Vertraglicher Gewährleistungsausschluss (Wegbedingung) | 121 |
| 1.4.4 | Ansprüche des Käufers im Allgemeinen | 122 |
| 1.4.5 | Wandelung | 122 |
| 1.4.6 | Minderung | 123 |
| 1.4.7 | Nachlieferung | 124 |
| 1.4.8 | Schadenersatz | 124 |
| 1.4.9 | Konkurrierende Ansprüche | 124 |
| 1.4.10 | Verjährung | 125 |
| 1.5 | Rechtsgewährleistung | 125 |
| 1.6 | Verzug und Nichterfüllung | 125 |
| 1.7 | Besondere Arten von Kaufverträgen | 126 |
| 1.7.1 | Der Grundstückkauf | 126 |
| 1.7.2 | Steigerungskauf (Art. 229 bis 236 OR) | 126 |
| 1.8 | Das UN-Kaufrecht (Wiener Kaufrecht, WKR) | 127 |
| 2. | Der Mietvertrag | 127 |
| 2.1 | Allgemeines | 127 |
| 2.1.1 | Begriff und Geltungsbereich | 127 |
| 2.1.2 | Abgrenzungen | 128 |
| 2.2 | Entstehung des Mietvertrages | 129 |
| 2.2.1 | Formvorschriften | 129 |
| 2.2.2 | Die Parteien eines Mietverhältnisses | 129 |
| 2.3 | Die Pflichten des Vermieters | 130 |
| 2.3.1 | Übergabe und Überlassen einer gebrauchstauglichen Sache | 130 |
| 2.3.2 | Mängelhaftung des Vermieters | 130 |
| 2.4 | Die Pflichten des Mieters | 131 |

| | | |
|-------|--|-----|
| 2.4.1 | Zahlung des Mietzinses | 131 |
| 2.4.2 | Weitere Mieterpflichten | 132 |
| 2.5 | Beendigung des Mietverhältnisses | 132 |
| 2.5.1 | Die Kündigung..... | 132 |
| 2.5.2 | Kündigungsform..... | 133 |
| 2.5.3 | Rückgabe der Mietsache | 133 |
| 2.5.4 | Rückgabe der Sache vor Vertragsablauf | 133 |
| 2.6 | Untermiete..... | 133 |
| 2.7 | Eigentümerwechsel..... | 134 |
| 2.8 | Mieterschutz..... | 134 |
| 2.8.1 | Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen | 134 |
| 2.8.2 | Kündigungsschutz | 135 |
| 3. | Der Werkvertrag..... | 135 |
| 3.1 | Begriff und Geltungsbereich | 135 |
| 3.2 | Abgrenzungen..... | 136 |
| 3.2.1 | Zum Kaufvertrag | 136 |
| 3.2.2 | Zum Auftrag..... | 136 |
| 3.2.3 | Zum Arbeitsvertrag | 136 |
| 3.3 | Pflichten des Unternehmers | 137 |
| 3.3.1 | Im Allgemeinen..... | 137 |
| 3.3.2 | Sorgfaltspflicht betreffend den Stoff | 137 |
| 3.3.3 | Rechtzeitige Vornahme und vertragsgemäße Ausführung der Arbeit | 137 |
| 3.3.4 | Voraussetzungen der Gewährleistungspflicht | 138 |
| 3.3.5 | Die Ansprüche des Bestellers..... | 139 |
| 3.3.6 | Freizeichnung | 140 |
| 3.4 | Die Pflichten des Bestellers | 140 |
| 3.4.1 | Annahme und Abnahme..... | 140 |
| 3.4.2 | Zahlung des Werklohnes | 141 |
| 3.4.3 | Höhe der Vergütung..... | 141 |
| 3.5 | Beendigung des Werkvertrages | 142 |
| 3.5.1 | Überschreiten des Kostenansatzes | 142 |
| 3.5.2 | Rücktritt des Bestellers..... | 142 |
| 3.5.3 | Unmöglichkeit der Erfüllung | 142 |
| 4. | Der Auftrag | 144 |
| 4.1 | Allgemeines | 144 |
| 4.1.1 | Begriff und Geltungsbereich | 144 |
| 4.1.2 | Abgrenzungen | 144 |
| 4.1.3 | Auftrag und Vollmacht | 146 |
| 4.1.4 | Entstehung und Inhalt des Auftrages | 147 |
| 4.2 | Pflichten des Beauftragten | 148 |
| 4.2.1 | Allgemeines..... | 148 |
| 4.2.2 | Vertragsgemäße Ausführung..... | 148 |
| 4.2.3 | Sorgfaltsmassstab..... | 150 |
| 4.2.4 | Rechenschafts- und Erstattungspflicht..... | 150 |
| 4.3 | Pflichten des Auftraggebers..... | 150 |
| 4.3.1 | Allgemeines..... | 150 |
| 4.3.2 | Leisten einer Vergütung und Auslagenersatz..... | 151 |
| 4.4 | Beendigung des Auftrages..... | 151 |
| 4.4.1 | Jederzeitiger Widerruf | 151 |
| 4.4.2 | Schadenersatz bei Widerruf oder Kündigung zur Unzeit..... | 152 |

| | | |
|--|--|------------|
| 5. | Nominat- und Innominatverträge | 152 |
| 5.1 | Allgemeines | 152 |
| 5.2 | Arten von Innominatverträgen | 153 |
| 5.2.1 | Äusserliche Vertragsverbindung | 153 |
| 5.2.2 | Zusammengesetzter Vertrag | 153 |
| 5.2.3 | Gemischter Vertrag | 154 |
| 5.2.4 | Vertrag sui generis | 154 |
| 5.3 | Rechtsanwendung bei gesetzlich nicht geregelten Verträgen | 154 |
| | Fragen und Fälle für das Selbststudium, Teil D | 156 |
| E. Gesellschaftsrecht I: Grundlagen und Rechtsgemeinschaften (Personengesellschaften) | | 159 |
| 1. | Begriff der Gesellschaft | 159 |
| 1.1 | Personenvereinigung | 159 |
| 1.2 | Vertragliche Basis | 160 |
| 1.2.1 | Konsensprinzip | 160 |
| 1.2.2 | Die fehlerhafte Gesellschaft (faktische Gesellschaft) | 160 |
| 1.2.3 | Abgrenzung von öffentlich-rechtlichen Personenvereinigungen und privatrechtlichen Interessengemeinschaften | 160 |
| 1.3 | Gemeinsame Zweckbestimmung | 161 |
| 1.3.1 | animus societatis | 161 |
| 1.3.2 | Abgrenzung gegenüber zweiseitigen Schuldverträgen | 161 |
| 1.3.3 | Abgrenzung gegenüber vertraglich begründeten privatrechtlichen Personenverbindungen | 162 |
| 1.3.4 | Funktion des Gesellschaftszwecks | 162 |
| 1.3.5 | Zulässige/Unzulässige Zwecke | 163 |
| 2. | Die verschiedenen Gesellschaftsformen: Übersicht und Charakterisierung | 163 |
| 2.1 | Organisationsfreiheit und Prinzip des numerus clausus im Gesellschaftsrecht | 163 |
| 2.2 | Die Gesellschaftsformen des schweizerischen Rechts | 164 |
| 2.3 | Rechtsgemeinschaften und Körperschaften | 164 |
| 2.3.1 | Grundsätzliche Unterscheidung | 164 |
| 2.3.2 | Juristische Person | 165 |
| 2.3.3 | Unterschiede zwischen Rechtsgemeinschaften und Körperschaften | 166 |
| 2.4 | Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften | 167 |
| 2.5 | Wirtschaftliche/Nichtwirtschaftliche Zweckverfolgung; Kaufmännische Unternehmen | 169 |
| 2.5.1 | Wirtschaftliche/Nichtwirtschaftliche Zweckverfolgung | 169 |
| 2.5.2 | Das kaufmännische Unternehmen | 169 |
| 2.6 | Umstrukturierungen | 171 |
| 3. | Unternehmen vs. Gesellschaft | 171 |
| 3.1 | Das Unternehmen aus betriebswirtschaftlicher und rechtlicher Sicht | 171 |
| 3.1.1 | Betriebswirtschaftliche Definition des Unternehmens | 171 |
| 3.1.2 | Rechtliche Definition des Unternehmens | 172 |
| 3.2 | Bruchstückhafte Regelung des Rechts des Unternehmens | 172 |
| 3.3 | Handelsregister | 172 |
| 3.3.1 | Funktionen | 172 |
| 3.3.2 | Eintragungsverfahren | 173 |
| 3.3.3 | Eintragungspflicht und -recht | 173 |
| 3.3.4 | Eintragungswirkung | 173 |
| 3.3.5 | Beispiel eines Handelsregisterauszuges | 175 |
| 3.4 | Firma | 178 |
| 3.4.1 | Allgemeines | 178 |

| | | |
|-------|---|-----|
| 3.4.2 | Firmenkern und Zusätze..... | 178 |
| 3.4.3 | Schranken der Firmenbildung..... | 178 |
| 3.4.4 | Schutz der Firma..... | 180 |
| 3.5 | Buchführung..... | 180 |
| 3.5.1 | Allgemeines..... | 180 |
| 3.5.2 | Buchführungs- und Bilanzgrundsätze..... | 181 |
| 3.5.3 | Formelle Buchführungsvorschriften..... | 181 |
| 3.5.4 | Spezielle Bestimmungen für einzelne Gesellschaften..... | 181 |
| 3.6 | Handelsrechtliche Vollmachten..... | 182 |
| 3.6.1 | Allgemeines..... | 182 |
| 3.6.2 | Die Prokura..... | 182 |
| 3.6.3 | Die Handlungsvollmacht..... | 183 |
| 4. | Einfache Gesellschaft..... | 184 |
| 4.1 | Definition und Grundzüge..... | 184 |
| 4.1.1 | Art. 530 OR..... | 184 |
| 4.1.2 | Rechts- und Handlungsfähigkeit..... | 185 |
| 4.1.3 | Subsidiärform im Gesellschaftsrecht (Art. 530 Abs. 2 OR)..... | 185 |
| 4.1.4 | Innenverhältnis/Geschäftsführung/Vertretungsbefugnis vs. Aussenverhältnis/Vertretung/Vertretungsmacht..... | 186 |
| 4.2 | Innenverhältnis..... | 187 |
| 4.2.1 | Beiträge der einzelnen Gesellschafter, Gewinn- und Verlustanteil..... | 187 |
| 4.2.2 | Willensbildung..... | 188 |
| 4.3 | Aussenverhältnis..... | 189 |
| 4.3.1 | Vertretung..... | 189 |
| 4.3.2 | Haftung..... | 191 |
| 4.4 | Entstehung und Beendigung..... | 191 |
| 4.4.1 | Entstehung..... | 191 |
| 4.4.2 | Beendigung..... | 191 |
| 4.4.3 | Gesellschafterwechsel..... | 193 |
| 4.5 | Stille Gesellschaft..... | 193 |
| 5. | Kollektivgesellschaft..... | 194 |
| 5.1 | Definition und Grundzüge..... | 194 |
| 5.1.1 | Art. 552 Abs. 1 OR..... | 194 |
| 5.1.2 | Rechts- und Handlungsfähigkeit..... | 194 |
| 5.1.3 | Abgrenzung gegenüber der einfachen Gesellschaft..... | 195 |
| 5.2 | Innenverhältnis..... | 195 |
| 5.2.1 | Beiträge der einzelnen Gesellschafter, Gewinn- und Verlustanteil..... | 196 |
| 5.2.2 | Willensbildung..... | 196 |
| 5.3 | Aussenverhältnis..... | 197 |
| 5.3.1 | Im Allgemeinen..... | 197 |
| 5.3.2 | Vertretung..... | 197 |
| 5.3.3 | Haftung..... | 198 |
| 5.4 | Entstehung und Beendigung..... | 199 |
| 5.4.1 | Entstehung..... | 199 |
| 5.4.2 | Beendigung..... | 199 |
| 5.4.3 | Gesellschafterwechsel..... | 200 |
| 6. | Kommanditgesellschaft..... | 201 |
| 6.1 | Definition und Grundzüge..... | 201 |
| 6.1.1 | Art. 594 Abs. 1 OR..... | 201 |
| 6.1.2 | Rechts- und Handlungsfähigkeit..... | 201 |
| 6.1.3 | Komplementär und Kommanditär..... | 201 |

| | | |
|-----------|---|------------|
| 6.1.4 | Abgrenzung gegenüber der einfachen Gesellschaft..... | 202 |
| 6.1.5 | Abgrenzung gegenüber der Kollektivgesellschaft..... | 202 |
| 6.2 | Innenverhältnis..... | 203 |
| 6.2.1 | Beiträge der einzelnen Gesellschafter, Gewinn- und Verlustanteil..... | 203 |
| 6.2.2 | Willensbildung..... | 204 |
| 6.3 | Aussenverhältnis..... | 205 |
| 6.3.1 | Im Allgemeinen..... | 205 |
| 6.3.2 | Vertretung..... | 206 |
| 6.3.3 | Haftung..... | 206 |
| 6.4 | Entstehung und Beendigung..... | 207 |
| 6.4.1 | Entstehung..... | 207 |
| 6.4.2 | Beendigung..... | 207 |
| 6.4.3 | Gesellschafterwechsel..... | 207 |
| 6.5 | Hauptunterschiede der Kommanditgesellschaft gegenüber der Kollektivgesellschaft..... | 208 |
| | Fragen und Fälle für das Selbststudium, Teil E..... | 209 |
| F. | Gesellschaftsrecht II: Körperschaften..... | 211 |
| 1. | Aktiengesellschaft..... | 211 |
| 1.1 | Begriff und Charakterisierung..... | 211 |
| 1.2 | Schutz des Eigenkapitals..... | 212 |
| 1.2.1 | Übersicht, Begriffe..... | 212 |
| 1.2.2 | Vorschriften zur richtigen Ermittlung des Eigenkapitals..... | 214 |
| 1.2.3 | Vorschriften zur Sicherung des Bestandes des Eigenkapitals..... | 218 |
| 1.2.4 | Haftungsvorschriften..... | 220 |
| 1.3 | Gründung..... | 220 |
| 1.3.1 | Aktienkapital und Aktie..... | 220 |
| 1.3.2 | Anzahl Gründer/Einpersonen-AG..... | 221 |
| 1.3.3 | Statuten..... | 221 |
| 1.3.4 | Zeichnung und Liberierung der Aktien sowie Bestellung der Organe..... | 221 |
| 1.3.5 | Errichtungsakt..... | 222 |
| 1.3.6 | Eintragung im Handelsregister/Rechtspersönlichkeit..... | 222 |
| 1.4 | Organisation..... | 222 |
| 1.4.1 | Gesetzlich vorgeschriebene Organe..... | 222 |
| 1.4.2 | Weitere Organe..... | 222 |
| 1.4.3 | Paritätsprinzip..... | 222 |
| 1.5 | Generalversammlung..... | 223 |
| 1.5.1 | Befugnisse..... | 223 |
| 1.5.2 | Einberufung und Durchführung..... | 223 |
| 1.5.3 | Beschlussfassung..... | 224 |
| 1.6 | Verwaltungsrat..... | 226 |
| 1.6.1 | Weitgehende Gestaltungsfreiheit in der Organisation der obersten Unternehmensführung..... | 226 |
| 1.6.2 | Die unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrates..... | 227 |
| 1.6.3 | Delegation von Aufgaben..... | 228 |
| 1.6.4 | Zusammensetzung und Rechtsstellung..... | 230 |
| 1.6.5 | Einberufung, Durchführung und Beschlussfassung..... | 230 |
| 1.7 | Verantwortlichkeit..... | 231 |
| 1.7.1 | Übersicht..... | 231 |
| 1.7.2 | Haftung für den Emissionsprospekt..... | 231 |
| 1.7.3 | Gründungshaftung..... | 231 |
| 1.7.4 | Haftung für Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation..... | 232 |
| 1.7.5 | Revisionshaftung..... | 233 |

| | | |
|--------|--|-----|
| 1.7.6 | Durchsetzung der Ansprüche (Aktiv- und Passivlegitimation)..... | 233 |
| 1.8 | Aktionär..... | 236 |
| 1.8.1 | Pflichten des Aktionärs..... | 236 |
| 1.8.2 | Rechte des Aktionärs..... | 237 |
| 1.9 | Aktie..... | 240 |
| 1.9.1 | Begriff der Aktie..... | 240 |
| 1.9.2 | Grundsatz der freien Übertragbarkeit von Aktien..... | 240 |
| 1.9.3 | Gesetzliche Vinkulierung..... | 241 |
| 1.9.4 | Statutarische Vinkulierung nicht börsenkotierter Namenaktien..... | 241 |
| 1.9.5 | Statutarische Vinkulierung börsenkotierter Namenaktien..... | 242 |
| 1.9.6 | Aktienbuch..... | 244 |
| 1.10 | Revisionsstelle..... | 244 |
| 1.10.1 | Neue Regeln zum Revisions- und Revisionsaufsichtsrecht seit 2008..... | 244 |
| 1.10.2 | Revisionspflicht: Ordentliche und eingeschränkte Revision..... | 245 |
| 1.10.3 | Wahl und Befähigung..... | 245 |
| 1.10.4 | Unabhängigkeit..... | 246 |
| 1.10.5 | Aufgaben..... | 246 |
| 1.11 | Auflösung, Liquidation, Umstrukturierung..... | 247 |
| 1.11.1 | Auflösung..... | 247 |
| 1.11.2 | Liquidation..... | 247 |
| 1.11.3 | Umstrukturierung..... | 248 |
| 1.12 | Konzern..... | 251 |
| 1.12.1 | Übersicht..... | 251 |
| 1.12.2 | Zentrale rechtliche Problembereiche im Konzern..... | 252 |
| 1.12.3 | Holdingsgesellschaft, Zweigniederlassung..... | 254 |
| 1.13 | Aktionärsbindungsvertrag..... | 255 |
| 1.13.1 | Wesen und Bedeutung..... | 255 |
| 1.13.2 | Zulässigkeit und Wirkung..... | 255 |
| 1.14 | Börsen-Gesellschaftsrecht..... | 256 |
| 1.14.1 | Regelungsinhalt des Börsengesetzes..... | 256 |
| 1.14.2 | Rechnungslegung und Ad hoc-Publizität..... | 256 |
| 1.14.3 | Offenlegung von Beteiligungen (Meldepflicht)..... | 257 |
| 1.14.4 | Öffentliches Kaufangebot..... | 257 |
| 1.14.5 | Eingriffe in die Kompetenzen des Verwaltungsrates im Rahmen eines öffentlichen Kaufangebots..... | 257 |
| 1.14.6 | Ausschlussrecht (Squeeze out)..... | 258 |
| 1.14.7 | Corporate Governance..... | 259 |
| 1.14.8 | Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (SCBP) vom 1. Juli 2002 (aktualisiert 21. Februar 2008) (Auszug)..... | 270 |
| 2. | Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)..... | 273 |
| 2.1 | Definition und Grundzüge..... | 273 |
| 2.2 | Stammkapital und Stammeinlage..... | 273 |
| 2.3 | Gründung..... | 275 |
| 2.4 | Organisation..... | 275 |
| 2.4.1 | Gesellschafterversammlung..... | 276 |
| 2.4.2 | Geschäftsführung..... | 277 |
| 2.4.3 | Revisionsstelle..... | 278 |
| 2.5 | Gesellschafter..... | 278 |
| 2.5.1 | Pflichten..... | 278 |
| 2.5.2 | Rechte..... | 279 |
| 2.5.3 | Mitgliedschaftswechsel..... | 280 |
| 2.6 | Auflösung, Liquidation, Umstrukturierung..... | 281 |

| | |
|--|-----|
| 3. Kommanditaktiengesellschaft | 281 |
| 4. Genossenschaft | 282 |
| 4.1 Definition und Grundzüge | 282 |
| 4.2 Gründung | 282 |
| 4.3 Organisation | 282 |
| 4.3.1 Generalversammlung | 283 |
| 4.3.2 Verwaltung | 283 |
| 4.3.3 Revisionsstelle | 283 |
| 4.4 Genossenschafter | 284 |
| 4.4.1 Pflichten | 284 |
| 4.4.2 Rechte | 284 |
| 4.4.3 Mitgliedschaftswechsel | 284 |
| 4.5 Auflösung und Liquidation | 285 |
| 5. Verein | 285 |
| 5.1 Definition und Grundzüge | 285 |
| 5.2 Organisation | 286 |
| 5.3 Mitgliedschaft und Rechtsstellung der Mitglieder | 286 |
| 5.4 Entstehung und Beendigung | 287 |
| Fragen und Fälle für das Selbststudium, Teil F | 288 |
| Antworten zu den Fragen und Fällen Teil A | 289 |
| Antworten zu den Fragen und Fällen Teil B | 292 |
| Antworten zu den Fragen und Fällen Teil C | 295 |
| Antworten zu den Fragen und Fällen Teil D | 299 |
| Antworten zu den Fragen und Fällen Teil E | 303 |
| Antworten zu den Fragen und Fällen Teil F | 305 |

Abbildungsverzeichnis

| | | |
|----------|--|-----|
| Abb. 1: | Rechtsfindung im Überblick | 2 |
| Abb. 2: | Anwendungsbereich der Einleitungsartikel im Überblick | 3 |
| Abb. 3: | Normenhierarchie | 3 |
| Abb. 4: | Treu und Glauben und das Vertrauensprinzip | 8 |
| Abb. 5: | Rechts- und Handlungsfähigkeit | 10 |
| Abb. 6: | Beschränkungen der Handlungsfähigkeit | 11 |
| Abb. 7: | Der Wohnsitz | 12 |
| Abb. 8: | Die juristischen Personen | 12 |
| Abb. 9: | Gebilde mit und ohne Rechtspersönlichkeit | 13 |
| Abb. 10: | Das Vermögensrecht | 21 |
| Abb. 11: | Die unvollkommenen Obligationen | 23 |
| Abb. 12: | Entstehungsgründe der Obligation | 24 |
| Abb. 13: | Arten von Rechtsgeschäften | 25 |
| Abb. 14: | Die Entstehungsgründe der Obligationen und ihre Häufigkeit in der Praxis | 31 |
| Abb. 15: | Dissens | 40 |
| Abb. 16: | Wesentliche Vertragspunkte | 41 |
| Abb. 17: | Die Bedeutung von Schweigen auf einen Antrag | 44 |
| Abb. 18: | Geheimer Vorbehalt, Simulation und Scherzerklärung | 46 |
| Abb. 19: | Die Unklarheits- und Ungewöhnlichkeitsregel | 49 |
| Abb. 20: | Der Vorvertrag (Abgrenzung) | 52 |
| Abb. 21: | Die gesetzlichen Formvorschriften | 54 |
| Abb. 22: | Nominat-, Innominat- und zusammengesetzte Verträge | 57 |
| Abb. 23: | Unmöglichkeit der Erfüllung | 60 |
| Abb. 24: | Die Willensmängel | 63 |
| Abb. 25: | Erklärungs- und Motivirrtum | 64 |
| Abb. 26: | Direkte (unmittelbare, echte) Stellvertretung, Tafel 31 A, Schulin/Vogt, Tafeln zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 1999 | 70 |
| Abb. 27: | Indirekte (mittelbare, unechte) Stellvertretung (dargestellt am Beispiel der Kommission), Tafel 31 B, Schulin/Vogt | 75 |
| Abb. 28: | Wahlrechte des Gläubigers beim Schuldnerverzug bei vollkommen zweiseitigen Verträgen | 91 |
| Abb. 29: | Übersicht über die Rechtsfolgen der Nichterfüllung | 94 |
| Abb. 30: | Der Anwendungsbereich von Art. 97 OR (Ersatzpflicht des Schuldners bei Ausbleiben der Erfüllung) | 96 |
| Abb. 31: | Wahlrechte des Schuldners bei Gläubigerverzug | 98 |
| Abb. 32: | Rechtsverhältnisse bei der Verrechnung zweier Forderungen | 102 |
| Abb. 33: | Rechtsverhältnisse beim Vertrag zugunsten Dritter | 107 |
| Abb. 34: | Mögliche Konstellationen bei Schuldverhältnissen mit mehreren Schuldner | 109 |
| Abb. 35: | Gefahrtragung beim Kauf | 117 |
| Abb. 36: | Sach- und Rechtsmängel: Gegenüberstellung | 119 |
| Abb. 37: | Das Verhältnis von Sachmangel und Nichterfüllung | 119 |
| Abb. 38: | Offene und verdeckte Mängel | 121 |
| Abb. 39: | Mängelrechte | 122 |
| Abb. 40: | Berechnung des Minderungspreises nach der relativen Methode | 123 |
| Abb. 41: | Mängelrechte im Mietrecht | 131 |
| Abb. 42: | Anfechtung des Mietzinses am Anfang und während des Mietverhältnisses, sowie von Mietzinserhöhungen | 135 |
| Abb. 43: | zeitlicher Rückstand bei der Erfüllung des Werkvertrags | 138 |
| Abb. 44: | Mängelrechte beim Werkvertrag | 139 |
| Abb. 45: | Überschreiten des Kostenvoranschlags beim Werkvertrag | 142 |
| Abb. 46: | Gefahrtragung beim Werkvertrag | 143 |
| Abb. 47: | Unmöglichkeit der Erfüllung des Werkvertrags | 144 |
| Abb. 48: | Hilfsperson oder Substitut? Abgrenzung und Haftungsverhältnisse | 149 |
| Abb. 49: | Nominat- und Innominatverträge | 153 |
| Abb. 50: | Übersicht über die Gesellschaftsformen | 168 |

| | | |
|----------|--|-----|
| Abb. 51: | Beispiel eines Handelsregisterauszuges..... | 175 |
| Abb. 52: | Einfache Gesellschaft als Auffangbecken im Gesellschaftsrecht..... | 184 |
| Abb. 53: | Innenverhältnis vs. Aussenverhältnis..... | 186 |
| Abb. 54: | Vorschriften zum Schutz des Eigenkapitals..... | 212 |
| Abb. 55: | Eigenkapital..... | 213 |
| Abb. 56: | Eigenkapital..... | 213 |
| Abb. 57: | Bruttovermögen, Nettovermögen..... | 213 |
| Abb. 58: | Kapitalverlust..... | 219 |
| Abb. 59: | Überschuldung..... | 220 |
| Abb. 60: | Organe..... | 223 |
| Abb. 61: | Rechte und Pflichten des Aktionärs..... | 236 |
| Abb. 62: | Aktienverkauf..... | 244 |
| Abb. 63: | Richtlinien betreffend Informationen zur Corporate Governance..... | 261 |
| Abb. 64: | Zweckverfolgung und kaufmännische Tätigkeit des Vereins..... | 286 |

A. Überblick über ZGB und OR

1. Allgemeines zum ZGB

1.1 Entstehungsgeschichte und Merkmale des ZGB

Der Vorentwurf zu einem gesamtschweizerischen ZGB wurde von Eugen Huber verfasst und 1904 der Bundesversammlung vorgelegt. Die vielerorts befürchteten Meinungsverschiedenheiten zwischen Romands und Deutschschweizern blieben aus. Am 10. Dezember 1907 wurde das ZGB **einstimmig in beiden Räten angenommen**. Es trat zusammen mit dem erstmals revidierten OR, das in Grundzügen bereits bestand, am 1. Januar 1912 in Kraft.

Das ZGB zeigt in vielen Bereichen typisch schweizerische Züge. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte das ZGB ein Gesetzbuch für das *Volk* werden. Seine Bestimmungen sind deshalb einfach und verständlich formuliert. Jedermann sollte auch ohne juristische Bildung in der Lage sein, die entsprechenden Bestimmungen im ZGB zu finden und zu verstehen. Aus diesem Grund musste das Gesetz lückenhaft bleiben. Es regelt nur die wichtigsten Fälle und überlässt es den Gerichten und der Lehre, den Grundsatz auf seine Anwendbarkeit bezüglich anderer Fälle zu untersuchen.

Eine besondere Eigenschaft des ZGB ist die Dreisprachigkeit des Textes. Obwohl dadurch die Auslegung des Textes oftmals erschwert wird, erleichtert es die Gesetzesbefolgung und die Rechtsprechung in den einzelnen Sprachgebieten der Schweiz. Obwohl die französische und die italienische Ausgabe nur Übersetzungen sind, haben sie dennoch gleichwertige Gesetzeskraft.

Das ZGB (inkl. OR) enthält nicht das gesamte schweizerische Privatrecht. Zu beachten sind (neben Gewohnheits- und Richterrecht) auch die einschlägigen Sondergesetze (z.B. Pauschalreise-, Fusions- oder Versicherungsvertragsgesetz), die Verordnungen des Bundes (z.B. Zivilstands- oder Grundbuchverordnung) sowie kantonale Erlasse.

1.2 Das primäre ZGB

Das ZGB im engeren Sinn umfasst vier Teile. Zu Beginn des Gesetzes stehen als Sinnbild und Träger der Gesellschaft das *Personen- und Familienrecht*. *Erbrecht* und *Sachenrecht* bilden die Teile drei und vier. Die am Schluss angefügten *Schlusstitel* bestimmen das Verhältnis zwischen altem und neuem Recht.

Das ZGB enthält keinen eigentlichen «Allgemeinen Teil», doch sind in den sog. Einleitungsartikeln (Art. 1 bis 10 ZGB) einige zentrale Grundsätze unserer Rechtsordnung aufgeführt. Ferner sieht Art. 7 ZGB ausdrücklich vor, dass die Allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts auch auf andere zivilrechtliche Verhältnisse Anwendung finden.

1.3 Das OR – fünfter Teil des ZGB

Das OR war bereits vor dem ZGB vereinheitlicht worden, und zwar im Gesetz von 1881, das die «Rechtsverhältnisse bezüglich Handel und Mobiliarverkehr» regelte. Es trat 1912 in revidierter Form zusammen mit dem ZGB in Kraft. Das OR ist zwar der fünfte Teil des ZGB, hat aber seine eigene Paragraphierung behalten und beginnt somit mit Artikel 1. Zu beachten gilt, dass nicht alle obligationenrechtlichen Materien im OR geregelt sind. Vielfach bringen erst die Vorschriften in den Sondergesetzen Klarheit. Dies gilt insbesondere für das Gesellschaftsrecht.

2. Die Einleitungsartikel des ZGB

2.1 Inhalte und Charakter

Im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen, die einen weitaus grösseren allgemeinen Teil aufweisen, beschränkt sich die schweizerische Privatrechtskodifikation auf zehn grundlegende Regeln. Diese sind in den ersten zehn Artikeln des Zivilgesetzbuches (ZGB), den «Einleitungsartikeln», enthalten. Sie geben Antwort auf grundsätzliche Fragen der Anwendung und Auslegung des Gesetzes.

Die Einleitungsartikel lassen sich grob in zwei Hauptgruppen unterteilen:

- Die Regeln der Rechtsfindung beschreiben, wie man zu einer Entscheidung kommt.
- Die Regeln der Sachverhaltsfeststellung beschreiben, wie man einen Sachverhalt ermittelt.

Die Einleitungsartikel entfalten ihre Wirkung also erst in Zusammenhang mit anderen Rechtsnormen.

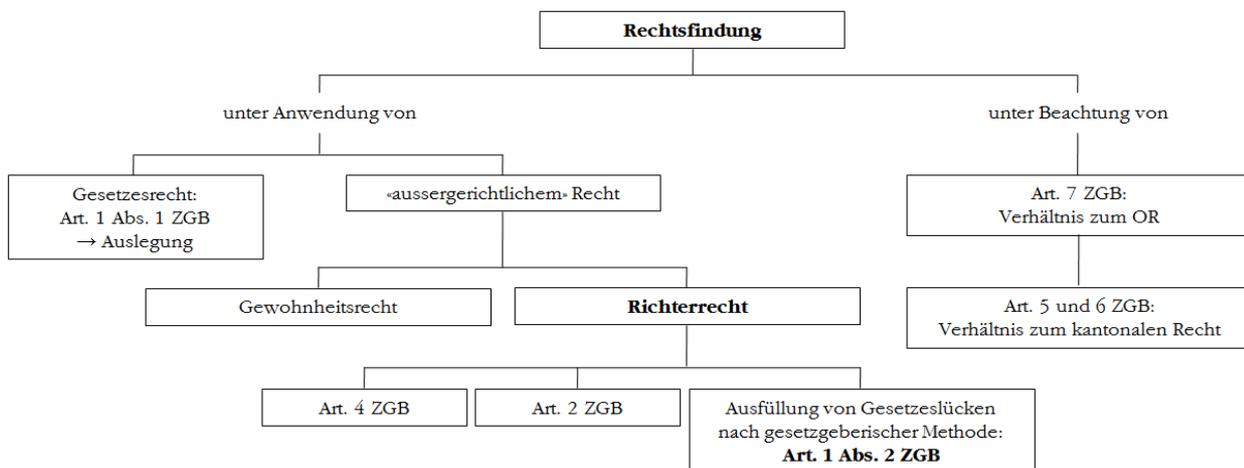


Abb. 1: Rechtsfindung im Überblick

Merke

Die Einleitungsartikel sind auf **sämtliche Rechtsbereiche des Privatrechts anwendbar, somit auch auf das Obligationenrecht** als «fünfter Teil» des ZGB, sowie auf sämtliche Vollzugsbestimmungen, wie z.B. die Handelsregisterverordnung (HRegV). **Auf andere Rechtsgebiete** hingegen sind sie **nicht unmittelbar**, unter Umständen aber analog anwendbar.

Bsp.: Der Vater eines Neugeborenen hält die Mutter von der Vaterschaftsklage ab, indem er fortwährend versichert, er bekenne sich zum Kind. Nach einem Jahr zahlt er nichts mehr an die Unterhaltskosten. Die Vaterschaftsklage ist verjährt. Gleichwohl kann die Mutter die Klage durchsetzen, da die Einrede der Verjährung durch den Vater rechtmisbräuchlich ist.

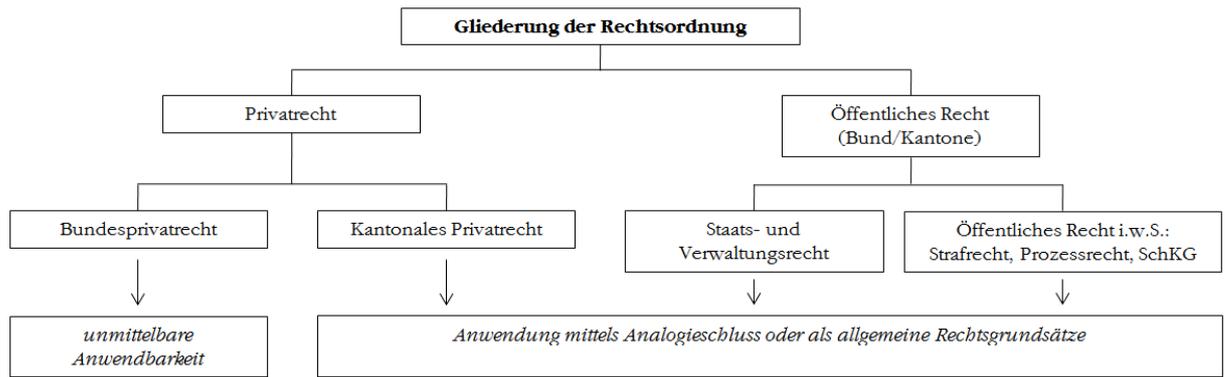


Abb. 2: Anwendungsbereich der Einleitungsartikel im Überblick

2.2 Art. 1 ZGB: Rechtsfindung

Art. 1 ZGB gibt Antwort auf die Frage, wie der Richter mit Bezug auf einen konkreten Sachverhalt das Recht anzuwenden hat. Grundsätzlich geht es um die Frage des Verhältnisses von Richter und Gesetz. Dabei ist eine Stufenordnung erkennbar: *Gesetzesrecht* (Abs. 1), *Gewohnheitsrecht* (Abs. 2) und zuletzt das *Richterrecht* (Abs. 2) (vgl. Kap. A.2.2.3).

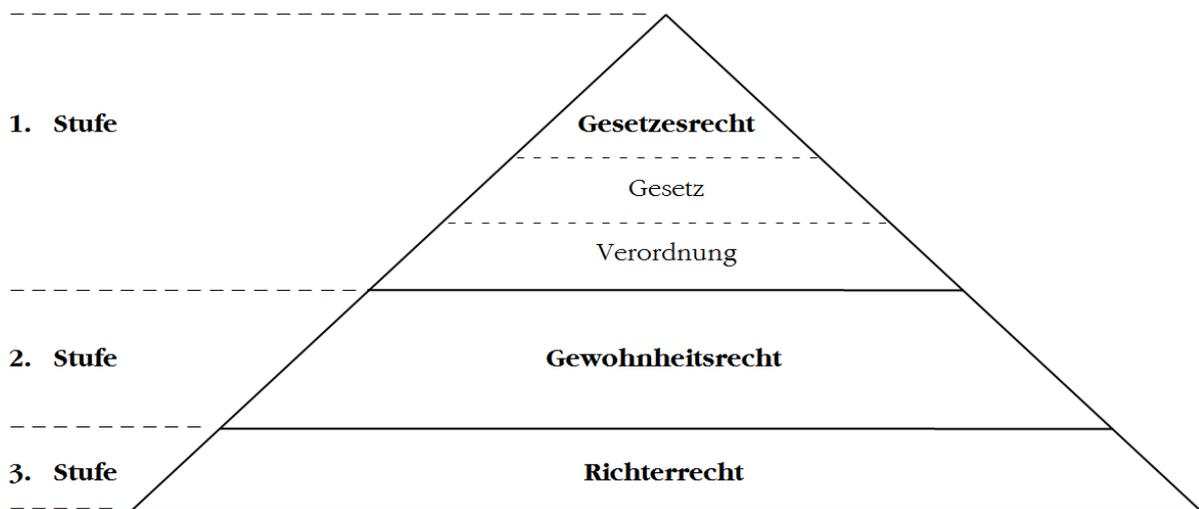


Abb. 3: Normenhierarchie

Die Gesamtheit der Gesetze und Verordnungen, des Gewohnheitsrechts und der richterrechtlichen Regeln, d.h. die **allgemeingültigen**, geschriebenen oder ungeschriebenen **Rechtsnormen**, bilden die geltende Rechtsordnung.

2.2.1 Das Gesetzesrecht

Das schweizerische Recht ist in erster Linie auf Gesetzen aufgebaut und nicht etwa auf Präjudizien wie das angloamerikanische Privatrecht (sog. case law). Bevor der Richter eine generell-abstrakte Bestimmung anwendet, stellen sich folgende drei Fragen:

Ist das Gesetz rechtsgültig?

Ist der Wortlaut korrekt?

Was ist der massgebliche **Sinn des Wortlautes**?

2.2.1.1 Die Rechtsgültigkeit

Ein Gesetz ist nur anwendbar, wenn es in Kraft ist. Massgebendes Publikationsorgan ist die Amtliche Sammlung des Bundesrechts (AS). Neben dieser *formellen Gültigkeit* muss auch die *materielle Gültigkeit* geprüft werden.

Bsp.: Ein formell bestehendes Bundesgesetz kann durch ein anderes, neueres Bundesgesetz materiell ausser Kraft gesetzt werden.

2.2.1.2 Der Wortlaut

Grundsätzlich sind die Gesetzestexte in den drei Amtssprachen gleichwertig. Dies gilt auch für den italienischen Text, auch wenn er nicht direkt vom Parlament verabschiedet wurde. Trotz verschiedenen Wortlauten darf das Gesetz *nur einen Sinn* haben. Dabei ist keine Sprache zu bevorzugen. Bei der Prüfung des Einzelfalles wird diejenige Fassung herangezogen, welche den Sinn des Gesetzes am besten wiedergibt.

Neben den drei Wortlauten sind auch die Überschriften (Titel) und Randtitel (Marginalien) verbindlicher Bestandteil des Gesetzestextes. Nicht nur stellen sie für die Auslegung des Gesetzes eine wertvolle Hilfe dar, sondern machen oftmals das Gesetz erst richtig verständlich.

Wenn der Wille des Gesetzgebers durch eine fehlerhafte Formulierung falsch zum Ausdruck gebracht wird, liegt ein sog. *Redaktionsversehen* vor. Sowohl die Organe der Rechtsanwendung als auch der Gesetzgeber selbst können Redaktionsversehen korrigieren.

2.2.1.3 Der Sinn des Gesetzes

Der Wortlaut des Gesetzes soll den gesetzgeberischen Grundgedanken (den Sinn des Gesetzes) widerspiegeln. Um den gedanklichen Inhalt einer Norm zu ermitteln, bedient man sich der sog. **Gesetzesauslegung**. Bei der Gesetzesauslegung ist einzig der **objektive Sinn** entscheidend. Es kommt also nicht darauf an, wie ein Rechtssubjekt persönlich die Gesetzesvorschrift versteht, oder was sich der Gesetzgeber darunter vorgestellt hat. Auch die subjektive Vorstellung des Richters darf keine Rolle spielen.

Das Gesetz selbst schreibt diese Auslegung in Art. 1 Abs. 3 ZGB vor, ohne sich über die konkrete Vorgehensweise zu äussern. Die juristische Lehre arbeitet mit folgenden Auslegungsmethoden:

Grammatikalische Methode

Ausgangspunkt ist der **Wortlaut** des Gesetzes, d.h. was sich rein sprachlich aus den verwendeten Worten und Wendungen der Gesetzesbestimmung ergibt. Allerdings unterscheidet sich die juristische Fachsprache oftmals von der Umgangssprache.

Zu beachten ist, dass der grammatikalischen Auslegung nicht eine übergeordnete Bedeutung zukommt. Das Bundesgericht hat vielmehr den Vorrang der teleologischen Auslegung (hierzu siehe unten) bestätigt.

Bsp.: Nach einer Legende soll über der Tür eines Männerklosters die Inschrift «Kein Frauenfuss darf diese Schwelle übertreten» gestanden haben. Als nun eine Königin das Kloster betreten wollte, wurde sie über die Schwelle getragen, um nicht gegen die Bestimmung zu verstossen. Hieraus wird klar ersichtlich, dass nach dem Wortlaut (grammatikalische Auslegung) zwar das Vorgehen korrekt, nach dem Sinn der Bestimmung (teleologische Auslegung) aber nutzlos war. Der Sinn der Bestimmung war, dass keine Frauen das Männerkloster betreten sollten (Bsp. nach Riemer).

Systematische Methode

Eine Gesetzesnorm soll nie isoliert, sondern immer im **Zusammenhang** mit den übrigen Bestimmungen betrachtet werden (sog. Auslegung aus dem Zusammenhang). Ein wichtiger Anhaltspunkt für diese Aus-

legungsmethode sind die Überschriften und Marginalien. Deren Systematik kann oftmals helfen, die wichtigen Zusammenhänge aufzudecken. Auch das systematische Element ist aber nicht ohne weiteres schlüssig, sondern muss durch andere Auslegungsmethoden überprüft und ergänzt werden. Hierzu einige formale Auslegungsregeln:

- **Analogieschluss** (argumentum per analogiam): Eine gesetzliche Regelung wird für einen Sachverhalt angewandt, der eine starke Ähnlichkeit mit dem vom Gesetz geregelten Sachverhalt aufweist.
- **Umkehrschluss** (argumentum e contrario): Von der positiven Anordnung wird auf die negative Anordnung geschlossen. Das Schweigen des Gesetzes heisst dann «qualifiziertes Schweigen». Ob ein solches vorliegt, muss durch Auslegung geklärt werden.

Bsp.: Aus der Bestimmung, dass ausgezogene Linien im Strassenverkehr nicht überfahren werden dürfen, lässt sich durch Auslegung e contrario ableiten, dass das Überfahren anderer, d.h. unterbrochener Linien zulässig ist.

- Vorrang der **lex specialis** vor der *lex generalis*: Eine spezielle Regelung geht der allgemeinen Regel vor.

Bezeichnet man die konkurrierenden Tatbestände als T1 (*lex specialis*) und T2 (*lex generalis*), so liegt Spezialität dann vor, wenn alle Fälle, die unter T1 subsumiert werden können, gleichzeitig auch T2 zuordenbar sind, nicht aber umgekehrt. Die von T1 erfassten Tatbestände bilden eine Teilmenge der unter T2 fallenden Tatbestände (Beispiel aus Kramer, Juristische Methodenlehre, 2. A., Bern 2005).

- Gebot der **verfassungskonformen Auslegung**: Wenn mehrere Auslegungsmöglichkeiten bestehen, soll man jener den Vorzug geben, die das Gesetz am ehesten in Übereinstimmung mit der Verfassung bringt.

Teleologische Methode

Mit Hilfe dieser Auslegungsmethode soll der **Sinn und Zweck** einer Gesetzesbestimmung, die sog. *ratio legis*, ermittelt werden.

Allerdings kann man nicht ausschliesslich von der *ratio* des Gesetzes als Ganzes auf den Inhalt einer einzelnen Bestimmung schliessen. Auch wenn das Gesetz über eine bestimmte *ratio* verfügt, können sich in einzelnen Bestimmungen durchaus davon abweichende Vorschriften befinden. In einem solchen Fall gilt die übergeordnete *ratio legis* natürlich nicht.

Bsp.: Die *ratio* des Umweltschutzgesetzes ist der Schutz der Umwelt; in einem konkreten Artikel kann aber der Bevölkerungsschutz von besonderem Interesse sein.

Realistische Methode

Hier geht es insbesondere um die **Praktikabilität**. Ein Auslegungsergebnis ist wenig sinnvoll, wenn seine praktische Durchsetzung unrealistisch erscheint.

Bsp.: Der Rechtssatz aus einem bündnerischen Bergdorf, wonach Zäune nur aus Steinen errichtet werden dürfen, ist nur mit Blick auf den damaligen Holzmangel richtig zu verstehen. (Bsp. nach H. Hausheer)

Historische Methode

Jedes Gesetz hat eine Vorgeschichte. Das Studium von Gesetzesmaterialien (Unterlagen über die Vorarbeiten zu einem Gesetz, z.B. Botschaft des Bundesrates) liefert wichtige Indizien bei der Ermittlung des objektiven Sinnes einer Gesetzesbestimmung.

Bei der *objektiv-historischen* Methode soll der Richter zuerst den zur **Entstehungszeit des Gesetzes** massgeblichen Sinn der Norm ermitteln. Dieser ergibt sich aus den **Materialien**. Ist der historische Sinn der

Norm aus heutiger Sicht überholt, muss der Richter eine zeitgemässe Anpassung vornehmen. Diese *Rechtsfortbildung* ist aber vom Richter zu *begründen*.

Die *objektiv-zeitgemässe* Methode zielt auf den heutigen Sinn einer Norm ab. Dabei dürfen die Materialien aber trotzdem nicht vernachlässigt werden. Zu beachten bleibt, dass die Materialien z. T. fehlerhaft, uneinheitlich und widersprüchlich sind. Im Grunde handelt es sich hierbei auch um ein Hilfsmittel für die teleologische Auslegung.

Methodenpluralismus

Führen verschiedene Auslegungsmethoden zu unterschiedlichen Resultaten, so hat das Bundesgericht verschiedentlich der teleologischen gegenüber der grammatikalischen Methode den Vorrang gegeben. In Fällen unterschiedlicher Ergebnisse soll grundsätzlich zugunsten jener Lösung entschieden werden, die sachlich überzeugender, praktikabler, gerechter und nicht zuletzt auch verfassungskonform ist.

Auch ist darauf hinzuweisen, dass für die Auslegung einer Norm keine «Geheimmaterialien» verwendet werden dürfen, d.h. keine Materialien, die von Experten und parlamentarischen Kommissionen erarbeitet wurden und der Öffentlichkeit nicht zur Verfügung stehen. Wäre eine Auslegung anhand dieser Unterlagen erlaubt, so entstünde ein Ungleichgewicht zugunsten derer, die über das entsprechende «Insiderwissen» verfügen.

2.2.1.4 Anwendung der Rechtsnorm

Die Rechtsnorm umschreibt mit allgemeingültigen Merkmalen (dem sog. *Tatbestand*) eine abstrakte Lebenssituation. Für die Anwendung auf einen konkreten *Sachverhalt* muss geprüft werden, ob sämtliche *Tatbestandsmerkmale* in diesem Sachverhalt erfüllt sind. Wenn das der Fall ist, dann tritt die in der Norm vorgesehene *Rechtsfolge* ein.

Bsp.: Yvonne muss Xavier vereinbarungsgemäss das geliehene Auto zurückbringen; weil sie keine Zeit hat, schickt sie damit ihren Gärtner Zoltan los. Der fährt Xaviers Gartenzaun um, der für CHF 500 repariert werden muss.

Nach Art. 101 Abs. 1 OR muss jemand, der «die • Erfüllung einer • Schuldpflicht [...] durch eine • Hilfsperson, wie [...] Arbeitnehmer • vornehmen lässt, [...] dem andern • den Schaden ersetzen, den die Hilfsperson • in Ausübung ihrer Verrichtungen • verursacht».

• Schuldpflicht? Ja (Rückgabepflicht aus Leihvertrag, Art. 305 OR). • Erfüllung? Ja (Rückgabe). • vornehmen lassen? Ja (Yvonne, durch Zoltan). • Hilfsperson? Ja (hier wohl Arbeitnehmer). • Schaden? Ja (Vermögensnachteil). • Verursacht? Ja (Fahrfehler war ursächlich). • In Ausübung der Verrichtungen? Ja (bei der Rückgabehandlung). → alle Tatbestandsmerkmale erfüllt; Rechtsfolge: Schadenersatzpflicht der Yvonne

In etlichen Fällen sind die Merkmale des Tatbestands nicht in einem einzigen Artikel zu finden, sondern es muss z. B. auf weitere Artikel oder auf die rechtliche Definition bestimmter Begriffe zurückgegriffen werden.

Bsp.:

- Art. 23 OR: Der • Vertrag ist für denjenigen → unverbindlich, der sich • beim Abschluss in einem • wesentlichen • Irrtum befunden hat.
Was «wesentlich» ist und was nicht, findet sich hauptsächlich in Art. 24 Abs. 1 und 2 OR.
- Zum Tatbestand von Art. 102 OR gehört auch, was unter «Fälligkeit» zu verstehen ist.

2.2.2 Gesetzeslücken

2.2.2.1 Allgemeines

Obwohl ein lückenloses Gesetz wünschenswert wäre, so hat die Realität gezeigt, dass selbst der umsichtigste Gesetzgeber nicht in der Lage ist, für jeden möglichen Anwendungsfall eine Bestimmung vorzusehen. Die zu regelnden Sachverhalte sind zu vielfältig und unterliegen dem ständigen Wandel; der Gesetzgeber kann darauf «lückenlos» reagieren. Stattdessen behilft man sich damit, dass über das Vorgehen beim Vorliegen von Gesetzeslücken eine Regelung besteht.

2.2.2.2 Begriff der Gesetzeslücke

Unter einer Gesetzeslücke versteht man das Fehlen einer *erforderlichen* gesetzlichen Regelung. Dies bedeutet, dass keine Gesetzeslücke vorliegt, wenn zwar ein Fall im Gesetz nicht geregelt, dessen Regelung aber gar nicht erforderlich ist. Es bedarf einer Abgrenzung auf zwei Seiten:

- **Abgrenzung zum *rechtsfreien Raum*:** Gewisse Fragen will der Gesetzgeber bewusst nicht regeln. Z.B. obliegen Sitte und Moral der Verantwortung eines jeden einzelnen und bedürfen keiner gesetzlichen Regelung. Demnach wäre es undenkbar, dass der Gesetzgeber Tischmanieren aufstellt, an die sich jedermann zwingend zu halten hätte.
- **Abgrenzung zum *qualifizierten Schweigen*:** Das Gesetz enthält positive und negative Anordnungen. Die positive Anordnung bestimmt, was für eine Rechtsfolge eintritt, die negative, welche Rechtsfolge eben gerade nicht eintreten soll.

Bsp.: Art. 23 ZGB trifft in Abs. 1 eine positive und in Abs. 2 eine negative Anordnung.

Negative Anordnungen müssen aber nicht zwingend im Gesetz stehen. Eine negative Anordnung kann auch dann Gültigkeit erlangen, wenn sie nicht explizit erwähnt wird. Somit bedarf es im Einzelfall einer genauen Überprüfung, ob es sich wirklich um eine Gesetzeslücke handelt oder lediglich um eine stillschweigende Verneinung, dem so genannten *qualifizierten Schweigen*.

2.2.3 Lückenfüllung

Gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB ist die Lückenfüllung Aufgabe des Gerichts. Welche Methode dabei anzuwenden ist, wird in den Art. 1 Abs. 3, Art. 2 Abs. 2 und Art. 4 ZGB festgehalten.

Praktisch am bedeutendsten ist die sog. «**Regelbildung**». Der Richter soll «nach den Regeln entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde» (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Dabei muss der Richter in einem *ersten Schritt* eine *generell-abstrakte Norm* (allgemeine Regel) bilden und diese dann in einem *zweiten Schritt* auf den *konkreten Einzelfall anwenden*. Damit soll eine auf den Einzelfall bezogene Entscheidung, d.h. eine Billigkeitsentsprechung, verhindert werden.

2.3 Art. 2 ZGB: Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot

2.3.1 Treu und Glauben

Das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) umfasst Werte wie z.B. Rücksichtnahme (Treu), Vertrauen (Glauben), Ehrlichkeit, Loyalität und Fairness. Treu und Glauben wirken sich sowohl bei der Gesetzesanwendung als auch im rechtsgeschäftlichen Bereich aus.

Bsp.: Verbot der Gesetzesumgehung; Verbot der zweckwidrigen Verwendung eines Rechtsinstitutes (Scheinehe).

Rechtsgeschäfte werden in der Schweiz nach dem sog. **Vertrauensprinzip** beurteilt. Ist der subjektive Wille einer Vertragspartei unklar, so ist die Willensäußerung so zu verstehen, wie sie deren Empfänger verstehen durfte und musste. Auch bei der sog. Ergänzung von Rechtsgeschäften, wenn beispielsweise gewisse Nebenpflichten eines Vertrages nicht oder nicht ausreichend festgehalten wurden, wird die **Ergänzung nach dem Prinzip von Treu und Glauben** vorgenommen.

2.3.2 Verbot des Rechtsmissbrauchs

Rechtsmissbrauch kann von jeder beteiligten Prozesspartei geltend gemacht werden. Geschieht dies nicht, so muss der Richter von Amtes wegen prüfen, ob ein solcher vorliegt (Art. 2 Abs. 2 ZGB ist eine zwingende Bestimmung). Die wichtigsten Fallgruppen sind:

- **Nutzlose Rechtsausübung** aus niederen Beweggründen (Schikane, Rache usw.);
Bsp.: Neidbau (Errichtung einer turmhohen Mauer mit der einzigen Absicht, dem Nachbar Schatten zu beschern).
- **Krasses Missverhältnis der Interessen:** Die Rechtsausübung ist nicht ganz nutzlos, steht aber in einem krassen Missverhältnis zu den Interessen der Gegenseite;
Bsp.: Ein erkrankter Mieter wird am Tag des Ablaufs der Miete ausgewiesen, obwohl der Vermieter die Wohnung noch nicht sofort braucht.
- **Widersprüchliches Verhalten** (venire contra factum proprium).
Bsp.: Die Gründe für die Unterbrechung der Verjährung sind in Art. 135 OR aufgeführt. Sichert der Schuldner dem Gläubiger zu, eine verjährungsunterbrechende Handlung sei unnötig, da er die Schuld bald erfüllen werde und sich nicht auf die Verjährung berufen werde, so stellen diese Zusicherungen keine der im Gesetz erwähnten verjährungsunterbrechenden Handlungen dar. Beruft sich der Schuldner in der Folge auf die Verjährung, wäre dies nach dem Gesetzeswortlaut zwar zulässig, aber stossend.

Zu beachten ist aber, dass nicht jedes irgendwie stossende Verhalten schon rechtsmissbräuchlich ist, sondern nur krass stossendes Verhalten.

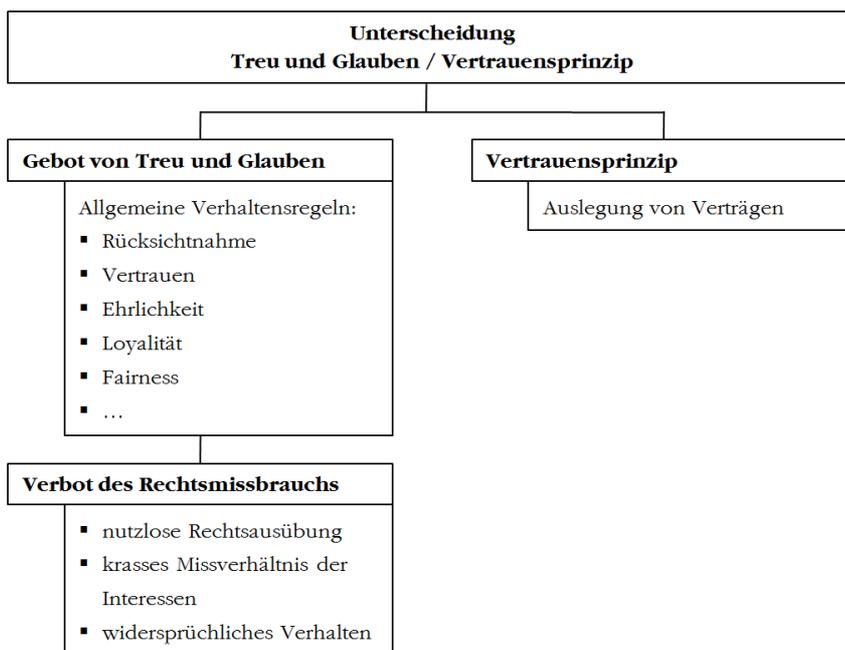


Abb. 4: Treu und Glauben und das Vertrauensprinzip

2.4 Art. 3 ZGB: Schutz des guten Glaubens

Die schweizerische Rechtsordnung schützt den **«guten Glauben»** einer Person in besonderen Einzelfällen (z.B. Art. 714 Abs. 2, Art. 933 bis 935 ZGB), kennt aber keinen allgemeinen Gutglaubensschutz. «Gutgläubig» ist eine Person dann, wenn sie glaubt, korrekt (rechtmässig) zu handeln, dies in Wirklichkeit aber nicht tut. Voraussetzungen des guten Glaubens sind also stets ein **Rechtsmangel** und die diesbezügliche **Unkenntnis**. Nicht geschützt wird hingegen, wer mit der «gebotenen Aufmerksamkeit» den Rechtsmangel hätte erkennen sollen (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Da der gute Glauben als eine innere Tatsache schwer zu beweisen ist, wird sein Vorhandensein vermutet (Art. 3 Abs. 1 ZGB).

Bsp.: - Beat verkauft und übergibt Christoph ein Fahrrad, das er von Anita ausgeliehen hat, ohne dass sie ihn dazu ermächtigt hat. Dennoch kann Christoph das Eigentumsrecht erwerben (Art. 714 Abs. 2 und 933 ZGB); Voraussetzung dafür ist, dass er gutgläubig ist, d.h. nicht erkennen konnte, dass das Fahrrad nicht Beat gehört. Um das Fahrrad zurückzuerlangen, muss Anita beweisen, dass Christoph nicht gutgläubig war.

- Einem Filmproduzenten geht es finanziell schlecht, und nun fordert auch noch ein Lieferant den Kaufpreis für teures Filmmaterial ein. Der Produzent hat das Geld nicht. Er erklärt aber, ihm stehe eine Forderung aus dem Verkauf eines Films an eine Fernsehanstalt zu; dazu legt er sogar einen Vertrag vor. Der Lieferant lässt sich die Forderungen abtreten (vgl. zur Abtretung Kap. C.4.4.1) und gibt sich vorerst zufrieden. Als er bei der Fernsehanstalt die abgetretene Forderung geltend machen will, erfährt er, dass der Film längst bezahlt worden war; die Forderung stand dem Produzenten gar nicht mehr zu. Auf guten Glauben kann sich der Lieferant nicht berufen, denn das Gesetz sieht den gutgläubigen Erwerb einer Forderung nicht vor.

Merke

Der Schutz des guten Glaubens ist nur in einzelnen Bestimmungen ausdrücklich vorgesehen. Es gibt keinen allgemeinen Gutglaubensschutz.

2.5 Weitere Bestimmungen

Privatrecht des Bundes und der Kantone (Art. 5 Abs. 1 ZGB)

Das ZGB/OR ist grundsätzlich eine Gesamtkodifikation, die das Gebiet des Privatrechts umfassend und abschliessend regelt (ausnahmsweise sieht das ZGB/OR die Anwendung kantonales Rechts ausdrücklich vor).

Übung und Ortsgebrauch (Art. 5 Abs. 2 ZGB)

Übung und Ortsgebrauch sind Erscheinungsformen der sog. Verkehrssitte (Usance, Handelsgebrauch). Darunter werden die an einem bestimmten Ort oder für einen bestimmten Berufszweig im Geschäftsverkehr geltenden Verhaltensweisen verstanden.

Verhältnis zwischen OR und ZGB (Art. 7 ZGB)

OR und ZGB stellen materiell eine Einheit dar.

2.6 Art. 8 ZGB: Beweisregeln

Mit blossen Behauptungen lässt sich in der Regel kein Prozess gewinnen. Deshalb ist der Beweis einer Tatsache im Zivilprozess von grosser Bedeutung. Wer im Einzelfall den Beweis zu erbringen hat (sog. **Beweislastverteilung**), ist oft von grosser Tragweite. Misslingt der auferlegte Beweis, trägt die beweisbelastete Partei die Folgen der Beweislosigkeit (Klageabweisung). **Grundsätzlich muss derjenige den Be-**

weis erbringen, der aus einer Tatsache Rechte ableitet. Das Gesetz sieht Ausnahmen vor (z.B. Beweislastumkehr in Art. 97 Abs. 1 OR).

3. Personenrecht

Die Bestimmungen des Personenrechts, die sich systematisch nach den Einleitungsartikeln befinden, bilden den ersten Teil des ZGB. Das Personenrecht ist notwendige Grundlage jeder privatrechtlichen Beziehung, wie z.B. des Erbrechts, Sachenrechts sowie insbesondere des Obligationenrechts. Im Vorfeld jedes Vertragsabschlusses – es werden in der Folge nur diejenigen Aspekte des Personenrechts beleuchtet, die für das OR von Bedeutung sind – stellt sich die Frage, welche Voraussetzungen die Parteien (d.h. natürliche oder juristische Personen) erfüllen müssen, um zum Abschluss eines Rechtsgeschäfts berechtigt zu sein.

3.1 Natürliche Personen

3.1.1 Rechtsfähigkeit

Die **Rechtsfähigkeit** ist die Fähigkeit, **Träger von Rechten und Pflichten** zu sein. Rechtsfähig ist jedermann, unabhängig von seinem Alter (Art. 11 ZGB).

Bsp.: Ein zweijähriges Kind kann erben.

Die Rechtsfähigkeit wird grundsätzlich weder durch körperliche noch durch geistige Gebrechen beeinträchtigt. Jedoch können sich geistige Gebrechen auf die *Handlungsfähigkeit* auswirken.

3.1.2 Handlungsfähigkeit

Vertragsparteien sind dann zum Vertragsabschluss berechtigt, wenn sie handlungsfähig sind. **Handlungsfähigkeit** ist die Fähigkeit, durch seine Handlungen **Rechte und Pflichten zu begründen** (Art. 12 ZGB), z.B. einen Kaufvertrag (Rechtsgeschäft) abzuschliessen. Die Handlungsfähigkeit setzt sich aus den Komponenten «**Urteilsfähigkeit**» und «**Mündigkeit**» (Art. 13 ZGB) zusammen.

Wer das **18. Lebensjahr vollendet** hat, ist nach Art. 14 ZGB mündig. Wer die Auswirkungen seiner Handlungen erkennen kann, d.h. **die Fähigkeit besitzt, vernünftig zu handeln**, ist urteilsfähig.

Die Urteilsfähigkeit wird vermutet, d.h. diejenige Partei, die das Fehlen der Urteilsfähigkeit behauptet, muss den entsprechenden Beweis erbringen. Die Urteilsunfähigkeit kann oft nur für einen konkreten Fall bestimmt werden. Urteilsunfähigkeit ist anzunehmen, wenn die im Gesetz aufgezählten Ursachen vorliegen, wie z.B. Kindesalter, Geisteskrankheit oder Geistesschwäche, Trunkenheit und ähnliche Zustände.

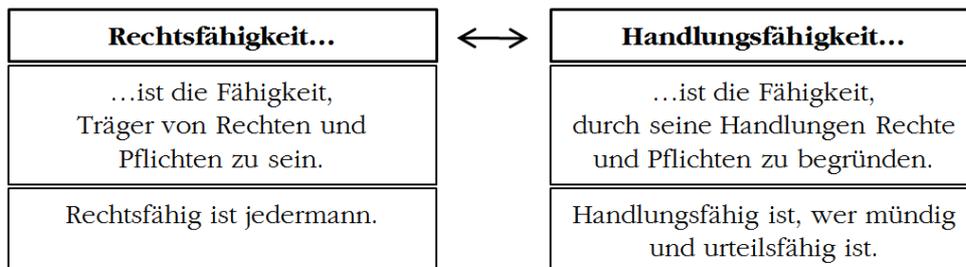


Abb. 5: Rechts- und Handlungsfähigkeit

Nach Art. 17 ZGB sind Personen **handlungsunfähig**, die urteilsunfähig, unmündig oder entmündigt sind. Wenn eine handlungsunfähige Person ein Rechtsgeschäft abschliesst, ist dieses nichtig und damit ohne rechtliche Wirkung. Zwischen der vollen Handlungsfähigkeit gemäss Art. 12 ZGB und der vollen Handlungsunfähigkeit nach Art. 17 ZGB besteht noch die **beschränkte Handlungsunfähigkeit**. Unter bestimmten Voraussetzungen können nämlich auch Unmündige Rechtsgeschäfte tätigen.

| | | |
|-------------------------|--|--|
| Urteilsfähig und mündig | Urteilsfähig und unmündig/entmündigt | Nicht urteilsfähig (mündig oder unmündig) |
| voll handlungsfähig | beschränkt handlungsunfähig | handlungsunfähig |
| | Grundsätzlich sind rechtsgeschäftliche Verpflichtungen nur mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters möglich. | Grundsätzlich ist das Verhalten Handlungsunfähiger rechtlich unbeachtlich. |

Abb. 6: Beschränkungen der Handlungsfähigkeit

Gemäss Art. 19 Abs. 1 ZGB können sich urteilsfähige Unmündige nur mit Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters durch ihre Handlungen verpflichten. Diese Zustimmung kann gleichzeitig mit dem Abschluss des Rechtsgeschäftes oder zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen. Solange die Zustimmung nicht verweigert und eine nachträgliche Genehmigung noch nicht erfolgt ist, befindet sich das Rechtsgeschäft in einem sog. Schwebezustand. Die andere (handlungsfähige) Vertragspartei ist währenddessen an den Vertrag gebunden.

Bsp.: Ein 17-jähriger kauft eine Vespa. Der Jugendliche ist zwar urteilsfähig, was diese Rechtshandlung betrifft, braucht aber für einen rechtsgültigen Vertragsabschluss die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters, da er minderjährig ist.

Merke

Die Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters ist insofern beschränkt, als der beschränkt Handlungsunfähige über den Erwerb aus eigener Arbeit (Art. 323 Abs. 1 ZGB) selbständig verfügen kann. Hat demnach der Unmündige einen Discman vom eigenen Lohn gekauft, ist der Vertrag auch ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters gültig.

Der urteilsfähige Unmündige kann gemäss Art. 19 Abs. 2 ZGB jederzeit Rechtsgeschäfte eingehen, die keine Verpflichtungen nach sich ziehen, sowie höchstpersönliche Rechte geltend machen.

Bsp.: Eine 14-jährige Schülerin kann ein kostenfreies Jugendsparkonto eröffnen. Die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters wäre hingegen nötig, wenn das Konto überzogen werden könnte und somit negative Zinsbelastungen möglich wären (Entgeltlichkeit).

Zu beachten ist ferner, dass urteilsfähige Unmündige deliktsfähig sind (Art. 19 Abs. 3 ZGB). Sie haften folglich für rechtswidrige Schädigungen (Art. 41 ff. OR).

3.1.3 Wohnsitz

Die Sonderbeziehung einer Person zu einem bestimmten räumlichen Gebiet wird als Wohnsitz bezeichnet (Art. 23 Abs. 1 ZGB). Die Bedeutung des Wohnsitzes als Anknüpfungspunkt manifestiert sich in den unterschiedlichsten Rechtsfragen.

Bsp.: Der Wohnsitz begründet Zuständigkeit von Behörden und Gerichten. Mit Hilfe des Wohnsitzes wird auch der Erfüllungsort einer Leistung bestimmt (Art. 74 OR).

Der Wohnsitz einer Person befindet sich an dem Ort, wo sie sich mit der **Absicht dauernden Verbleibens** aufhält. Jede Person hat nur einen Wohnsitz (Notwendigkeit und Einheit des Wohnsitzes).



Abb. 7: Der Wohnsitz

3.2 Juristische Personen

3.2.1 Überblick

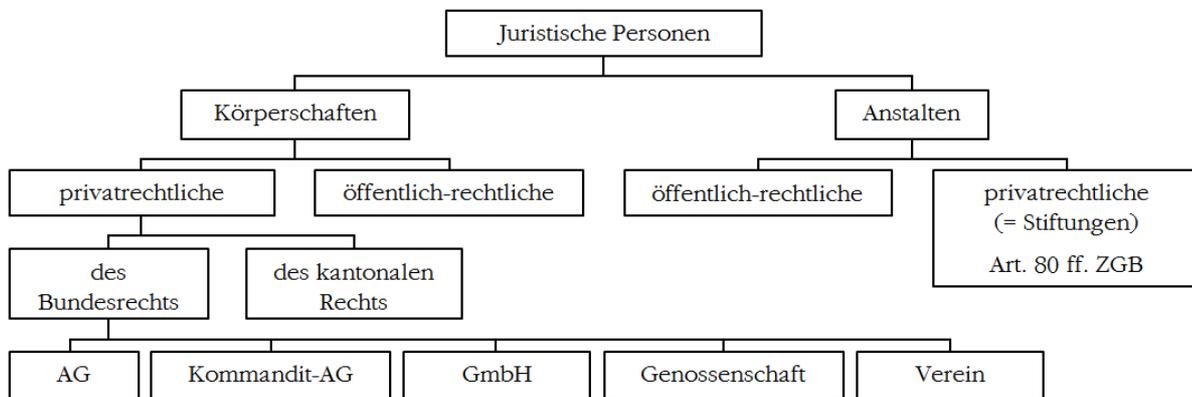


Abb. 8: Die juristischen Personen

3.2.2 Allgemeines

Nach Art. 11 ZGB besteht in den Schranken der Rechtsordnung für jeden Menschen die gleiche Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben. Dadurch, dass die Rechtsordnung dem Individuum die Rechtsfähigkeit verleiht, wird es zur Person im Rechtssinn. Viele Aufgaben können aber durch Zusammenschluss mehrerer Individuen besser gelöst werden. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage nach der Rechtsfähigkeit eines Personenverbundes.

Das ZGB anerkennt Körperschaften und Anstalten als Personen mit eigener Rechtspersönlichkeit und stellt sie den Einzelpersonen gleichberechtigt zur Seite (Art. 52 Abs. 1 ZGB). Demnach kann sowohl einer natürlichen Person als auch einer juristischen Person die Rechts- und Handlungsfähigkeit zukommen. Zudem geniesst auch die juristische Person den Persönlichkeits- und Namensschutz (Art. 28 und 29 ZGB) und verfügt nach Art. 56 ZGB über einen Sitz.

Die juristischen Personen sind durch die Rechtsordnung geschaffene Rechtssubjekte. Der Gesetzgeber sieht grundsätzlich zwei Arten von juristischen Personen vor: die körperschaftlich organisierten Personenvereinigungen (Körperschaften) und die selbständigen Anstalten. Primäres Unterscheidungskriterium ist die Art des Rechtsträgers. Während die Körperschaft eine zu einer Einheit zusammengefasste Personenverbindung darstellt (universitas personarum), ist die privatrechtliche Anstalt (Art. 52 Abs. 2 ZGB) ein mit Rechtspersönlichkeit ausgestaltetes Zweckvermögen (universitas bonorum), d.h. eine Stiftung. Ein weite-

res Unterscheidungsmerkmal liegt in der Zwecksetzung der juristischen Person. Während die Personenverbindungen mit ideellem Zweck vollumfänglich dem ZGB unterstellt sind, stehen die Körperschaften mit wirtschaftlicher Zwecksetzung primär unter den Bestimmungen des Gesellschaftsrechts (Art. 59 Abs. 2 ZGB).

Merke

Die im Obligationenrecht geregelten Rechtsgemeinschaften, wie die *einfache Gesellschaft*, die *Kollektivgesellschaft* und die *Kommanditgesellschaft*, sind keine juristischen Personen. Körperschaft und Rechtsgemeinschaft bilden aber insofern eine Einheit, als sie unter den Begriff «Gesellschaft» fallen.

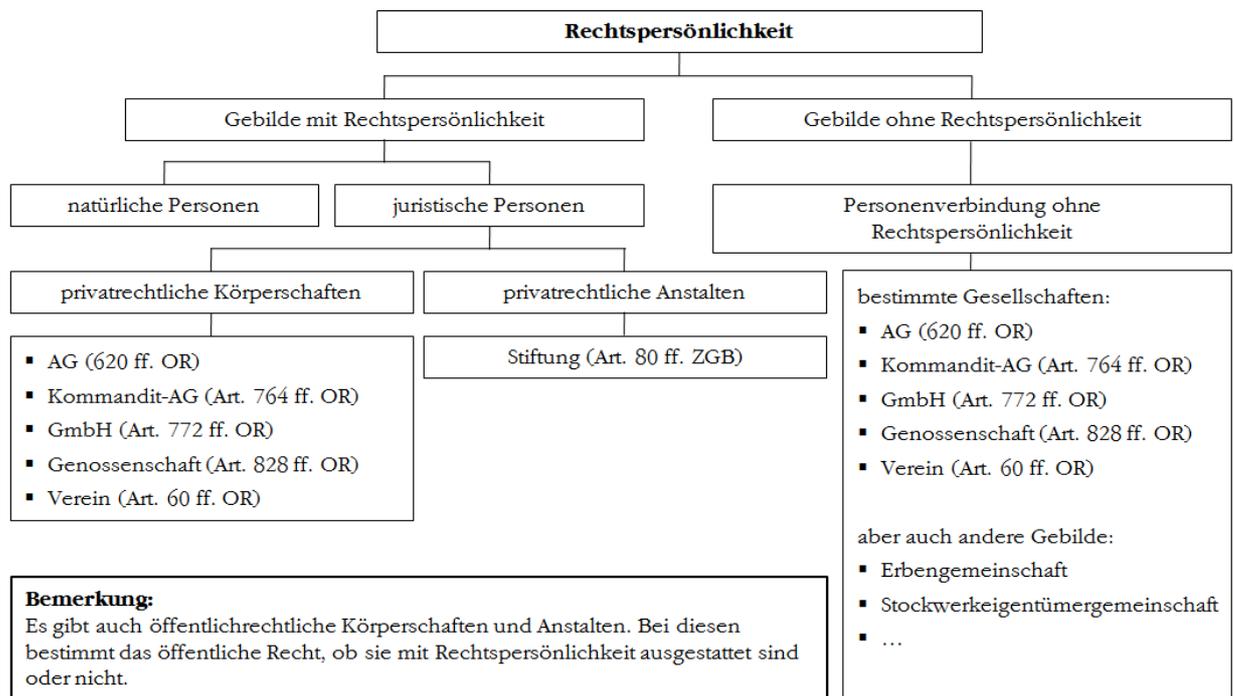


Abb. 9: Gebilde mit und ohne Rechtspersönlichkeit

3.2.3 Anfang und Ende der Persönlichkeit

Juristische Personen **erhalten das Recht der Persönlichkeit** mit ihrer rechtmässigen Gründung. Es ist zu beachten, dass je nach Art der zu gründenden juristischen Person unterschiedliche Gründungsvorschriften zur Anwendung kommen.

Personenverbindungen mit widerrechtlichem Zweck erlangen das Recht der Persönlichkeit nicht (Art. 52 Abs. 3 ZGB).

Bei der Auflösung einer juristischen Person werden folgende drei Typen unterschieden:

Auflösung von Gesetzes wegen: Die Zweckverfolgung der juristischen Person ist nicht mehr möglich («natürlicher Tod»). Bsp.: Konkurs einer AG.

Auflösung durch den Richter: Richterliche Aufhebung aufgrund gesetzlich anerkannter Gründe («gewaltsamer Tod»). Bsp.: Verein mit unsittlichem oder widerrechtlichem Zweck (sog. nachträgliche Widerrechtlichkeit).

Rechtsgeschäftliche Aufhebung: Selbstauflösung («Selbstmord»). Bsp.: Auflösung eines Vereins durch Vereinsbeschluss.

3.2.4 Rechtsfähigkeit

Die juristische Person erlangt im Allgemeinen die Persönlichkeit gemäss Art. 52 ZGB mit der Eintragung ins Handelsregister. Vereine (Art. 60 und 61 ZGB), Familien- und kirchliche Stiftungen (Art. 52 Abs. 2 ZGB) erhalten dagegen die Rechtspersönlichkeit ohne Eintragung (System der freien Bildung).

Merke

Wenn ein Verein wie ein kaufmännischer Betrieb geführt wird (z.B. FC St. Gallen), bedarf es einer Eintragung ins Handelsregister (Art. 61 Abs. 2 ZGB). Dieser Handelsregistereintrag hat aber nur eine erklärende (deklaratorische), nicht aber eine begründende (konstitutive) Wirkung.

Gemäss Art. 53 ZGB ist die juristische Person aller Rechte und Pflichten fähig (= Rechtsfähigkeit), bei denen es nicht auf die natürlichen Eigenschaften des Menschen ankommt (z.B. Heirat). Die Handlungsfähigkeit der juristischen Person ist von der Bestellung der vom Gesetz und den Statuten vorgeschriebenen Organe abhängig. Die juristische Person ist im **zivilrechtlichen Bereich** voll deliktischfähig.

3.2.5 Handlungsfähigkeit

Juristische Personen treten durch ihre Organe (natürliche Personen) im Rechtsverkehr auf, welche den Willen der juristischen Person zum Ausdruck bringen (Art. 54 und 55 Abs. 1 ZGB).

Bsp.: Ein Verein benötigt einen Vorstand (Art. 69 ZGB) und eine Vereinsversammlung (Art. 64 Abs. 1 ZGB).

Als Organe im formellen Sinn sind die im Gesetz oder in den Statuten festgelegten Organe zu qualifizieren (z.B. Verwaltungsrat). Die formelle Umschreibung der Organe erfasst aber nicht sämtliche Organpersonen. Vielmehr ist jede Person, die in einem wichtigen Aufgabenbereich der juristischen Person Entscheidungsfunktionen wahrnimmt, ein Organ (sog. materielles oder faktisches Organ).

Bsp.: Stiller Verwaltungsrat, Direktor oder Vizedirektor einer Unternehmung, Verwalter einer Personalvorsorgestiftung.

Merke

Im Gegensatz zu Organen, die Teil der Persönlichkeit der juristischen Person sind, üben Hilfspersonen (vgl. Art. 101 OR für den vertraglichen und Art. 55 OR für den ausservertraglichen Bereich) lediglich Tätigkeiten für die juristische Person aus.

Im externen Verhältnis bringen die Organe den «Willen» der juristischen Person zum Ausdruck. Sie nehmen eine gewisse Vertreterfunktion wahr, die aber keineswegs mit der obligationenrechtlichen Stellvertretung zu verwechseln ist. Gemäss Art. 55 ZGB hat die juristische Person für rechtsgeschäftliches sowie sonstiges Handeln ihrer Organe einzustehen (sog. Organhaftung).

3.2.6 Durchgriff

Grundsätzlich geht man bei der juristischen Person von einer vollständigen Trennung zwischen dem Rechtsträger und seinen Mitgliedern aus. Die juristische Person ist selbständiges Rechtssubjekt und nimmt als solches unabhängig von ihren Mitgliedern am Rechtsverkehr teil. Sie alleine ist Trägerin von Rechten

und Pflichten. Das Vermögen der einzelnen Mitglieder haftet den Gläubigern nur in Ausnahmefällen. Primär haftet nur das Vermögen der juristischen Person.

Schwierigkeiten können sich aber ergeben, wenn hinter der juristischen Person lediglich eine einzige natürliche Person steht (sog. Einpersonengesellschaft). Obwohl sie in der Praxis geduldet wird, muss ihre eigene Rechtspersönlichkeit ausser acht gelassen und dem Gläubiger der sog. Durchgriff auf das Vermögen der hinter ihr stehenden natürlichen Person gewährt werden, wenn die Verwendung und Ausgestaltung der juristischen Person als rechtsmissbräuchlich erscheint. (vgl. Kap. E.2.3.2)

Bsp.: Vermischung von Privat- und Gesellschaftsvermögen: Vermischt der Eigentümer einer Einpersonengesellschaft sein eigenes Vermögen mit demjenigen der Gesellschaft (z.B. Abwicklung der privaten und geschäftlichen Transaktionen über ein und dasselbe Konto), ist bei einem Konkurs auch der Durchgriff auf sein Privatvermögen möglich.

3.2.7 Sitz der juristischen Person

Wie die natürlichen Personen einen Wohnsitz haben, haben die juristischen Personen einen Sitz, der den Anknüpfungspunkt für die Rechte und Pflichten der juristischen Person darstellt.

Art. 56 ZGB bestimmt, dass sich der Sitz der juristischen Person am Ort ihrer Verwaltung befindet, sofern die Statuten nichts anderes bestimmen. Demnach kann der Sitz der juristischen Person privatautonom bestimmt werden.

Grundsätzlich ist es Aufgabe der juristischen Person, in ihren **Statuten** ihren Sitz festzulegen. Dieser statuierte Sitz braucht nicht mit demjenigen des «Lebensmittelpunktes» der Firma übereinzustimmen, sondern kann beliebig bestimmt werden. Die juristische Person muss also lediglich erreichbar (sog. Briefkastenfirma) sein. Weiter dient auch bei der juristischen Person der Sitz als Anknüpfungspunkt für die örtliche Zuständigkeit der Behörden sowie als Anknüpfungspunkt für diverse Rechtsnormen.

Muss sich die juristische Person nicht im Handelsregister eintragen (z.B. ein Verein) und ergibt sich nichts aus den Statuten, so befindet sich der Sitz am Ort der **Verwaltung** (Art. 56 ZGB). Fallen dabei mehrere Orte in Betracht, so ist der Sitz derjenige Ort, von dem die wesentlichen Führungsentscheide ausgehen.

4. Rechtsquellen und Funktion des OR

4.1 Funktion und Entstehung des Schweizerischen Obligationenrechts

Das OR regelt die obligatorischen, d.h. schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Privatpersonen. Neben der Ausgestaltung der Rechtslage beim *Austausch von Vermögenswerten* regelt das OR auch den Ausgleich bei *Schäden* (Art. 41 ff.) und *ungerechtfertigten Vermögensverschiebungen* (Art. 62 ff.).

Das heutige OR geht seinem Grundgedanken nach auf das OR von 1881 zurück und trägt stark die Züge des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches. Das revidierte OR und das ZGB wurden im Jahre 1912 zusammen in Kraft gesetzt. Das OR wurde als fünfter, aber formell eigenständiger Teil dem ZGB hinten angefügt. Auch nach der Revision von 1936 wurde das OR weiterentwickelt. Der *Gedanke des Sozialschutzes* hat sich in weiten Bereichen durchgesetzt. So hat der Gesetzgeber das Machtungleichgewicht zwischen den Vertragspartnern zugunsten sozial und wirtschaftlich Schwächerer mittels *zwingender Normen* umgestaltet. Auch im *Haftpflichtrecht* hat sich dieser Gedanke durchgesetzt. Da der technische Fortschritt der heutigen Gesellschaft hohe Risiken mit sich bringt, konnte die reine Verschuldenshaftung, wie sie die alte Regelung vorsah, nicht mehr befriedigen. So wurden diverse verschuldensunabhängige Haftungen geschaffen (sog. Gefährdungshaftungen; die praktisch wichtigste ist die Haftung des Motorfahrzeughalters).

4.2 Rechtsquellen und Literatur

4.2.1 Rechtsquellen

Rechtsquellen sind die in einer Rechtsordnung für jedermann – unabhängig von seinem Willen – verbindlichen, generell-abstrakten Rechtsnormen.

Bsp.: Verfassung, Gesetze (OR, ZGB, StGB usw.), Verordnungen, Gewohnheitsrecht

Verträge sind keine Rechtsquellen. Zwar werden auch durch Verträge Rechte und Pflichten geschaffen; es können dabei aber nur die am konkreten Vertrag beteiligten Parteien verpflichtet werden.

Merke

Rechtsquellen gelten gegenüber jedermann.

Verträge verpflichten nur die beteiligten Vertragsparteien.

Das schweizerische Privatrecht ist hauptsächlich im ZGB und OR enthalten. Das ZGB umfasst das Personen-, Familien-, Erb- und Sachenrecht. Das OR ist in *fünf Abteilungen* unterteilt:

- erste Abteilung (Art. 1 bis 183): *Allgemeiner Teil (AT)*;
- zweite Abteilung (Art. 184 bis 551): *einzelne Vertragsverhältnisse*, Besonderer Teil (BT);
- dritte bis fünfte Abteilung (Art. 552 bis 1186): Regelungen zu *Handelsgesellschaften* und *Genossenschaften*, *Handelsregister*, *Geschäftsfirmer* (Regelung der Namensbildung einer Firma) und *kaufmännischer Buchführung* sowie *Wertpapierrecht*.

Grundsätzlich sind die Bestimmungen des Allgemeinen Teils (AT) auch auf die besonderen Schuldverhältnisse (OR Besonderer Teil, BT) anwendbar. Allerdings gehen Sonderregelungen des OR BT den Vorschriften des AT regelmässig vor. Ist eine betreffende Rechtsfrage im Besonderen Teil nicht geregelt, gelten die Bestimmungen des Allgemeinen Teils.

4.2.1.1 Räumlicher Anwendungsbereich

Das OR regelt den *innerschweizerischen Rechtsverkehr*. Bei einem internationalen Sachverhalt müssen die Bestimmungen des *Internationalen Privatrechts* (IPRG) herangezogen werden, sofern die schweizerischen Gerichte überhaupt zuständig sind. In Art. 112 ff. IPRG (Regelungen bezüglich Obligationenrecht) sind die Regeln zur Zuständigkeit der Gerichte, zum jeweils anwendbaren Recht und zur Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheide enthalten.

4.2.1.2 Handelsgesetzbuch

Anders als in einigen unserer Nachbarländer wurde in der Schweiz auf den Erlass eines separaten Handelsgesetzbuches verzichtet. Entsprechende Normen wurden in das OR integriert. Das Handelsrecht ist insbesondere in den Art. 552 ff. OR enthalten. Einige Bestimmungen, die nur für den kaufmännischen Verkehr gelten, finden sich aber auch in der «vorderen Hälfte», wie z.B. beim Zinsfuss für Verzugszinsen (Art. 104 Abs. 3 OR) oder beim Schuldnerverzug im Kaufrecht (Art. 190 Abs. 1 OR).

4.2.1.3 Gliederung des Schuldrechts im OR

Der Allgemeine Teil ist im OR folgendermassen gegliedert:

- Entstehung der Obligation: Drei Möglichkeiten der Entstehung: Vertrag, ausservertragliche Haftung, ungerechtfertigte Bereicherung;
 - Wirkung der Obligation: Hier geht es um die Erfüllung und die Nichterfüllung sowie um Beziehungen zu Drittpersonen;
 - Erlöschen der Obligation: insbesondere unverschuldete Unmöglichkeit, Verrechnung und Verjährung;
 - Besondere Verhältnisse bei Obligationen;
 - Abtretung und Schuldübernahme.
- | | | |
|---------------------------------|------------------------------------|------------------------------------|
| • Kauf/Tausch (Art. 184 ff. OR) | • Pacht (Art. 275 ff. OR) | • Werkvertrag (Art. 363 ff. OR) |
| • Schenkung (Art. 239 ff. OR) | • Leihe (Art. 305 ff. OR) | • Verlagsvertrag (Art. 380 ff. OR) |
| • Miete (Art. 253 ff. OR) | • Arbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR) | • Auftrag (Art. 394 ff. OR) |

Der Besondere Teil regelt unter anderem folgende Verträge:

4.2.1.4 Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem Teil im OR

Der Besondere Teil enthält für die dort geregelten Vertragstypen bestimmte spezielle Vorschriften (vgl. Kap. D); er regelt diese aber nicht umfassend und abschliessend. Eine speziellere Regelung eines Problems im BT geht einer allgemeineren Vorschrift zum selben Problem im Allgemeinen Teil vor. Für Probleme, zu denen sich im BT keine Regelung findet, ist aber auf die Normen des Allgemeinen Teils zurückzugreifen.

Bsp.: Allgemeine Regelung zu nicht gehöriger Vertragserfüllung im AT – Art. 97 ff. Z. B. für die Lieferung bzw. Herstellung einer **mangelhaften** Sache, aber besondere Gewährleistungsvorschriften im Kaufvertrags- und Werkvertragsrecht, Art. 197 ff., 368 ff. OR. – Allgemeine Regelung der verspäteten Leistung im AT – Art. 102 ff.; für bestimmte Sonderfälle aber auch Regelungen im BT, z. B. Art. 190 OR. – Stets zu beachten ist, **für welche Fälle** solche Spezialnormen genau gelten; so z. B. Art. 190 OR nicht bei jedem Kaufvertrag, sondern nur «im kaufmännischen Verkehr».

4.2.2 Gesetzestexte und Literatur

Der blosse Gesetzestext findet sich in der offiziellen Ausgabe der Bundeskanzlei. Ein mit einem Stichwortverzeichnis und/oder Querverweisen ergänzter Gesetzestext wird herausgegeben von:

- Peter Breitschmid/Vito Roberto (Schulthess Verlag)
- Heinz Aeppli (Orell Füssli Verlag);
- Manfred Rehbinder/Roger Zäch (Loseblattsammlung, Helbing & Lichtenhahn Verlag);
- Wilhelm Schönenberger/Peter Gauch (Schulthess Verlag).

Für die Prüfungen sind nur die gemäss den Prüfungs-Merkblättern zulässigen Gesetzesausgaben verwendbar; die erwähnten Ausgaben gehören dazu.

Kommentare zu den einzelnen Gesetzesbestimmungen:

- Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht Band I (Art. 1-529 OR), herausgegeben von Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Rolf Watter, 4. Aufl., Helbing und Lichtenhahn Verlag, Basel/Frankfurt a.M. 2007 (sog. Basler Kommentar)
[Signatur HSG-Bibliothek: PD 2320 H774]
- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, herausgegeben von Marc Amstutz/Peter Breitschmid/Andreas Furrer/Daniel Girsberger/Claire Huguenin/Markus Müller-Chen/Vito Roberto/Alexandra Rumo-Jungo/Anton K. Schnyder, Schulthess Verlag, Zürich/Basel/Genf 2007.
[Signatur PD 2320 A528]
- Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, herausgegeben von Heinz Hausheer, Stämpfli Verlag, Bern (sog. Berner Kommentar)
[Signatur: PD 2200]
- Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, herausgegeben von Peter Gauch und Jörg Schmid, Schulthess Verlag, Zürich (sog. Zürcher Kommentar)
[Signatur: PD 2320]
- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, herausgegeben von Marc Amstutz, Peter Breitschmid, Andreas Furrer et. al., Schulthess Verlag, Zürich 2007.
[Signatur PD 2320 A528]

Systematische Darstellungen:

- Peter Gauch/Walter R. Schluop/Jörg Schmid/Heinz Rey, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 8. Aufl., 2 Bände, Zürich 2003.
[Signatur: PD 5576 G 265 (8)]
- Theo Guhl/Alfred Koller/Anton K. Schnyder/Jean Nicolas Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht: mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Zürich 2000.
[Signatur: PD 5576 G 942]
- Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht: Besonderer Teil, 8. Aufl., Bern 2006.
[Signatur: PD 5576 H 774]
- Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, Band I und II, Bern 2006.
[Signatur: PD 5576 K 81]
- Hermann Schulin/Nedim P. Vogt, Tafeln zum schweizerisches Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 1999.
[Signatur: PD 5576 S 386]
- Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006.
[Signatur: PD 5576 S 414]
- Schweizerisches Privatrecht, herausgegeben von Max Gutzwiller/Hans Hinderling/Arthur Meyer-Hayoz/Hans Merz/Roger Secrétan/Werner von Steiger, Helbing und Lichtenhahn Verlag, Basel/Frankfurt a.M. (SPR)
[Signatur: PD 2075 H774 2.2]

Literatur zum Gesellschaftsrecht:**Kommentare zu den einzelnen Gesetzesbestimmungen**

- Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht Band II (Art. 530-1186 OR), herausgegeben von Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Rolf Watter, 3. Auflage, Helbing und Lichtenhahn Verlag, Basel/Frankfurt a.M. (erscheint voraussichtlich im August 2008; alternativ 2. Auflage 2002) (sog. Basler Kommentar)
[Signatur PD 2320 H774]
- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, herausgegeben von Marc Amstutz/Peter Breitschmid/Andreas Furrer/Daniel Girsberger/Claire Huguenin/Markus Müller-Chen/Vito Roberto/Alexandra Rumo-Jungo/Anton K. Schnyder, Schulthess Verlag, Zürich/Basel/Genf 2007.
[Signatur PD 2320 A528]
- Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, herausgegeben von Heinz Hausheer, Stämpfli Verlag, Bern (sog. Berner Kommentar)
[Signatur PD 2200]
- Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, herausgegeben von Peter Gauch und Jörg Schmid, Schulthess Verlag, Zürich (sog. Zürcher Kommentar)
[Signatur PD 2320]

Systematische Darstellungen

- Arthur Meyer-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Auflage, Bern 2007
[Signatur PE 3320 M511]
- Peter Forstmoser/Arthur Meyer-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996
[Signatur PE 3600 F734 S4]
- Peter Böckli, Schweizerisches Aktienrecht, 3. Auflage, Zürich 2004
[Signatur PE 3600 B669 (3)]
- Schweizerisches Privatrecht, herausgegeben von Max Gutzwiller/Hans Hinderling/Arthur Meyer-Hayoz/Hans Merz/Roger Secrétan/Werner von Steiger, Helbing und Lichtenhahn Verlag, Basel/Frankfurt a.M. (SPR)
[Signatur PD 2075 H774 2.2]

Entscheidungssammlungen

- Federico A. Pedrazzini, Gesellschaftsrechtliche Entscheide, 4. Auflage, Bern 1998
[Signatur PE 3320 P37]
- Peter Nobel/Roger Groner, Aktienrechtliche Entscheide, 3. Auflage, Bern 2006
[Signatur PE 3600 N744]

4.3 Funktion des OR

4.3.1 Das liberale Modell des OR

Der liberale Charakter des OR äussert sich in erster Linie im Vertragsrecht. Durch den Grundsatz der Vertragsfreiheit wird der Wille der Parteien respektiert. Das OR geht von der Grundidee aus, dass bei individuell ausgehandelten Verträgen eine «Richtigkeitsgewähr» besteht, d.h. wenn zwei Parteien ohne Zwang, frei nach ihrem Willen einen Vertrag abschliessen, sollte dieser Vertrag für beide Parteien zu einem gerechten Ergebnis führen.

Bsp.: Gemäss dem ökonomischen Grundmodell schätzt der Anbieter den Wert eines Gutes höher ein (z.B. zu CHF 4/Einheit) als der Nachfrager (z.B. CHF 3/Einheit). Die Austauschvereinbarung (Vertrag) wird den Preis irgendwo zwischen CHF 3 und 4 festsetzen.

Die «Richtigkeitsgewähr» besteht jedoch nur, wenn zwischen den Parteien ein Machtgleichgewicht besteht und beide vollständig informiert sind. Es ist offensichtlich, dass diese Voraussetzungen insbesondere bei Konsumentenverträgen oftmals nicht vorliegen.

Bsp.: Die allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Banken, Kreditkartenunternehmen, Versicherungen, Reiseveranstalter usw. sind inhaltlich weitgehend gleichlautend. Für den einzelnen Konsumenten besteht in der Realität keine Möglichkeit, Änderungswünsche durchzusetzen. Er steht mithin vor der Alternative: «take it or leave it.» Da in der heutigen Welt eine Lebensführung ohne Bankbeziehung, Kreditkarten, Versicherung usw. kaum mehr praktikabel ist, muss der Konsument die Vertragsbedingungen wohl oder übel akzeptieren.

Da die «Richtigkeitsgewähr» nach dem liberalen Vertragsmodell in der Praxis nicht immer gegeben ist, wurden für bestimmte Geschäfte Normen aufgestellt, um die schwächere Partei zu schützen.

Bsp.:

- Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften (Art. 40a ff. OR);
- Schutz des Mieters vor missbräuchlichen Mietzinsen und Kündigungsschutz (Art. 269 ff. OR);
- Zwingende Bestimmungen im Arbeitsrecht (Art. 361 f. OR).

Merke

Vertragsgerechtigkeit ist nicht objektiv messbar. Vielmehr ist sie das Ergebnis eines zwischen wirtschaftlich und intellektuell gleich fähigen Parteien ausgehandelten Vertrages. Vertragsgerechtigkeit darf auch nicht mit der Idee des «gerechten Preises» gleichgesetzt werden. Wenn Luxusprodukte wegen des «Snob-Effekts» zu überhöhten Preisen abgesetzt werden, ist die Vertragsgerechtigkeit nicht berührt.

Der liberale Charakter des OR manifestiert sich auch im Haftpflichtrecht. So haftet man im **Haftpflichtrecht** nur bei Verletzung einer Sorgfaltspflicht oder bei Schädigungen durch gewisse Betriebe, von denen eine besondere Gefahr ausgeht (Fahrzeuge, Kernkraftwerke usw.), sofern eine solche Haftung in einem Gesetz speziell vorgesehen ist. Demnach besteht für unverschuldete Schädigungen auch dann keine Haftung, wenn der Schädiger reich und der Geschädigte arm ist. Der Grundsatz «richesse oblige» ist nur eine moralische Verhaltensmaxime, aber kein rechtlicher Haftungstatbestand.

4.3.2 Hauptpfeiler des Vermögensrechts: OR und Sachenrecht

Das Obligationenrecht bildet zusammen mit dem Sachenrecht (Art. 641 bis 977 ZGB) und dem Immaterialgüterrecht das schweizerische Vermögensrecht. Dieses umfasst alle Rechtsnormen, welche das persönliche Vermögen des einzelnen betreffen.

| Vermögensrecht | |
|--|--|
| Obligationenrecht | Sachenrecht |
| Obligation als relatives Recht: Ein Vertrag verleiht Rechte, die nur gegenüber dem Vertragspartner geltend gemacht werden können. Bsp.: Der Käufer kann nur vom Verkäufer die Ware verlangen. | Sachenrecht als absolutes Recht: Eigentumsrechte können gegenüber jedermann geltend gemacht werden. Bsp.: Wenn die Eigentümerin nicht will, darf niemand ihr Haus betreten. |
| Obligatorische Rechte «kleben» an der Person: Bsp.: Wenn die Galeristin ein Bild an K verkauft, vor der Übergabe aber das Bild an einen Freund verschenkt, bleibt sie nach wie vor an den Kaufvertrag gebunden und wird u. U. schadenersatzpflichtig. | Dingliche Rechte «kleben» an der Sache: Bsp.: Das Grundpfandrecht (=beschränktes dingliches Recht) ist im Grundbuch einzutragen und gilt unabhängig von der Person des Grundeigentümers (vgl. Art. 745 f. ZGB), d.h. das Pfandrecht gilt auch dann, wenn das Grundstück in der Zwischenzeit verkauft wurde. |

Abb. 10: Das Vermögensrecht

Während im Obligationenrecht festgelegt ist, wer wem was aus welchem Rechtsgrund schuldet, werden im Sachenrecht die Rechte an einer Sache definiert: Gegenstand und Umfang des Eigentums, des Besitzes etc. Das Obligationenrecht und das Sachenrecht ergänzen einander.

Merke

Obligatorische Rechte

- sind *relative Rechte* (gelten nur gegenüber *Vertragspartnern* [bzw. anderen Schuldnern]);
- «kleben» an der Person.

Dingliche Rechte

- sind *absolute Rechte* (gelten gegenüber *jedermann*);
- «kleben» an der Sache.

5. Grundbegriffe des Obligationenrechts

5.1 Rechtsgeschäft und Obligation

5.1.1 Rechtsgeschäft

Das Rechtsgeschäft enthält eine oder mehrere Willenserklärungen (vgl. Kap. A.6.2.2.1) und ist auf den Eintritt der gewollten Rechtsfolge gerichtet. Die Rechtsfolge kann in der Begründung, Änderung oder Beendigung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses bestehen.

Bsp.:

- Durch einen Vertrag oder eine Rechtsgutsverletzung kann ein Rechtsverhältnis **begründet** werden.
- Durch **den Verzicht** auf Leistung oder die Forderung von Schadenersatz statt Erfüllung kann ein Rechtsverhältnis **geändert** werden.
- Durch den Rücktritt von einem Vertrag, die **Kündigung** eines Mietvertrags oder durch einen Aufhebungsvertrag kann ein Rechtsverhältnis **beendet** werden.

5.1.2 Obligation

Die Obligation ist die Rechtsbeziehung zwischen zwei Personen, wonach die eine (Schuldner) zu einer Leistung verpflichtet und die andere (Gläubiger) zu einer Forderung berechtigt ist. Aus dem Blickwinkel des Gläubigers betrachtet wird die Rechtsbeziehung als Forderung, aus demjenigen des Schuldners betrachtet wird sie dagegen als Schuld (auch Verpflichtung, Verbindlichkeit) bezeichnet.

Bsp.: Peter muss der Verwaltungs-AG seine Miete aus Mietvertrag bezahlen. Zwischen den Parteien besteht somit eine Obligation. Für Peter handelt es sich um eine Schuld, für die Verwaltungs-AG hingegen ist es eine Forderung.

5.2 Forderung und Leistungspflicht

5.2.1 Forderung als klagbares Recht auf Leistung

Die an einer Forderung beteiligten Personen werden als **Gläubiger** (Anspruchsberechtigte) und **Schuldner** (Verpflichtete) bezeichnet. Der Gläubiger hat ein Recht darauf, dass der Schuldner seiner Verpflichtung (z.B. Bezahlung des Kaufpreises, Lieferung von Waren) nachkommt. Das private Recht des Gläubigers auf die Leistung des Schuldners ist somit Inhalt einer Forderung. Wenn der Schuldner nicht leistet, kann der Gläubiger auf Leistung klagen und das Urteil mit staatlicher Hilfe vollstrecken lassen.

Bsp.: Der Käufer bezahlt den geschuldeten Kaufpreis nicht. Die gerichtliche Klage des Verkäufers wird gutgeheissen. Dieses Urteil kann der Verkäufer durch Betreibung und anschliessender Pfändung bzw. Konkurs des Käufers vollstrecken. Seine Forderung wird aus dem Erlös der in der Pfändung oder dem Konkurs liquidierten Gegenstände befriedigt.

Die Gegenseite zur **Forderung** des Gläubigers ist die **Schuld** des Schuldners. Sie besteht in der einklagbaren Pflicht zur Leistung. Erfüllt der Schuldner seine Schuld nicht, so muss er dafür einstehen (er «haftet»). Die **Haftung** ist somit die Gegenseite zum Vollstreckungsrecht des Gläubigers. Häufig wird aber der Begriff «Schuld» mit dem Begriff «Haftung» gleichgesetzt.

5.2.2 Arten von Leistungen

Die Leistungspflicht des Schuldners kann in einem (positiven) Tun oder einem (negativen) Unterlassen bestehen. Die positive Leistungspflicht zu einem Tun ist entweder eine Sachleistung (in Form von Geld oder Gütern) oder eine Dienstleistung. Die negative Leistungspflicht verpflichtet zu einem Nichttun, d.h. zu einem Unterlassen (z.B. jemanden zu konkurrenzieren) oder einem Dulden (z.B. wenn eine Liegenschaft genutzt wird).

Während manche Schuldverhältnisse sich im Austausch einzelner Leistung erschöpfen (Bsp.: Übereignung einer Sache und Bezahlung beim Kauf; Werkherstellung und Bezahlung beim Werkvertrag), bewirken andere Schuldverhältnisse Pflichten, die für einen gewissen Zeitraum fortauern – sog. Dauerschuldverhältnisse.

Bsp.: Mietvertrag; Arbeitsvertrag. Bei Dauerschuldverträgen müssen die Vertragsdauer und/oder ein Kündigungsrecht geregelt sein, sei es im Vertrag oder im Gesetz.

5.2.3 Einzelfragen

Ist eine Leistung *nicht* oder *nur beschränkt* einklagbar, spricht man von einer **unvollkommenen Obligation**. Die Klagbarkeit kann dadurch beschränkt sein, dass der Schuldner eine **Einrede** gegen die Forderung oder deren Durchsetzung geltend machen kann, wie z. B. die Einrede der Verjährung (vgl. Kap. C.3.5). Ist die Klagbarkeit hingegen *ausgeschlossen*, spricht man von einer **Naturalobligation** («Ehrenschuld»), wie z.B. eine Forderung aus Spiel und Wette (Art. 513 OR). Bei einer **sittlichen Pflicht** fehlt es nicht nur am Tatbestand der Klagbarkeit, sondern es liegt gar keine Rechtspflicht vor. Demnach kann auch keine Forderung bestehen, die vor Gericht geltend gemacht werden könnte.

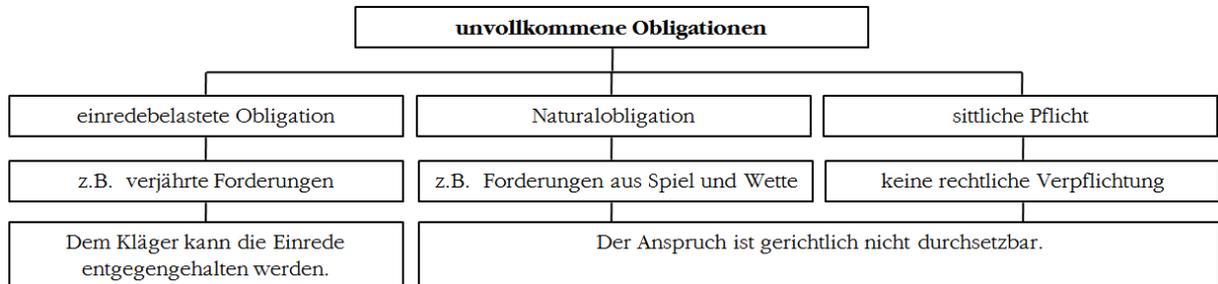


Abb. 11: Die unvollkommenen Obligationen

Von den Leistungspflichten sind die **Obliegenheiten** zu unterscheiden. Obliegenheiten sind nicht einklagbar und bei ihrer Verletzung kann kein Schadenersatz gefordert werden. Bei der Verletzung einer Obliegenheit schadet sich aber der Belastete selbst, da er Rechtsnachteile zu gewärtigen hat. So muss etwa der Käufer die Kaufsache prüfen und bei Mangelhaftigkeit sofort rügen. Unterlässt der Käufer diese Obliegenheit, verliert er das Recht, den Verkäufer für die mangelhafte Sache zu belangen (Art. 201 OR).

6. Entstehungsgründe der Obligation

6.1 Allgemeines

Das schweizerische Obligationenrecht unterscheidet hauptsächlich drei Entstehungsgründe für Obligationen:

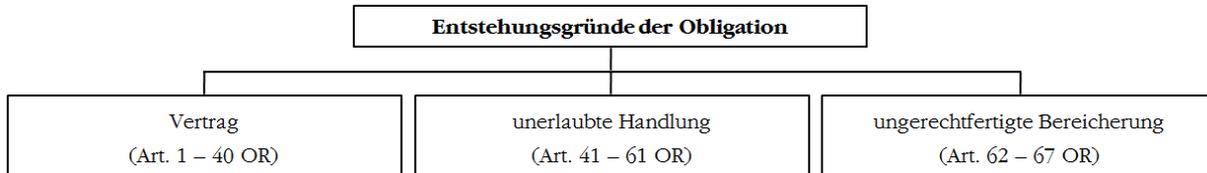


Abb. 12: Entstehungsgründe der Obligation

In der Praxis kommen die eben genannten Entstehungsgründe genau in dieser Reihenfolge am häufigsten vor. Demnach hat der Entstehungsgrund aus Vertrag die grösste praktische Bedeutung.

Bsp.: A kauft ein Auto von B: A hat einen **vertraglichen Anspruch auf Eigentumsübertragung** gegen B, und B hat einen **vertraglichen Anspruch** gegen A auf **Bezahlung des Kaufpreises**.

C beschädigt das Auto von A: A hat einen **Anspruch aus unerlaubter Handlung** gegen C auf Schadenersatz.

A überweist den Kaufpreis irrtümlicherweise auf das Konto von D: A hat einen **Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung** gegen D auf Rückerstattung des Betrages.

Die erwähnten Entstehungsgründe sind die weitaus bedeutendsten; es gibt aber auch andere Entstehungsgründe. Dabei lassen sich Obligationen aus Rechtsgeschäft und solchen aus Gesetz unterscheiden.

Obligationen aus Rechtsgeschäft beruhen auf dem Willen der Partei(en) – meist auf einem Vertrag. **Obligationen aus Gesetz** beruhen auf Gesetzesvorschrift und knüpfen an ein bestimmtes Verhalten oder an einen bestimmten Zustand rechtliche Konsequenzen in Form einer Obligation an. Neben der im OR ausdrücklich erwähnten unerlaubten Handlung (Art. 41 ff. OR) und ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 62 ff. OR) können bei den Obligationen aus Gesetz auch **andere Entstehungsgründe** unterschieden werden:

- Gesetzliche Schuldverhältnisse, wie z.B.:
- Geschäftsführung ohne Auftrag Art. 419 ff. OR;
- Gesetzliche Schuldverhältnisse aus dem Familien- und Erbrecht (z.B. die Unterhaltspflicht zwischen Ehegatten Art. 164 ZGB; Unterhaltspflicht zwischen Eltern und Kindern, Art. 276 ZGB; der Lidlohnanspruch Art. 334 ZGB);
- Durch Richterrecht, d.h. durch richterliche Lückenfüllung entstandene Schuldverhältnisse:
- **culpa in contrahendo** (vorvertragliche Haftung).

6.2 Entstehung einer Obligation aus Rechtsgeschäft

6.2.1 Rechtsgeschäfte im Allgemeinen

Obwohl der Begriff des Rechtsgeschäfts vom Gesetz an verschiedenen Stellen verwendet wird, kann nirgendwo diesbezüglich eine Definition gefunden werden. Das Rechtsgeschäft besteht aus mindestens einer

Willenserklärung, an welche die Rechtsordnung den Eintritt des gewollten rechtlichen Erfolges anknüpft. Im Gesetz wird der Vertrag als wichtigstes Rechtsgeschäft aufgeführt.

6.2.2 Arten eines Rechtsgeschäfts

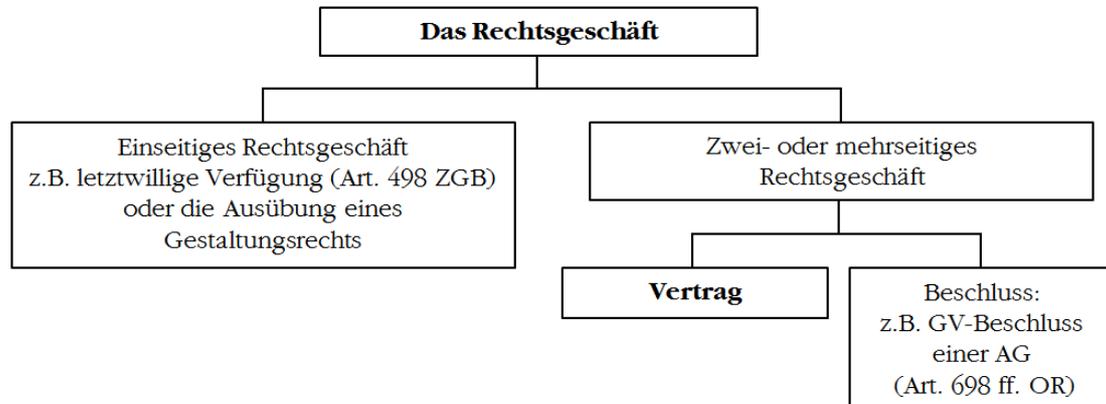


Abb. 13: Arten von Rechtsgeschäften

6.2.2.1 Einseitige und mehrseitige Rechtsgeschäfte

Je nach der Zahl der an ihnen durch Willenserklärungen beteiligten Personen, können Rechtsgeschäfte in einseitige und mehrseitige Rechtsgeschäfte eingeteilt werden.

- **Einseitige Rechtsgeschäfte:** Einseitige Rechtsgeschäfte enthalten die Willenserklärung nur einer Person.

Bsp.:

- Die Anfechtung eines Vertrages (Art. 23 ff. OR, vgl. Kap B.6.5)
 - Die Ausübung von Gestaltungsrechten, wie z.B. des Kaufs- und Rückkaufsrechts (Art. 683 ZGB, Art. 216 Abs. 2 OR), des dem Gläubiger bei Schuldnerverzug zustehenden Wahlrechts (Art. 107 Abs. 2 OR); des dem Käufer zustehenden Wandelungs- bzw. Minderungsrechts im Kaufvertragsrecht (Art. 205 OR)
 - Die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses (z.B. Art. 335 OR);
 - Die letztwillige Verfügung (Art. 498 ZGB).
- **Mehrseitige Rechtsgeschäfte:** Mehrseitige Rechtsgeschäfte enthalten die Willenserklärungen von mindestens zwei Personen; dazu gehören die Verträge und die Beschlüsse.

6.2.2.2 Verträge

Hier handelt es sich um Rechtsgeschäfte, die aus inhaltlich übereinstimmenden, gegenseitigen Willensäußerungen der Parteien bestehen (Art. 1 Abs. 1 OR). Die Verträge bilden im Alltag den weitaus grössten Teil der Entstehungsgründe für Schuldverhältnisse.

6.2.2.3 Beschlüsse

Die Beschlüsse zählen zu den mehrseitigen Rechtsgeschäften. Dadurch können die inneren Angelegenheiten einer Vereinigung, wie z.B. einer Aktiengesellschaft oder eines Vereins, geregelt werden. Bei den Beschlüssen liegen gleichgerichtete Willenserklärungen mehrerer Personen vor. Bei Mehrheitsbeschlüssen müssen im Gegensatz zum Vertrag nicht alle Willenserklärungen übereinstimmen. Ein Beschluss ist bereits dann bindend, wenn die erforderliche Mehrheit erreicht ist.

Bsp.:

- Verwendung des Gewinns einer Aktiengesellschaft, Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR;
- Vereinsbeschlüsse, Art. 66 ff. ZGB.

6.2.3 Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte

Die Rechtsgeschäfte können auch nach ihren Rechtswirkungen unterschieden werden: Verpflichtungsgeschäfte haben obligatorische, Verfügungsgeschäfte dingliche Wirkung.

- **Verpflichtungsgeschäft:** Durch ein Verpflichtungsgeschäft wird die Verpflichtung zu einem Handeln oder Unterlassen begründet. Das Verpflichtungsgeschäft wirkt sich nicht unmittelbar auf die dinglichen Rechte (z.B. Eigentum) aus.

Bsp.: Ein Verkäufer bleibt trotz Abschluss des Kaufvertrages Eigentümer der verkauften Sache. An der rechtlichen Zuordnung des Kaufgegenstandes ändert sich durch den Kaufvertrag noch nichts. Denn gemäss Art. 184 Abs. 1 OR wird lediglich eine Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung begründet.

- **Verfügungsgeschäft:** Durch das Verfügungsgeschäft wird ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben. Das Verfügungsgeschäft vollzieht das Verpflichtungsgeschäft.

Bsp.: Eigentumsübertragung von Fahrnis, Art. 714 ZGB; Eigentumsübertragung von Grundstücken, Art. 656 Abs. 1 ZGB; Einräumung eines Pfandrechts, Art. 884 ZGB; Forderungsabtretung, Art. 164 OR; Aufhebung einer Forderung, Art. 115 OR.

Als wesentlicher Unterschied zwischen Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft kann angeführt werden, dass beim Verpflichtungsgeschäft lediglich das rechtliche **Dürfen**, beim Verfügungsgeschäft aber das rechtliche **Können** beschränkt wird.

Bsp.: Anton verpflichtet sich durch den rechtsgültig abgeschlossenen Kaufvertrag gegenüber Bert zur Eigentumsübertragung an einem Fahrzeug, obwohl Anton gar nicht Eigentümer des Fahrzeugs ist. Auch in einem solchen Fall ist der Kaufvertrag rechtswirksam zustande gekommen. Scheitert die Erfüllung des Kaufvertrages an der fehlenden Verfügungsmacht von Anton, wird dieser schadenersatzpflichtig (Art. 97 OR).

Beachte

Beim Abschluss von mehreren Kaufverträgen mit verschiedenen Vertragsparteien über dieselbe Kaufsache (z.B. ein Auto) sind alle rechtsgültig.

6.3 Entstehung einer Obligation aus Gesetz

6.3.1 Unerlaubte Handlung

Der Tatbestand der unerlaubten Handlung ist als Entstehungsgrund für eine Obligation in den Art. 41 ff. OR geregelt. Dieser Tatbestand ist ein Ausschnitt aus dem Deliktsrecht, welches sich mit ausservertraglicher Haftung befasst.

Durch die Haftung aus unerlaubter Handlung nach Art. 41 ff. OR entsteht eine Obligation. Auf dieser Grundlage erhält der Geschädigte gegenüber dem Schädiger eine Forderung.

6.3.1.1 Verschuldens- und Gefährdungshaftungen im Allgemeinen

Von den verschiedenen Arten ausservertraglicher Haftung werden insbesondere die Hauptgruppen der Verschuldens- und der Gefährdungshaftungen unterschieden.

- Die **Verschuldenshaftung** beruht auf einer persönlichen Vorwerfbarkeit. Die Verschuldenshaftung ist die generelle Haftungsnorm.

Bei der Verschuldenshaftung sind folgende allgemeinen Haftungsvoraussetzungen zu prüfen:

- Rechtswidrigkeit,
- Rechtsgutverletzung/Schädigung,
- adäquater Kausalzusammenhang,
- Verschulden.

Liegen die Haftungsvoraussetzungen vor, kann der Geschädigte Schadenersatz beanspruchen.

- Bei der **Gefährdungshaftung** wird auf gewisse Tätigkeiten oder Anlagen abgestellt, die ein erhöhtes Schädigungspotential aufweisen (wie z.B. Kraftfahrzeuge oder Kernkraftwerke); insbesondere deshalb, weil entweder die Schadenshäufigkeit hoch oder die Schadensintensität gross ist. Die Haftung knüpft dabei daran an, dass der Haftpflichtige eine bestimmte Tätigkeit ausübt oder zu einer bestimmten Anlage in einer bestimmten Beziehung steht. Hier ist grundsätzlich kein Verschulden notwendig zur Begründung der Haftung.

6.3.1.2 Rechtswidrigkeit

Eine Schädigung kann dann als widerrechtlich betrachtet werden, wenn sie gegen geschriebene oder ungeschriebene Gebote oder Verbote der Rechtsordnung verstösst, welche dem Schutz des verletzten Rechtsgutes dienen.

6.3.1.3 Rechtsgutverletzung

Es gibt zahlreiche verschiedene Rechtsgüter: z.B. Leben, körperliche, geistige und seelische Integrität, Persönlichkeit, Eigentum, die Mitgliedschaftsrechte (z.B. an einer GmbH oder einem Verein), die Immaterialgüterrechte (z.B. Urheber-, Patent- oder Markenrechte), das Vermögen allgemein (d.h. die finanziellen Verhältnisse einer Person).

Person und Eigentum sind sog. **absolut geschützte Rechtsgüter**. Diese sind durch alle Verhaltenspflichten geschützt.

Das Vermögen als solches ist dagegen nur dann geschützt, wenn sich der Schutzbereich der verletzten Verhaltenspflicht auf solche Rechtsgutverletzungen erstreckt, d.h. wenn die betreffende Verhaltenspflicht (auch) das Vermögen vor Beeinträchtigungen schützt. Aus diesem Grunde ist die Unterscheidung dieser Rechtsgüter bedeutsam.

6.3.1.4 Kausalzusammenhang

Ganz allgemein lässt sich der Kausalzusammenhang als die **Beziehung zwischen Ursache und Wirkung** umschreiben. Der Schädiger muss durch sein Verhalten eine Bedingung gesetzt haben, ohne die der Schaden nicht eingetreten wäre. Es handelt sich dabei um das Erfordernis der «conditio sine qua non», eine notwendige Bedingung, wodurch ein **«natürlicher Kausalzusammenhang»** zwischen dem Verstoß gegen eine Verhaltenspflicht und der Rechtsgutverletzung hergestellt wird.

Da sich die einmal in Gang gesetzte natürliche Kausalkette unendlich fortsetzen kann und damit eine beinahe unbegrenzte Haftung begründet werden könnte, bedarf die Haftung einer Begrenzung. Dazu dient die sog. **Adäquanztheorie**, nach welcher ein Schädiger, der eine conditio sine qua non gesetzt hat, nur dann haftet, wenn er den Schaden adäquat kausal verursacht hat. Nach der Formel des Bundesgerichts

ist ein **adäquater Kausalzusammenhang** dann gegeben, *wenn die Ursache nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens den eingetretenen Schaden objektiv begünstigt hat* (vgl. dazu BGE 101 II 69). Nach herrschender Auffassung muss der adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem schädigenden Verhalten und dem Schaden gegeben sein, d.h. die Adäquanz begrenzt demnach auch den Umfang des Schadenersatzes.

Bsp.: Eine Velofahrerin fragt einen Passanten nach dem Weg, um an ihre Zielortschaft zu gelangen. Der Fussgänger gibt irrtümlicherweise einen falschen Weg an. Die Velofahrerin befolgt den Rat des Passanten und wird in einer Linkskurve von einem Lastwagen angefahren. Zwischen der falschen Auskunft und dem eingetretenen Schaden besteht zwar ein natürlicher Kausalzusammenhang, aber in Anwendung der Adäquanztheorie ist der vorliegende Kausalzusammenhang inadäquat und eine Haftung folglich zu verneinen.

Als zwei Spaziergänger an einem abgelegenen Bauernhof vorbeigehen, stürzt sich ganz überraschend ein angeketteter Hund aus einer Scheune auf die Passanten. Den einen Passanten erwischt der Hund am Mantel und beisst sich daran fest. Der andere Spaziergänger flieht voller Angst auf die Leiter eines sich noch im Bau befindlichen Getreidesilos und fällt dabei in eine Grube. Durch diesen Sturz zieht sich der Passant einen schweren Körperschaden zu. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht zwischen der Sorgfaltspflichtverletzung des Hundehalters und dem Körperschaden des Passanten ein adäquater Kausalzusammenhang (BGE 102 II 238 f.).

6.3.1.5 Verschulden

Der Tatbestand in Art. 41 OR setzt ein Verschulden des Schädigers voraus. Demzufolge sind Urteilsunfähige (Art. 16 und 18 ZGB) grundsätzlich auch deliktsunfähig. Die Urteilsunfähigkeit bei Minderjährigen ist aber im Einzelfall zu prüfen und tritt nicht ab einem bestimmten Alter generell ein.

Die Billigkeitshaftung in Art. 54 OR sieht vor, dass mit der Deliktsunfähigkeit Urteilsunfähiger einhergehende Härtefälle für das Opfer möglichst gemildert werden sollen.

6.3.1.6 Schaden und Genugtuung

Unter dem Tatbestandsmerkmal des Schadens wird die finanzielle Einbusse infolge eines schädigenden Ereignisses verstanden. Demnach ist der Schaden grundsätzlich eine unfreiwillige Vermögenseinbusse. Nichtvermögens- oder immaterielle Schäden können gemäss Art. 47/49 OR bei gegebenen Voraussetzungen im Rahmen einer Genugtuung entgolten werden.

Bsp.: Die Spitalkosten bilden bei einer Körperverletzung, welche Folge eines Unfalls ist, den Vermögensschaden. Die erlittenen Schmerzen oder eine bleibende physische Entstellung ergeben den immateriellen Schaden, welcher nur im Rahmen einer Genugtuung nach Art. 47/49 OR ersatzfähig ist.

Anders als in den USA hat das schweizerische Haftpflichtrecht keinen pönalen Charakter; sodass lediglich der eingetretene Vermögensverlust sowie eine Genugtuungssumme für erlittenen immateriellen Schaden ersetzt werden können. Die Zusprechung von «punitive damages», sog. Strafschadenersatz, ist nicht zulässig.

Bsp.: Aus Frust über die neue Errungenschaft seines Nachbarn Meier tritt Anton absichtlich gegen Meiers Nobelfahrzeug und fügt diesem dadurch einen erheblichen Blechschaden zu. Für die Reparaturkosten muss Anton als Verursacher der Vermögensverminderung aufkommen.

6.3.2 Ungerechtfertigte Bereicherung

Neben dem Vertrag und der unerlaubten Handlung kann als dritter Entstehungsgrund für ein Schuldverhältnis der Tatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung angeführt werden (Art. 62 bis 67 OR). Mit dem Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung wird der Ausgleich einer nicht gerechtfertigten Vermögensverschiebung verlangt. Nach Art. 62 Abs. 1 OR ist der Tatbestand der ungerechtfertigten Berei-

cherung erfüllt, wenn das Vermögen einer Person ohne Rechtsgrund (z.B. aus Gesetz oder Vertrag) zugenommen oder ungerechtfertigterweise nicht abgenommen hat. In solchen Fällen muss die Bereicherung in der Regel zurückerstattet werden.

Bsp.: Die Bank hat eine bestimmte Geldsumme versehentlich Anton Meier anstatt Alfons Meier gutgeschrieben. Diese Vermögenszunahme ohne Rechtsgrund bei Anton Meier stellt eine ungerechtfertigte Bereicherung dar und muss entsprechend wieder rückgängig gemacht werden.

In einem solchen Fall hat der Bereicherte neben der eigentlichen Bereicherung auch den bezogenen Nutzen herauszugeben.

Bsp.: Die im obigen Beispiel aus Versehen an Anton Meier gutgeschriebene Geldsumme wird von der Bank zurückverlangt. Dabei hat Anton Meier nicht nur die ursprünglich überwiesene Geldsumme zurück zu erstatten, sondern auch die in der Zwischenzeit erlangten Zinsen (Art. 62 Abs. 1 OR).

Eine ungerechtfertigte Bereicherung liegt z.B. vor, wenn der Schuldner der Meinung ist, er sei zu einer Leistung verpflichtet, obwohl dafür kein gültiger Rechtsgrund besteht. Ein solcher Fall kann vorliegen, wenn ein Schuldverhältnis gar nie bestanden hat, nicht wirksam begründet wurde oder nachträglich weggefallen ist. Zu denken ist etwa an die Geltendmachung von Willensmängeln, wodurch ein Vertrag nachträglich dahinfällt. Für die bereits erfolgten Zuwendungen liegt somit kein Rechtsgrund mehr vor. Das Schuldverhältnis ist weggefallen.

Bsp.: Auf der Grundlage eines Kaufvertrags bezahlt der Käufer den vereinbarten Kaufpreis. Wegen der Geltendmachung eines Willensmangels, der Handlungsunfähigkeit einer Person oder wegen eines Formverstosses ist der Vertrag gar nie gültig zustande gekommen (BGE 115 II 28 ff.). Der Kaufpreis kann zurückverlangt werden.

Eine wichtige Ausnahme macht Art. 63 Abs. 2 OR mit Bezug auf die Einrede der Verjährung. Die Rückforderung einer Leistung, welche aufgrund einer verjährten Forderung, der Erfüllung einer sittlichen Pflicht oder einer Naturalobligation ganz allgemein (unvollkommene Schuldverhältnisse, bei denen die Durchsetzbarkeit fehlt, wie z.B. Art. 513 OR) getätigt wurde, kann auch bei Unkenntnis der entsprechenden Einredemöglichkeit nicht verlangt werden.

Der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung kann noch während **eines Jahres** seit dem Zeitpunkt, in welchem der Verletzte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat, erhoben werden (sog. relative Verjährungsfrist). In jedem Fall aber verjährt der Anspruch mit Ablauf von **zehn Jahren** seit der Entstehung des Anspruchs (sog. absolute Verjährungsfrist; vgl. Kap. C.3.5).

6.4 Culpa in contrahendo (c.i.c.)

Die culpa in contrahendo (c.i.c.), auch vorvertragliche Haftung genannt, gehört zu den durch Richterrecht, d.h. durch richterliche Lückenfüllung, entwickelten Entstehungsgründen für Schuldverhältnisse.

6.4.1 Die c.i.c. im Allgemeinen

Oft gehen den Vertragsabschlüssen längere Vertragsverhandlungen voraus. Trotz mangelnder vertraglicher Bindung der Parteien entstehen bereits im Vorstadium eines Vertragsabschlusses Pflichten für die Vertragsparteien.

Mit dem Instrument der culpa in contrahendo (c.i.c.) wird das Problem erfasst, wenn bei Vertragsverhandlungen ein Schaden für eine Vertragspartei entstanden ist, welcher einer Kompensation bedarf. Da der Vertragsabschluss aber noch gar nicht getätigt wurde, kann hierfür nicht auf eine vertragliche Grundlage zurückgegriffen werden. Deshalb wird in diesem Zusammenhang regelmässig von einer **vorvertraglichen Haftung** gesprochen.

Die Begründung dieser Lehre ist insbesondere vor dem Hintergrund von Art. 2 ZGB zu sehen. Wer mit einer oder mehreren anderen Parteien in Vertragsverhandlungen eintritt, muss die Gebote der Redlichkeit und der Loyalität beachten und hat im Gegenzug selbst einen Anspruch darauf, dass diese auch von Verhandlungspartnern beachtet werden. Bei einem Verstoss gegen das Gebot von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr kann demnach eine Haftung aus culpa in contrahendo begründet werden.

Das Rechtsinstitut der c.i.c. ist im OR nicht konkret geregelt. Punktuelle positivrechtliche Bestimmungen finden sich allerdings in den Art. 26, 31 Abs. 3, 36 Abs. 2 und 39 OR.

6.4.2 Die vorvertraglichen Pflichten

Die vorvertraglichen Pflichten können grundsätzlich wie folgt zusammengefasst werden:

- Die Verhandlungspartner sind verpflichtet, **ernsthaft zu verhandeln**. Demzufolge muss eine Partei die Verhandlungen abbrechen, sobald für sie ein Vertragsabschluss nicht mehr in Frage kommt.

Bsp.: Meier hat eine Bäckerei und ein Haus. Um seine beiden Kinder testamentarisch möglichst gleich zu behandeln, möchte er den Wert seiner Güter herausfinden. Er tritt daher mit Interessenten für seine Bäckerei bzw. für sein Haus in Verbindung. Diese lassen Expertisen über den Wert erstellen. Nachdem Meier die Ergebnisse kennt, ist er an der Veräusserung nicht mehr interessiert.

- Die Vertragsparteien trifft eine so genannte **Aufklärungspflicht**. Sind der einen Partei Tatsachen bekannt, welche für den Vertragsabschluss relevant, aber der Gegenpartei nicht bekannt sind und auch nicht bekannt sein müssen, besteht eine Aufklärungspflicht. Gegebenenfalls ist es auch geboten, Auskünfte und Ratschläge im Hinblick auf einen möglichen Vertragsabschluss zu erteilen. Entscheidend ist diesbezüglich die Stellung der Parteien im Wirtschaftsleben.

Bsp.: Der Buchladen muss die Studentin darüber aufklären, dass das Buch, das sie erwerben möchte, eine alte Auflage ist. Der Computerhändler muss den Käufer von Hard- und Software über deren Kompatibilität aufklären. Die Bank muss einen Kleinsparer über die Risiken von Termingeschäften aufklären, nicht aber die Verwalterin einer Pensionskasse.

- Die **Auskünfte** müssen **sorgfältig** erteilt werden, auch mit Bezug auf deren Inhalt.

Merke

Wer anlässlich der Vertragsverhandlungen gegen die Pflicht zu ernsthaftem Verhandeln oder Aufklärungs- und Informationspflichten verstösst, wird aus culpa in contrahendo haftbar.

Selbstverständlich kann aus dem Rechtsinstitut der c.i.c. für die Vertragsparteien keine grundsätzliche Verpflichtung hergeleitet werden, Rechtsgeschäfte zu einem Abschluss zu führen. Aufgrund der Vertragsfreiheit können Vertragsverhandlungen jederzeit, ohne Grundangabe und ohne Ersatzpflicht abgebrochen werden, unter Einhaltung oben erwähnter Grundsätze.

Merke

Der blosse Abbruch von Vertragsverhandlungen begründet für sich keine Haftung; vielmehr muss das Verhalten Treu und Glauben im Geschäftsverkehr widersprechen.

6.4.3 Die Haftungsvoraussetzungen

Die Voraussetzungen für eine Haftung aus c.i.c. sind folgende:

- Die Schädigung muss aus der **Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben** in einem **bestehenden Treueverhältnis** zwischen den Vertragsverhandlungsparteien resultieren;
- Es muss ein **Schaden** eingetreten sein;
- Es muss ein **adäquater Kausalzusammenhang** zwischen der Sorgfaltspflichtverletzung und dem eingetretenen Schaden vorliegen;
- Ein **Verschulden** des Haftpflichtigen muss gegeben sein (Absicht oder Fahrlässigkeit).

6.5 Andere gesetzliche Schuldverhältnisse

Verschiedene Gesetzesbestimmungen können als Entstehungsgründe für Schuldverhältnisse fungieren und dabei Forderungen entstehen lassen.

Im Folgenden sind einige Beispiele solcher **gesetzlichen Schuldverhältnisse** aufgeführt:

- Art. 165 ZGB: Ausserordentliche Beiträge eines Ehegatten (bei erheblicher Mitarbeit eines Ehegatten im Gewerbe des andern);
- Art. 276 ZGB: Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber ihren Kindern;
- Art. 334 ZGB: Forderungen der Kinder und Grosskinder;
- Art. 419 ff. OR: Geschäftsführung ohne Auftrag.

6.6 Die Entstehungsgründe von Schuldverhältnissen im Überblick

Im Folgenden ein Überblick über die Entstehungsgründe von Schuldverhältnissen:

| Entstehungsgründe für Obligationen | | | |
|--|---|--|---|
| Vertrag | Gesetz | | |
| <ul style="list-style-type: none"> ▪ Einseitiges Rechtsgeschäft z.B. ein Testament ▪ Zwei- oder mehrseitige Rechtsgeschäfte: <ul style="list-style-type: none"> – Vertrag: Kaufvertrag, Werkvertrag etc. – Beschluss: z.B. GV-Abstimmung bei einer AG | Unerlaubte Handlung Anton schlägt aus purem Neid eine Beule in das neue Fahrzeug seines Nachbarn. | Ungerechtfertigte Bereicherung Die Bank KG überweist versehentlich CHF 10'000.– auf das Konto von Anton. | Andere Entstehungsgründe <ul style="list-style-type: none"> ▪ culpa in contrahendo ▪ andere gesetzliche Schuldverhältnisse |

Abb. 14: Die Entstehungsgründe der Obligationen und ihre Häufigkeit in der Praxis

6.7 Rechtslage bei mehreren, gleichzeitig gegebenen Anspruchsgrundlagen

Die Praxis bringt häufig Fälle hervor, in welchen ein Schädiger durch sein Verhalten mehrere Haftungstatbestände gleichzeitig erfüllt. Z.B. kann in gewissen Fällen neben einem vertraglichen Anspruch auch ein Anspruch aus unerlaubter Handlung geltend gemacht werden.

Bsp.: Anton hat eine 4½-Zimmer Wohnung in St. Gallen gemietet. Aus allgemeiner Frustration beschädigt er schuldhaft seine Wohnung. Die Beschädigung einer fremden Sache erfüllt grundsätzlich den Tatbestand der unerlaubten Handlung (Art. 41 Abs. 1 OR). Darüber hinaus hat der Vermieter aber auch einen vertraglichen Anspruch gegen den Mieter Anton (Art. 257 f. i. V. m. Art. 97 ff. OR).

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der verschiedenen Haftungsgründe zueinander. Die Systematik der Anspruchsgrundlagen kann wie folgt dargestellt werden:

6.7.1 Anspruchs konkurrenz

Hat ein Gläubiger für ein und dieselbe Forderung – z. B. für den Ersatz eines bestimmten Schadens – zwei oder mehrere Anspruchsgrundlagen zur Verfügung, spricht man von Anspruchs konkurrenz. Er kann seine Forderung nach allen diesen Anspruchsgrundlagen geltend machen. Wird aber ein Anspruch erfüllt, geht der andere, gleichzeitig geltend gemachte Anspruch unter. Der Gläubiger soll seinen Anspruch nicht mehrfach erhalten.

Bsp.: Nachdem Anton seine Mietwohnung schuldhaft beschädigt hat, besitzt der Vermieter sowohl vertragliche Ansprüche als auch einen Anspruch aus unerlaubter Handlung gegenüber dem Mieter Anton. Erhält der Vermieter den Schaden aus Vertrag ersetzt, geht sein Anspruch aus unerlaubter Handlung unter, da zwischen Ansprüchen aus Vertrag und solchen aus unerlaubter Handlung Anspruchs konkurrenz besteht.

6.7.2 Alternativität

Von Alternativität spricht man, wenn dem Gläubiger sachlich verschiedene Rechte zustehen, von denen er aber nur eines geltend machen kann. Er kann und muss sich also für einen Haftungsgrund und ein Recht entscheiden und kann von vornherein nicht alle zugleich geltend machen.

Bsp.: Wurde ein Werkvertrag durch den Unternehmer mangelhaft erfüllt, stehen dem Besteller die Rechtsbehelfe der Wandelung, Minderung oder Nachbesserung zur Verfügung (vgl. dazu Art. 368 OR und Kap. D.3.3.5). Obwohl dem Besteller mehrere Anspruchsgrundlagen zur Auswahl stehen, kann er nicht alle drei gleichzeitig geltend machen, sondern muss eine entsprechende Auswahl treffen.

6.7.3 Exklusivität

Würde nach einer allgemeinen Vorschrift ein Anspruch bestehen, ist aber darauf auch eine speziellere Rechtsnorm anwendbar, so richtet sich der Anspruch nach dieser Spezialnorm. Sie gilt exklusiv und «verdrängt» die allgemeine Regelung.

Bsp.: Die Gewährleistungsrechte des Werkvertragsrechts verdrängen die allgemeine Vertragshaftung nach Art. 97 OR.

Die im Mietrecht speziell geregelten Normen des Schuldnerverzugs (Art. 257d OR) gehen den allgemeinen Verzugsregeln von Art. 107 OR vor.

Fragen und Fälle für das Selbststudium, Teil A

1. In welchem Verhältnis stehen ZGB und OR zueinander, und welche Konsequenzen ergeben sich daraus?
2. Sie sind der Anwalt von Rosetta Hugentobler und haben einen Fall betreffend einer Liegenschaft aus dem Jahre 1987 zu bearbeiten. Zufällig stossen Sie in Ihrer Bibliothek auf eine Bestimmung aus dem Jahre 1951, die Ihnen evtl. weiterhelfen könnte. Wie behandeln Sie diese Bestimmung, und wie gehen Sie weiter vor?
3. Alice Suhner kommt zu Ihnen als Anwalt und legt Ihnen einen Gesetzesparagrafen vor, den sie nicht versteht. Auf den ersten Blick scheint Ihnen der Inhalt klar zu sein. Um Ihrer Klientin aber vollständig zu entsprechen, lassen Sie nichts unversucht, um den Gesetzessinn vollständig herauszukristallisieren. Wie gehen Sie vor? Nennen Sie die wichtigsten Punkte der einzelnen Vorgehensschritte.
4. Welche Bedeutung hat der «Gute Glaube» im juristischen Sinn und welche Rechtsfolgen werden daran geknüpft?
5. Hanna Holzer vertraut Kollege Bernd Müller ihr Portemonnaie an. Dieser verkauft es an seine Freundin Petra weiter. Petra weiss, dass ihm das Portemonnaie gar nicht gehört, und dass er es demzufolge gar nicht veräussern dürfte. Weil sie aber das Louis Vuitton Portemonnaie derart günstig erstehen kann, greift sie zu. Hanna Holzer versucht nun von Petra ihr Portemonnaie zurückzufordern. Diese beruft sich jedoch auf Art. 933 ZGB und macht geltend, dass sie das Portemonnaie gutgläubig erworben habe und damit nach Art. 933 ZGB (anvertraute Sachen) Eigentümerin geworden sei. Hanna Holzer fordert darauf Petra auf, ihren guten Glauben zu beweisen. Zu Recht?
6. Paulina Poppen kauft sich von ihrem Gehalt als Lehrtochter einen Discman für CHF 250. Paulina ist aber erst 16½ Jahre alt und somit unmündig. Ihr Vater ist nicht bereit, sein Einverständnis zum Vertrag zu geben und verlangt vom Geschäft, den Vertrag zu annullieren. Doch das Geschäft weigert sich und droht mit Klage auf Erfüllung des Vertrags. Sie sind Anwalt von Vater Poppen. Was raten Sie ihm?
7. Braucht jedermann einen Wohnsitz?
8. Nach welchen Kriterien wird beurteilt, ob es sich bei einem in Frage stehenden Ort um den Wohnsitz handelt oder nicht?
9. Welche juristischen Auswirkungen hat der Wohnsitz konkret?
10. Wie ist das Verhältnis des Allgemeinen Teils des OR zum Besonderen Teil geregelt?
11. Wie unterscheiden sich relative von absoluten Rechten?
12. Käufer K klagt gegen den Verkäufer (Importeur) V, der ihm das Auto nicht zum vertraglich vereinbarten Kaufpreis liefern will. V wehrt sich und macht geltend, dass er aufgrund eines Vertrags zwischen ihm und dem Hersteller das Fahrzeug nicht zu einem so tiefen Preis verkaufen dürfe, da dies für das Image der Marke schädigend sei. Er habe dies beim vertraglich mit K ausgehandelten Preis übersehen. Kann sich der Verkäufer gegenüber dem Käufer auf dieses Argument berufen?
13. Welches sind die Entstehungsgründe für eine Obligation?

14. Das Schlafzimmer eines Einfamilienhauses brennt aus, weil der Mieter beim Rauchen eingeschlafen ist. Hat nun der Vermieter Anspruch auf Schadenersatz aus (Miet-)Vertrag oder aus unerlaubter Handlung?
15. Wo ist das Haftpflichtrecht geregelt, und welche Hauptgruppen von Haftungen werden unterschieden?

B. OR AT I: Vertragsentstehung

1. Vertragsfreiheit

1.1 Grundsatz der Vertragsfreiheit

Vertragsfreiheit bedeutet, dass jedermann frei ist zu entscheiden, ob, mit wem und mit welchem Inhalt er einen Vertrag abschliessen will. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit ist Voraussetzung für eine freie Marktwirtschaft und wird durch die Verfassung garantiert.

1.2 Aspekte und Schranken der Vertragsfreiheit

Die Vertragsfreiheit umfasst die folgenden Aspekte («Einzelfreiheiten»):

- Die **Abschlussfreiheit** besagt, dass jeder frei ist, einen bestimmten Vertrag abzuschliessen bzw. auf einen bestimmten Vertragsabschluss zu verzichten.
- Die **Partnerwahlfreiheit** gewährt die Freiheit, den Vertragspartner frei zu wählen sowie Verträge mit bestimmten Personen nicht abzuschliessen.
- Die **Inhaltsfreiheit** gewährt die Freiheit, den Inhalt des Vertrages, also die Ausgestaltung von Leistung und Gegenleistung sowie sämtliche anderen Bedingungen eines Vertrags, beliebig festlegen zu können. Insbesondere müssen die Parteien nicht einen im Besonderen Teil des OR geregelten Vertragstyp wählen, sondern können auch neue Vertragstypen kreieren (sog. **Typenfreiheit**).
- Durch die **Aufhebungs- und Änderungsfreiheit** wird die Freiheit gewährt, einen abgeschlossenen Vertrag durch Vereinbarung wieder aufzuheben oder abändern zu dürfen.
- Die **Formfreiheit** bedeutet, dass Verträge grundsätzlich in beliebiger Form abgeschlossen werden dürfen.
- Die genannten Freiheiten gelten nur dem Grundsatz nach. Das Gesetz sieht verschiedene Schranken vor: So wird etwa die Inhaltsfreiheit durch zwingende Bestimmungen und die Formfreiheit durch Formvorschriften eingeschränkt.

1.3 Zwingendes und dispositives Recht

- Im Privatrecht ist zwischen zwei grundsätzlich verschiedenen Arten von Rechtsnormen zu unterscheiden:
- Einzelne Vorschriften sind so verfasst, dass sie nach ihrem Wortlaut oder ihrer Bedeutung vertraglichen Vereinbarungen vorgehen. Für einen solchen Fall können keine vom Gesetz abweichenden Vereinbarungen geschlossen werden; sie wären unwirksam. Man spricht hier von *zwingenden* Rechtsnormen.
- Die Mehrzahl der Vorschriften des OR sind hingegen sog. *dispositive* Rechtsnormen: Die Parteien sind frei, den betreffenden Punkt anders als das Gesetz zu regeln, und ihre Vereinbarung geht dann vor. Dagegen kommt die gesetzliche Regelung zur Geltung, wenn die Parteien den betreffenden Punkt nicht selbst geregelt haben.

2. Vertragsabschluss im Allgemeinen

2.1 Begriff des Vertrages

Zum Abschluss eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung der Parteien erforderlich. Die Willensäußerung kann eine ausdrückliche oder eine stillschweigende sein. (Art. 1 Abs. 1 und 2 OR)

Damit ein Vertrag zustande kommt, muss die zeitlich erste Willensäußerung (**Antrag**) der einen Vertragspartei mit der zeitlich zweiten Willensäußerung (**Annahme**) der Gegenpartei übereinstimmen. Demnach wird unter einem Vertrag der **Austausch inhaltlich übereinstimmender Willenserklärungen von mindestens zwei Personen mit einem rechtlichen Bindungswillen** verstanden. Der abgeschlossene Vertrag bindet die Parteien; eine nachträgliche Abänderung oder Aufhebung ist nur mit Zustimmung beider Vertragsparteien möglich («pacta sunt servanda»).

Konnte über einen wesentlichen Punkt keine Einigung erzielt werden (z.B. über den Preis bei einem Kaufvertrag), ist demnach kein Vertrag zustande gekommen.

Im Weiteren ist von den rechtlich verbindlichen Verträgen die Gefälligkeit zu unterscheiden, bei denen es an einem Rechtsbindungswillen fehlt. Bsp. hierfür sind eine Einladung zu einer Party, eine Verabredung für eine Fahrradtour sowie die Mitnahme eines Trampers.

Bsp.: Ehepaar A hat Ehepaar B für Samstagabend zum Essen eingeladen. Aus zeitlichen Gründen muss A am Freitag die Einladung absagen. Das Ehepaar B kann nicht auf Erfüllung der Einladung klagen oder vertraglichen Schadenersatz verlangen, da kein Vertrag vorliegt (fehlender Rechtsbindungswille).

2.2 Die Willenserklärung

Unter einer Willenserklärung (Willensäußerung) wird eine *private Willenskundgabe* verstanden, die auf die Erzielung einer Rechtsfolge gerichtet ist. Die anvisierte Rechtsfolge kann in der Begründung, Abänderung oder Beendigung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses liegen (z.B. Vertragsschluss, Verlängerung eines Vertrags, Vertragskündigung).

Die Willenserklärung besteht aus zwei Elementen:

- dem (inneren) **Willen** ein Geschäft abzuschliessen (Geschäftswille, Rechtsfolgewille) und eine Erklärung abzugeben (Erklärungswille, Geltungswille);
- dem äusserlich erkennbaren **Erklärungstatbestand**.

Diese Unterscheidung ist wesentlich für Konsens und Willensmängel (vgl. Kap. B.2.3.1 und B.6).

Das Gesetz nennt als mögliche Formen der Willensäußerung die ausdrückliche und die stillschweigende Erklärung.

- **Ausdrücklich** ist eine Erklärung, wenn sie in Form von Sprache (geschriebenes oder gesprochenes Wort) oder anderen Ausdrucksmitteln erfolgt, denen nach Verabredung oder Übung ein bestimmter Sinn zukommt.

Bsp.: A sagt zu B: «Ich biete Dir mein Notebook für 2000 Franken an.»

- **Stillschweigend** (konkludent) ist demgegenüber jede Erklärung, die nicht ausdrücklich ist, bei welcher also der Erklärende seinen Geschäftswillen ausschliesslich durch sein Verhalten kundtut.

Bsp.: Die Käuferin legt in einem Laden die von ihr gewählte Ware an der Kasse vor. Jemand nimmt beim Kiosk eine Zeitung aus dem Regal und hält das Geld hin. Der Verkäufer sendet die vom Käufer bestellte Ware ab, ohne zuvor die Bestellung zu bestätigen.

Achtung

In Abgrenzung zur «stillschweigenden» Erklärung muss stets beachtet werden, dass blosses Nichtstun oder Schweigen im Regelfall *keine* Willenserklärung darstellt (vgl. aber die Ausnahmen in Kap. B.2.6).

Ist die Willenserklärung unklar oder mehrdeutig, so ist sie auszulegen. Bei der Auslegung bestehen zwei mögliche Ansatzpunkte: Entweder stellt man auf den wirklichen Willen des Erklärenden ab (Willensprinzip) oder man schützt das Vertrauen auf das objektiv Erklärte (Vertrauensprinzip). In der Schweiz gilt für das Vertragsrecht das **Vertrauensprinzip** (anders z.B. im Erbrecht bei der Auslegung eines Testaments), obwohl es im Gesetz nicht ausdrücklich verankert ist.

Beim Vertrauensprinzip ist weder der Wille des Erklärenden noch das subjektive Verständnis des Erklärungsempfängers (wie der Empfänger die Erklärung wirklich aufgefasst hat) massgebend. Vielmehr ist darauf abzustellen, wie der Empfänger als vernünftige, redliche Person die Erklärung verstehen durfte oder musste (vgl. auch unten Kap. 2.3.2).

Merke

Eine Willenserklärung gilt so, wie sie eine vernünftige Person als Erklärungsempfänger («in den Schuhen des Erklärungsempfängers») nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste.

Grundsätzlich sind Willenserklärungen (insbesondere jene des Vertragsrechts) **empfangsbedürftig**, d.h. sie müssen beim Empfänger eintreffen (sog. Zugangsprinzip).

- Bei einer unmittelbaren Erklärung (persönliches oder telefonisches Gespräch) fallen Abgabe, Zugang und Kenntnisnahme der Erklärung zeitlich zusammen.

Bsp.: Wegen der Empfangsbedürftigkeit ist ein telefonisches Angebot, das (z.B. wegen Empfangsstörungen) nicht gehört werden kann, unwirksam.

- Bei einer mittelbaren Erklärung fallen Abgabe und Zugang zeitlich auseinander. Für den Zugang ist nicht notwendig, dass die Willenserklärung unmittelbar vom Adressaten zur Kenntnis genommen wird. Vielmehr ist ausreichend, dass die Willenserklärung (z.B. per Brief, Fax, E-Mail) in den Machtbereich des Erklärungsempfängers gelangt (Wohnung, Geschäftsräumlichkeiten, Briefkasten, Postfach, Faxgerät, elektronischen Briefkasten auf dem Mail-Server) und dass unter normalen Umständen mit der Möglichkeit der Kenntnisnahme gerechnet werden kann. Die Willenserklärung gilt auch dann als zugegangen, wenn sie von einem Angestellten, dem Ehegatten oder dem Anwalt des Adressaten empfangen wird.

Eine empfangsbedürftige Willenserklärung wird erst mit dem Zugang wirksam, was hinsichtlich der Frage bedeutsam ist, ob eine Erklärung rechtzeitig erfolgt ist.

Bsp.: Bei Kündigungen von Miet- oder Arbeitsverträgen ist der Zeitpunkt des Zugangs wichtig, weil eine verspätete Kündigung – z.B. wenn sie nicht am letzten Tag des Monats eintrifft – erst auf den nächsten Kündigungstermin wirksam wird.

2.3 Einigung (Konsens) und Nichteinigung (Dissens)

Stimmen die ausgetauschten Willensäusserungen überein, liegt Konsens vor. Ob in einem konkreten Fall Konsens vorliegt, ist dann umstritten, wenn sich eine Vertragspartei unrichtig oder missverständlich ausdrückt, wenn also der wirkliche vom erklärten Willen abweicht. Der wirkliche (= innere) Wille ist die Absicht, welche die Vertragspartei «in sich» trug, d.h. was sie wirklich wollte. Der erklärte (= äussere) Wille ist der geäusserte Wille, den die Partei zum Ausdruck gebracht hat.

Bsp.: Anton will beim Weinhändler Brunello bestellen, sagt aber versehentlich Barolo.

2.3.1 Natürlicher Konsens – Anwendung des Willensprinzips

Wille richtig ausgedrückt und richtig erkannt

Stimmen bei den ausgetauschten Willenserklärungen jeweils **der wirkliche und der erklärte Willen überein und werden die Erklärungen richtig verstanden**, bestehen keine Probleme. Hierbei handelt es sich um den **Normalfall**, und es ist ein natürlicher (tatsächlicher) Konsens gegeben.

Bsp.: Anton will an der Bar einen Kir (Weisswein mit einem Schuss Johannisbeerlikör) bestellen. Er erklärt, er wolle einen Kir, und der Barman versteht, dass Anton einen Kir will und meint auch, dass dieser einen Kir haben will.

Wille unrichtig ausgedrückt, aber richtig erkannt

Drückt sich eine Partei unrichtig aus, verstehen sich die Parteien aber gleichwohl richtig, d.h. erkennen sie den wirklichen Willen, so ist **ebenfalls ein natürlicher Konsens** gegeben. Nichts anderes gilt, wenn beide Parteien sich falsch ausdrücken, ihr tatsächlicher Wille aber übereinstimmt. Dies folgt aus Art. 18 Abs. 1 OR, wonach der wirkliche Wille und nicht die aus Irrtum unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten ist («falsa demonstratio non nocet»). Solange also der wirkliche Wille der Parteien erkannt wird und übereinstimmt, gilt das Willensprinzip (da kein Grund für eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip besteht).

Bsp.:

- Anton will an seiner Stammbier (wie üblich) einen Kir bestellen, sagt aber versehentlich «Wie immer ein Bier». Der Barman versteht zwar Bier, meint aber, dass Anton wie immer einen Kir möchte. Der Barman erkennt also den tatsächlichen Willen von Anton.
- Beat schliesst mit dem Möbelhaus eine als Mietvertrag bezeichnete Vereinbarung ab, obwohl beide Parteien einen Abzahlungskauf vereinbaren wollen.
- Berühmt ist in diesem Zusammenhang der «Haakjöringsköd»-Fall (RGZ 99 147 [148]), der vom deutschen Reichsgericht entschieden wurde: Beide Vertragsparteien waren nachweislich davon ausgegangen, dass «Haakjöringsköd» das dänische Wort für Walfischfleisch sei, während es in Wirklichkeit Hai-fischfleisch bedeutet. Folgerichtig bestand ein natürlicher Konsens über den Kauf von Walfischfleisch.
- Ein schweizerischer Gerichtsentscheid: Besteht ein übereinstimmender wirklicher Wille, so kann er nach dem Sinn von Art. 18 Abs. 1 OR nicht einfach übergangen werden (BGE 105 II 16, 18; s. a. BGE 107 II 226).
- Wille unrichtig ausgedrückt, hätte aber richtig erkannt werden müssen

Wenn der Erklärungsempfänger **den wirklichen Willen** tatsächlich nicht erkannt hat, bei der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt aber **hätte erkennen können**, ist er ebenfalls nicht schutzwürdig. Auch in einem solchen Fall gilt nach dem **Willensprinzip** das **vom Erklärenden** wirklich Gewollte, nicht das (fälschlicherweise) objektiv Erklärte. Dies folgt aus dem Prinzip von Treu und Glauben: Der Erklärungs-

empfänger muss die empfangene Willenserklärung auslegen und – sofern etwas auf Unklarheiten oder Unstimmigkeiten hindeutet – auch rückfragen.

Bsp.: Heidi und Clara führen Verhandlungen über den Verkauf von Heidis Mountainbike. Wenn bisher immer von einem Verkaufspreis von CHF 320 die Rede war und nun Heidi ein Angebot über CHF 230 macht, darf Clara nicht ohne Rückfrage davon ausgehen, dass Heidi ihre Preisvorstellung nach unten korrigiert hat.

2.3.2 Kein natürlicher Konsens – Auslegung nach dem Vertrauensprinzip

Kann nun aber **kein tatsächlicher übereinstimmender Wille** festgestellt werden, weil der wirkliche Wille des Erklärenden von dem Erklärten abweicht und der Erklärungsempfänger dies bei der gebotenen Sorgfalt nicht erkennen konnte, so kommt das **Vertrauensprinzip** zum Zug: Die Willenserklärung gilt so, wie sie der Empfänger verstehen durfte (bzw. musste), sein Vertrauen in das objektiv Erklärte wird also geschützt. Dabei sind sämtliche Umstände zu berücksichtigen, welche im Zusammenhang mit der Erklärung von Bedeutung sind (z.B. Vorverhandlungen, zusätzliche mündliche Äusserungen der Parteien, branchenübliches Verhalten, Usancen usw.). *Die Willenserklärung gilt so, wie sie eine vernünftige Person als Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste.*

Bsp.: In den Vertragsverhandlungen wird lange verhandelt, ob der Käufer jährlich mindestens 30'000 oder (so der Wunsch des Verkäufers) 40'000 Stück abnehmen muss. Man trifft sich schliesslich in der Mitte und der Verkäufer schreibt in den Vertrag als Mindestabnahmemenge: «jährlich 3500 Stück». Der Käufer muss aus den Umständen vernünftigerweise 35'000 Stück verstehen.

Kurz gesagt

Hat sich eine Vertragspartei missverständlich ausgedrückt und hat die Gegenseite den wirklichen Willen nicht erkannt und nicht erkennen können, so muss sich die erste Partei die Auslegung ihrer Willenserklärung nach dem Vertrauensprinzip entgegenhalten lassen.

Normativer Konsens

Ergibt sich aufgrund der nach dem Vertrauensprinzip ausgelegten Willenserklärung eine übereinstimmende Willensäusserung, so spricht man von einem **normativen (rechtlichen) Konsens**.

Immerhin hat die irrende Partei allenfalls unter bestimmten Umständen die Möglichkeit, den Vertrag wegen Erklärungsirrtum (Art. 23 f. OR) anzufechten. Damit kann sie sich möglicherweise von den Wirkungen der Erklärung lösen, wird aber unter Umständen der anderen Partei gegenüber schadenersatzpflichtig (vgl. unten Kap. B.6.2.1).

Dissens

Liegt weder ein natürlicher noch ein normativer Konsens vor, spricht man von Dissens. Der Dissens kann sich dabei auf sämtliche Vertragspunkte beziehen (Totaldissens) oder nur auf einzelne (Partialdissens).

Ferner wird nach dem Bewusstsein der Parteien unterschieden: Beim **offenen Dissens** sind sich die Parteien bewusst, dass sie sich nicht einig sind («to agree to disagree»); etwa wenn sie sich über den Preis nicht einigen können. Bei einem **versteckten Dissens** sind sich die Parteien der nicht übereinstimmenden Willenserklärung nicht bewusst.

Bsp.:

- Ein Italiener und ein Schweizer schliessen einen Kaufvertrag über Lederjacken ab. Zur Verständigung bedienen sie sich der englischen Sprache. Im Vertrag ist von «leather» die Rede. Während der Schweizer darunter «echt Leder» versteht, meint der Italiener «Kunstleder», da er ansonsten von «real leather» sprechen würde (Bezirksgericht St. Gallen, im St. Galler Tagblatt vom 6.2.1986).
- Das Waadtländer Tribunal Cantonal hatte im Jahre 1893 folgenden Fall zu beurteilen: Ein Wiener Handelshaus offerierte einem Handschuhhändler in Yverdon Handschuhe für 18 österreichische Gulden pro Dutzend. Der Handschuhhändler überlas die Währungsangabe. In der irrigen Annahme, es handle sich um Franken, bestellte der Händler eine gewisse Menge Handschuhe. Das Wiener Handelshaus seinerseits überlas in der schriftlichen Bestellung die vom Handschuhhändler gemachte Währungsbezeichnung «Franken» und schickte die bestellte Ware ab.

Was sind die Rechtsfolgen eines Dissenses?

- Bezieht sich der Dissens auf wesentliche Vertragspunkte, kommt kein Vertrag zustande. Dies gilt unabhängig davon, ob der Dissens ein offener oder ein versteckter ist.
- Betrifft der Dissens dagegen bloss unwesentliche Vertragspunkte (Nebenpunkte), so gilt der Vertrag vermutungsweise als zustande gekommen (nach dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 OR gilt diese Vermutung nur für den offenen Partialdissens, doch kommt sie auch beim versteckten Dissens analog zur Anwendung). Jede Vertragspartei kann die Vermutung durch den Beweis widerlegen, dass ein vom Dissens betroffener Vertragspunkt für sie *subjektiv wesentlich* war.

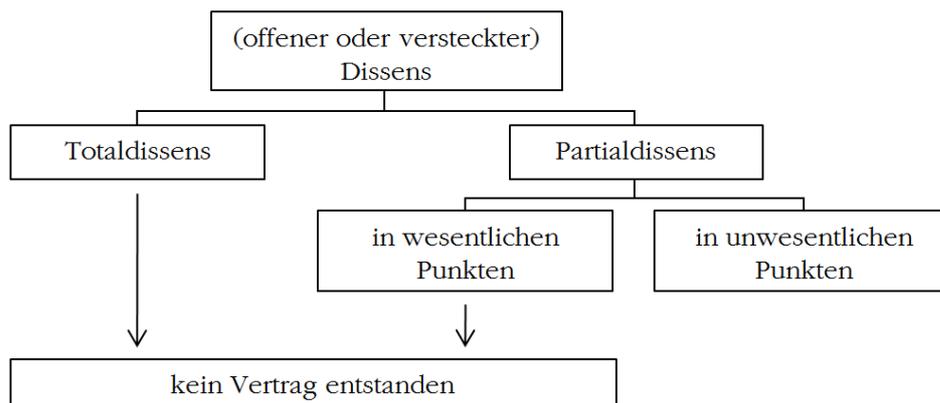


Abb. 15: Dissens

2.4 Die wesentlichen Vertragspunkte

Durch die übereinstimmende Willensäußerung legen die Parteien den vereinbarten Vertragsinhalt fest, wobei sie sich über die **wesentlichen Vertragspunkte** einig sein müssen. Man unterscheidet die **subjektiv wesentlichen** und die **objektiv wesentlichen** Vertragspunkte.

- Als **objektiv wesentlich** bezeichnet man jene Vertragspunkte, die den unentbehrlichen «Geschäftskern» ausmachen (essentialia negotii). Darunter sind nach herrschender Auffassung die vertragstypenbestimmenden Merkmale, Leistung und Gegenleistung sowie die Parteien zu verstehen. Die objektiv wesentlichen Vertragspunkte müssen bestimmt oder bestimmbar sein.
- **Subjektiv wesentlich** ist ein Vertragspunkt dann, wenn eine Partei ohne eine Einigung darüber den Vertrag nicht schliessen würde (d.h. wenn die Regelung dieses Punktes für eine Partei unabdingbare Voraussetzung für den Vertragsabschluss darstellt) und dies für die Gegenpartei erkennbar ist.

Alle Vertragspunkte, die nicht objektiv oder subjektiv wesentlich sind, sind unwesentliche Vertragspunkte, sog. Nebenpunkte (*accidentalia negotii*). Beispielsweise sind Zahlungs- und Lieferbedingungen, Erfüllungsort und -zeit typischerweise Nebenpunkte.

Bei der Abgrenzungsfrage, ob ein Vertragspunkt für eine Partei subjektiv wesentlich war oder ob es sich um einen (unwesentlichen) Nebenpunkt handelt, kommt das Vertrauensprinzip zur Anwendung.

Bsp.: A und B sind sich nicht darüber einig, ob die Ware per Flugzeug oder per Schiff geliefert werden soll. Da B wiederholt betont hat, dass für ihn die schnelle Lieferung wichtig ist, muss A davon ausgehen, dass es sich beim Transportweg für B um einen subjektiv wesentlichen Punkt handelt.

Fehlt eine Einigung über Nebenpunkte, so kommt der Vertrag (trotz dieser «Lücke») gleichwohl zustande (Art. 2 OR). Die Vertragslücke wird in erster Linie durch dispositives (nachgiebiges) Gesetzesrecht ausgefüllt. Sieht das Gesetz keine Bestimmung vor, kommen Normen des Gewohnheitsrechts oder die richterliche Vertragsergänzung zum Zuge.

Bsp.: Die Parteien haben den Ort der Vertragserfüllung nicht festgelegt. Die Lücke wird durch Art. 74 OR ausgefüllt.

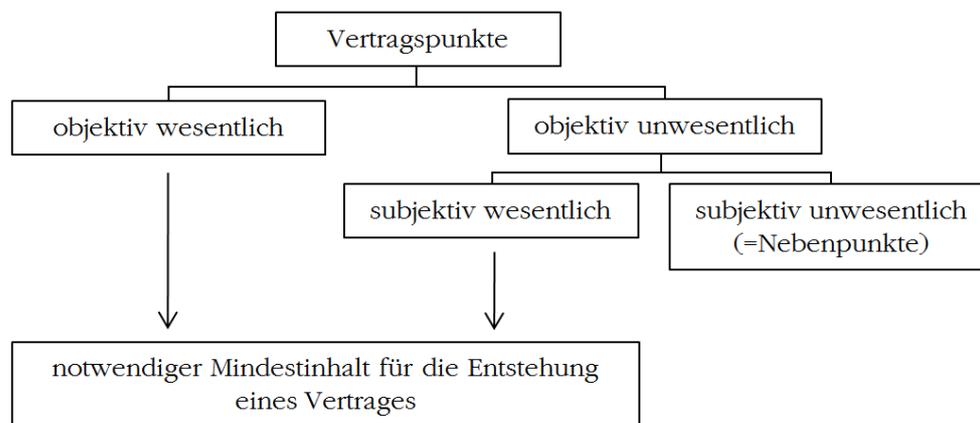


Abb. 16: Wesentliche Vertragspunkte

2.5 Antrag

Der Vertragsschluss setzt, wie ausgeführt, zwei übereinstimmende Willenserklärungen voraus. Die **zeitlich erste Willenserklärung** bezeichnet man als **Antrag** (Offerte, Angebot). Der Antrag muss so **bestimmt** (oder bestimmbar) sein, dass die Gegenseite bloss noch zuzustimmen braucht, d.h. es müssen alle wesentlichen Vertragspunkte enthalten sein. Als Faustregel gilt: Es handelt sich um einen Antrag, wenn der Empfänger lediglich «ja» sagen muss, um einen Vertragsabschluss zu erreichen.

Bsp.: «Ich würde gerne ein Auto kaufen», ist kein Antrag, weil weder das Auto noch dessen Preis bestimmt ist. «Haben Sie Rindfleisch?» ist kein Antrag, weil die Verkäuferin nicht weiss, wie viel die Kundin will, ob es gehackt oder am Stück sein soll.

Folgt auf ein Angebot eine abweichende Willenserklärung des Angebotsempfängers, handelt es sich dabei um ein neues Angebot.

Bsp.: «Ich verkaufe Ihnen dieses Velo für 500 Franken», ist ein Antrag von A. Wenn nun der Angebotsempfänger B antwortet: «Für 400 Franken würde ich es nehmen», so ist dies ein Gegenantrag, dem A zustimmen kann (und damit den Vertrag zum Abschluss bringen), den A ablehnen kann (womit kein Vertrag zustande kommt) oder auf den A mit einem neuen Antrag, z.B. über 480 Franken, reagieren kann.

Damit eine Willenserklärung einen Antrag darstellt, muss ein **Bindungswillen** bestehen. Nicht als Antrag zu klassieren ist daher die blossere Bereitschaft, einen Vertrag abzuschliessen; vielmehr handelt es sich dabei

um die **Einladung zur Offertstellung** (invitatio ad offerendum), d.h. die Aufforderung an die Gegenpartei, Anträge zu machen. Dies liegt etwa dann vor, wenn dem «Angebot» ein Vorbehalt wie «unverbindlich», «freibleibend» oder «ohne obligo» beigefügt wurde. Auch wird nach Art. 7 Abs. 2 OR vermutet, dass die Versendung von Tarifen, Preislisten und dergleichen keinen Antrag bedeuten (anders verhält es sich aber bei der Auslage von Waren mit Angabe des Preises, Art. 7 Abs. 3 OR). Keine Anträge bilden auch Zeitungsinserate, Werbespots usw., da sich andernfalls der Anbieter mit einer unabsehbar grossen Zahl von Verträgen konfrontiert sehen könnte.

Bsp.: Anton schreibt sein Fahrzeug für CHF 10'000 in der Zeitung zum Verkauf aus. Melden sich mehrere Interessenten, wäre es unsinnig, das Zustandekommen eines Kaufvertrages mit allen Interessenten anzunehmen.

Auch die Erklärung, hinsichtlich eines Geschäfts in Verhandlungen eintreten zu wollen (sog. letter of intent), stellt keinen Antrag dar. Allerdings kann aus nicht ernsthaften Vertragsverhandlungen eine Schadenersatzhaftung aus culpa in contrahendo entstehen (vgl. oben Kap. A.6.4).

Der Antrag ist an keine bestimmte Form gebunden und kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Er ist grundsätzlich **unwiderruflich** und kann auch nicht mehr einseitig durch den Antragsteller verändert werden. Aus diesem Grunde ist die Dauer der Bindung bedeutsam. Hinsichtlich dieser Annahmefrist unterscheidet das Gesetz verschiedene Fälle:

- **Antrag mit Annahmefrist** (Art. 3 OR): Der Antragsteller setzt im Antrag ausdrücklich oder stillschweigend eine Annahmefrist.

Bsp.: «Verkaufe neuwertiges Motorrad (Honda XL 125S); Angebote bis 15. Januar an Chiffre X.» «Offerte gültig bis 30. November.»

- **Antrag ohne Annahmefrist** (Art. 4 f. OR): Der Antragsteller setzt keine Annahmefrist. In diesem Fall kommen die gesetzlichen Annahmefristen zum Zug:
- **Antrag unter Anwesenden** (Art. 4 OR): Stehen Antragsteller und Antragsempfänger in direkter Kommunikation (auch Telefon, Funk oder Chatroom im Internet), so muss der Antrag «sogleich» angenommen werden, ansonsten entfällt die Bindung des Antragstellers.
- **Antrag «unter Abwesenden»** (Art. 5 OR): Zwischen Antragsteller und Empfänger fehlt es an direkter Kommunikation. Als Antrag unter Abwesenden ist auch ein Angebot per Telex, Telefax oder E-Mail zu betrachten. Die gesetzliche Annahmefrist dauert bis zum Zeitpunkt, an welchem der Antragsteller «den Eingang der Antwort» erwarten durfte. Diese Zeitspanne umfasst drei Elemente: Die Zeit für die Übermittlung des Angebots, eine angemessene Überlegungsfrist und die Zeit für die Übermittlung der Annahme. Entscheidend ist die gesamte Frist. Die Annahmefrist ist mithin eingehalten, wenn die Annahmeerklärung vor Ablauf der Frist beim Antragsteller eintrifft (Art. 3 Abs. 2, Art. 5 Abs. 3 OR).

Bsp.: Anton hat ein briefliches Angebot erhalten. Da er sich etwas lange nicht entscheiden konnte, übermittelt er die Antwort (innerhalb der Frist) mit dem Fax. Durch die Verwendung eines «schnelleren» Antwortweges (Fax statt Brief) konnte er die etwas längere Überlegungsdauer sozusagen kompensieren.

Mit Ablauf der Annahmefrist erlischt die Bindung des Antragstellers. Eine verspätete Annahme führt deshalb nicht zum Vertragsschluss, sondern gilt als neues Angebot (für den Fall, dass die Annahme rechtzeitig abgesandt wurde, aber verspätet eintraf, vgl. Art. 5 Abs. 3 OR: Da der Absender grundsätzlich von einer ordentlichen Beförderung ausgehen können soll, hat der Antragsteller den Annehmenden unverzüglich über die Verspätung und damit das Erlöschen der Bindungswirkung des Antrags zu unterrichten).

Merke

Ein Antrag ist eine Willenserklärung, gerichtet auf den Abschluss eines Vertrages. Der Antrag muss alle objektiv wesentlichen Punkte enthalten.

2.6 Annahme

Die **Annahme** (Akzept) ist die **zeitlich zweite Willenserklärung**. Dadurch erklärt der Antragsempfänger seinen (endgültigen) Abschlusswillen, indem er dem Angebot zustimmt. Wie der Antrag ist auch die Annahme an keine bestimmte Form gebunden. Sie kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Damit ein Vertrag zustande kommt, muss sich die Annahme an den Antragsteller richten und mit dem Antrag übereinstimmen.

Weicht die Annahmeerklärung in einem wesentlichen Punkt vom Antrag ab, handelt es sich nicht um eine Annahme, sondern um einen neuen Antrag. Betrifft die Abweichung dagegen einen unwesentlichen Vertragspunkt, kommt der Vertrag gleichwohl zustande (Art. 2 Abs. 1 OR).

Bsp.: Anton: «Ich verkaufe mein Motorrad für CHF 10'000 bar auf die Hand.» Beat: «Einverstanden, aber ich werde Dir das Geld überweisen, weil ich nicht soviel Geld herumtragen will.»

Der Vertrag ist vermutungsweise zustande gekommen, da Zahlungsmodalitäten zu den unwesentlichen Vertragspunkten gehören. Handelt es sich dabei jedoch um einen subjektiv wesentlichen Punkt, so ist die Antwort von Beat keine Annahme, sondern ein neuer Antrag.

Der Vertrag gilt in diesem Zeitpunkt als geschlossen, in dem die mit dem Angebot übereinstimmende Annahme wirksam (rechtzeitig) erklärt wird. Eine verspätete Annahme (Annahme nach Ablauf der Annahmefrist) entfaltet keine Annahmewirkung, sondern ist ein neuer Antrag.

Der Zeitpunkt der Vertragswirkungen fällt beim Vertrag unter Anwesenden zusammen mit dem Moment des Vertragsschlusses. Für den Vertrag unter Abwesenden beginnen gemäss Art. 10 Abs. 1 OR die Wirkungen des Vertrages bereits im Zeitpunkt, da die Erklärung der Annahme zur Absendung abgegeben wurde.

Bsp.: Marianne übersendet Nina am 10. August eine Offerte. Diese trifft am 12. August bei Nina ein, worauf sie ihre Annahmeerklärung am 14. August abschickt. Am 17. August trifft die Annahmeerklärung bei Marianne ein. Der Vertragsschluss erfolgt also am 17. August, der Beginn der Vertragswirkungen wird hingegen auf den 14. August zurückbezogen.

Das **Schweigen auf einen Antrag** bedeutet grundsätzlich keine Annahme. Dies gilt selbst dann, wenn der Antragsteller ausdrücklich erklärt, er gehe von einer Annahme aus, falls der Antrag nicht ausdrücklich abgelehnt wird. Ohne diese Regelung müssten wir – bei entsprechender Formulierung der persönlich adressierten Werbeangebote – täglich eine Unzahl von Angeboten ablehnen, um nicht ungewollt vertraglich gebunden zu werden.

Ausnahmsweise kann das Schweigen als Annahme gelten. Bedeutsam ist diesbezüglich vor allem Art. 6 OR, wonach Schweigen als Annahmeerklärung vermutet wird, wenn «eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten» ist. Die Bestimmung unterscheidet zwei Fälle:

- Die **«besondere Natur des Geschäfts»**: Hier sind insbesondere Fälle gemeint, bei welchen ein Vertrag dem Angebotsempfänger lediglich Vorteile bringt.

Bsp.: Bei einer Schenkung muss der Beschenkte nicht ausdrücklich zustimmen (sofern der Vertrag ihn wirklich in keiner Weise belastet). Wem eine Schuld erlassen wird, muss dazu nicht ausdrücklich zustimmen.

- **«Besondere Umstände»:** Zwischen den Parteien besteht ein gewisses Vertrauensverhältnis aufgrund bereits bestehender Geschäftsverbindungen, insbesondere wenn in der Vergangenheit Verträge ohne ausdrückliche Annahme erfüllt wurden. Ein «besonderer Umstand» liegt vor, wenn z.B. der Angebotsempfänger den Antragsteller zur Offertstellung aufgefordert hat.

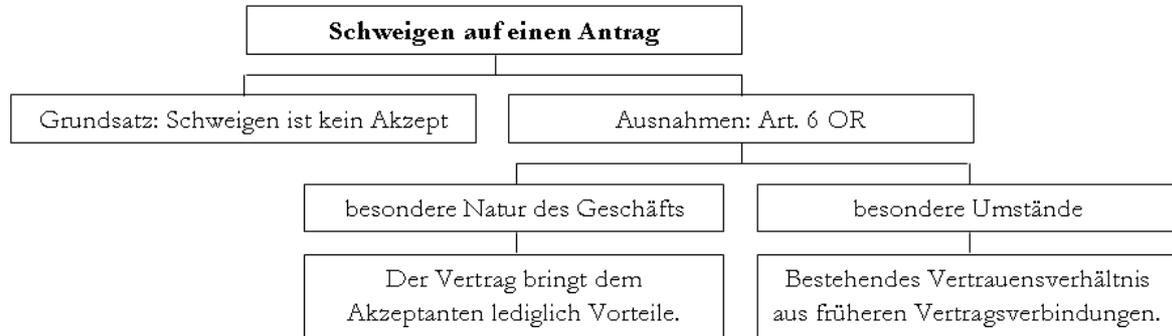


Abb. 17: Die Bedeutung von Schweigen auf einen Antrag

Bsp.: Anton bestellt seine Getränke jeweils bei einem Lieferanten, der ohne Auftragsbestätigung die gewünschten Getränke innerhalb von vier Tagen liefert. Bei der letzten Bestellung erhielt Anton auch nach zehn Tagen seine Getränke nicht. Der Lieferant kann nicht anführen, er sei vertraglich nicht gebunden, da er die Bestellungen nie bestätigt hatte.

Anton denkt, Beat könnte am Kauf seines Motorrades interessiert sein, und teilt ihm mit, er beabsichtige es für einen Betrag von etwa CHF 5'000 zu verkaufen. Beat schreibt ihm unmittelbar, er würde das Motorrad gerne erwerben und bietet CHF 5'500. Falls Anton diesen Antrag nicht ablehnt, ist der Vertrag zustande gekommen.

In den Fällen von Art. 6 OR muss der Angebotsempfänger seine Ablehnung gegenüber dem Antragsteller innert angemessener Frist mitteilen, wenn er das Geschäft nicht eingehen will. Dabei werden die Regeln für die Annahmeerklärung analog angewendet (Empfangsbedürftigkeit, Fristberechnung).

Wenn **unbestellte Sachen** zugestellt werden, fehlt es schon am Antrag. Deshalb kommt eine Annahme durch Schweigen gar nicht in Betracht (Art. 6a Abs. 1 und 2 OR). Dies gilt auch dann, wenn der Absender der Ware eine Rechnung mit der Aufforderung beilegt, entweder die Rechnung zu bezahlen oder die Sache zurückzusenden, und der Empfänger beides unterlässt. Der Empfänger kann die Sache behalten und ge- bzw. verbrauchen oder auch vernichten. Der Empfänger wird dabei weder aus Vertrag noch aus unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung schadenersatzpflichtig!

Dies gilt jedoch nicht, wenn die unbestellte Sache offensichtlich irrtümlich zugesandt worden ist (Art. 6a Abs. 3 OR). In einem solchen Fall muss der Empfänger den Absender benachrichtigen und die Sache während einer angemessenen Zeit zur Abholung bereithalten. Unterlässt der Empfänger dies, wird er aus unerlaubter Handlung (Art. 41 OR) ersatzpflichtig.

Bsp.: Anton erhält einen Kalender/eine Zeitschrift/Postkarten zugestellt mit einer Rechnung. Er muss die Rechnung nicht bezahlen und kann mit der Ware machen, was er will.

Herr Meier erhält vier Kisten Bier und drei Kisten Cola zugestellt. Da Meier die Getränke nicht bestellt hat, muss er davon ausgehen, dass sich der Lieferant bei der Zustellung geirrt hat. Falls er den Lieferanten nicht benachrichtigt, sondern die Getränke selber trinkt, wird er ersatzpflichtig.

2.7 Widerruf von Antrag und Annahme

Grundsätzlich bleibt der Widerruf («Rücknahme» der Willensäußerung einer Vertragspartei) einer Annahme oder eines Antrags **wirkungslos**. Eine einmal gemachte Willenserklärung kann nicht mehr zurückgenommen werden, es sei denn, der Erklärende hat sich dieses Recht ausdrücklich vorbehalten (z.B. Antrag mit dem Zusatz «freibleibend»).

Art. 9 OR hält **Ausnahmen** von diesem Grundsatz explizit fest. In zwei Fällen sollen Antrag oder Annahme wirkungslos bleiben:

- Wenn der Widerruf der (Antrags- oder Annahme-)Erklärung **vor** oder **mit** der Erklärung beim Empfänger eintrifft.

Bsp.: Henrietta sendet die Annahmeerklärung an Michèle (Antragstellerin) per A-Post, besinnt sich dann aber doch anders und ruft noch am gleichen Tag bei Michèle an, um die Annahme zu widerrufen.

- Wenn der Widerruf zwar später eintrifft, aber dem Empfänger vor der (widerrufenen) Erklärung **zur Kenntnis** gebracht wird. In der praktischen Anwendung wird ein solcher Widerruf meistens an Beweisschwierigkeiten scheitern.

Bsp.: Henrietta wirft ihren Beschluss erst in der Nacht um und ruft am anderen Morgen gleich um 8 Uhr bei Michèle an, um die Annahme zu widerrufen. Da Michèles Sekretär den Briefkasten wohl geleert, die Post aber noch nicht geöffnet hat, ist Henriettas Widerruf rechtzeitig. Hätte Michèle die Post mit der Annahmeerklärung bereits gesehen, wäre Henrietta zu spät.

Ferner sieht das Gesetz teilweise vor, dass Konsumenten ihre Vertragsannahme innerhalb eines bestimmten Zeitraums widerrufen können. Ziel dieser Regeln ist es, die Konsumenten bei bestimmten Geschäften vor übereilten Vertragsschlüssen zu schützen.

- Bei **Haustürgeschäften und ähnlichen Verträgen** hat der Konsument gemäss Art. 40a–g OR ein Widerrufsrecht. Der Kunde kann seine Willensäußerung innerhalb von 7 Tagen durch schriftliche Erklärung widerrufen (Art. 40e OR).

Merke

Der Widerruf eines Antrages oder Akzeptes ist nur in folgenden Fällen möglich:

- Das Widerrufsrecht wurde ausdrücklich (im Antrag) vorbehalten.
- Der Empfänger erhält vor oder mit dem Antrag oder Akzept Kenntnis vom Widerruf (Art. 9 OR).
- Widerrufsmöglichkeit aufgrund spezialgesetzlicher Regelungen (z.B. Haustürgeschäfte).

3. Einzelfragen zum Vertragsabschluss

3.1 Falscherklärungen

Weichen bei einer Willenserklärung Wille und Erklärung bewusst ab, spricht man von einer Falscherklärung. Zu unterscheiden sind der **geheimer Vorbehalt**, die **Scherzerklärung** und die **Simulation**.

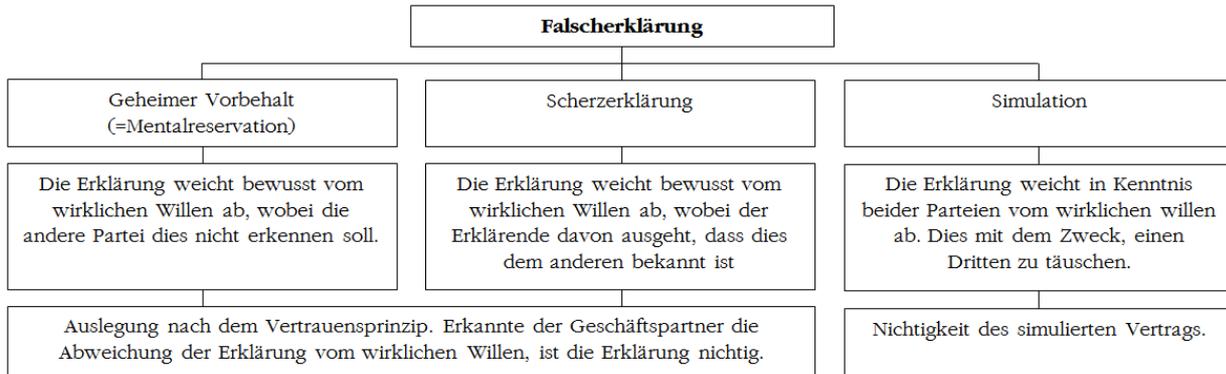


Abb. 18: Geheimer Vorbehalt, Simulation und Scherzerklärung

3.1.1 Geheimer Vorbehalt (Mentalreservation) und Scherzerklärung

Beim geheimen Vorbehalt erklärt eine Partei etwas anderes als das, was sie wirklich will, um sich nachher gegenüber dem Vertragspartner auf diese Diskrepanz berufen zu können. Dabei geht sie davon aus, dass der Erklärungsempfänger von dieser Abweichung keine Kenntnis hat.

Bsp.: Anton möchte herausfinden, was seine gebrauchten juristischen Skripten wert sind und bietet diese auf der uni-internen Flohmarkt-Datenbank an. Als ihn ein Interessent nach dem Preis fragt, sagt er CHF 40 in der Annahme, dass kein vernünftiger Käufer bereit sein dürfte, diesen Preis zu bezahlen. Der Interessent akzeptiert den Preis.

Bei der Scherzerklärung hingegen geht der Erklärende davon aus, dass der Empfänger erkennt, dass die Erklärung nicht ernst gemeint ist.

Bsp.: Zwei Anwälte versuchen, sich bezüglich der einzusetzenden Werte verschiedener Nachlassgegenstände zu einigen. Als der eine den Wert des Schmuckes, der seiner Mandantin zukommt, etwas gar tief einschätzt, sagt der andere: «Für diesen Preis würde ich den Schmuck sofort kaufen.» Die ebenfalls anwesende Mandantin, die den Schmuck eigentlich gar nicht will, antwortet sogleich: «Sie können ihn zu diesem Preis haben.»

Sowohl beim geheimen Vorbehalt als auch bei der Scherzerklärung ist der Erklärungsempfänger im Vertrauen auf das Erklärte zu schützen, falls er den Mangel der Ernstlichkeit nicht erkannt hat. Hat der Empfänger dagegen die fehlende Ernstlichkeit erkannt oder erkennen können, so ist die Willenserklärung nichtig (bezüglich des geheimen Vorbehalts ist diese Folge umstritten).

3.1.2 Scheingeschäft (Simulation)

Beim Scheingeschäft täuschen die Parteien einen Vertrag vor, ohne an diesen gebunden sein zu wollen; dabei ist die Diskrepanz zwischen dem erklärten und dem wirklichen Willen allen Parteien bewusst. Mit dem Scheingeschäft soll in der Regel ein Dritter (meist die Steuerbehörden) getäuscht werden.

Bsp.: Anton verkauft ein Grundstück an Beat. Um Steuern zu sparen und/oder Schwarzgeld loszuwerden, vereinbaren die beiden, im öffentlich beurkundeten Vertrag einen Preis von CHF 400'000 anzugeben und weitere CHF 200'000 «schwarz» zu bezahlen.

Bezieht sich die Simulation auf den ganzen Vertrag, ist also der gesamte Inhalt nicht gewollt, so spricht man von einer Vollsimulation; betrifft die Simulation nur einzelne Teile des Vertrages (z.B. den Preis), liegt eine Teilsimulation vor.

Im Falle der Teilsimulation bestehen zwei Verträge: Einerseits das Scheingeschäft, der simulierte, nicht gewollte, vorgetäuschte Vertrag, und andererseits das ernsthaft gewollte Geschäft, der dissimulierte Vertrag. Der simulierte Vertrag soll in diesem Fall den dissimulierten Vertrag verdecken.

Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR ist der «wirkliche Wille» der Parteien massgebend. Folglich ist der simulierte Vertrag unwirksam. Der dissimulierte Vertrag ist dagegen grundsätzlich gültig.

Bsp.: Meier will seinem Sohn ein Fahrzeug schenken. Um die Schenkungssteuern zu umgehen, vereinbaren sie einen Tauschvertrag. Die Gegenleistung des Sohnes besteht darin, dass er den Vater während den Semesterferien in juristischen und betriebswirtschaftlichen Angelegenheiten berät. Der Tauschvertrag ist das Scheingeschäft (und damit unwirksam), welches die ernst gemeinte (wirksame) Schenkung verdeckt.

Beim Grundstückkauf mit Schwarzzahlung ergibt sich ein weiteres Problem: Der beurkundete Vertrag ist als Scheingeschäft unwirksam. Da die Simulation i. d. R. den Zweck verfolgt, die Steuerbehörde zu täuschen, wird der dissimulierte Vertrag aus Geheimhaltungsgründen nicht öffentlich beurkundet und leidet damit an einem Formmangel (vgl. Art. 216 Abs. 1 OR). Dies hat grundsätzlich die Nichtigkeit zur Folge (Art. 11 Abs. 2 OR). Bei solchen Geschäften stellen sich übrigens auch [steuer-]strafrechtliche Probleme.

Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang entschieden, dass nach freiwilliger, irrtumsfreier Erfüllung die Berufung auf den Formmangel rechtsmissbräuchlich ist (BGE 104 II 99). Rechtsmissbrauch kommt ausserdem in Betracht, wenn der Formmangel von der Partei, die sich darauf beruft, arglistig herbeigeführt, bewusst in Kauf genommen oder zum eigenen Vorteil gewollt wurde (BGE 90 II 21).

3.2 Das kaufmännische Bestätigungsschreiben

Das kaufmännische Bestätigungsschreiben ist eine schriftliche Erklärung, mit welcher der Absender dem Empfänger des Schreibens bestätigt, er habe mit ihm einen in der Erklärung umschriebenen mündlichen Vertrag abgeschlossen. Das Bestätigungsschreiben hat dabei primär die Funktion eines Beweismittels.

Gibt das Bestätigungsschreiben die mündliche Vereinbarung nicht richtig wieder, muss der Empfänger dem Schreiben widersprechen. Anderenfalls führt das Bestätigungsschreiben nach herrschender Meinung zu einer Umkehr der Beweislast, d.h. der Empfänger muss nachweisen, dass ein Vertrag nicht oder zu anderen Bedingungen abgeschlossen wurde.

Zusätzlich stellt sich die Frage, inwieweit dem unwidersprochenen Bestätigungsschreiben auch eine konstitutive Wirkung zukommt, d.h. ob die im Bestätigungsschreiben festgehaltenen Bedingungen die in den mündlichen Verhandlungen abgemachten Bedingungen verdrängen können. Lehre und Rechtsprechung bejahen dies grundsätzlich, strittig ist aber die Frage, wo die Grenze liegt. Das Bundesgericht anerkennt eine konstitutive Wirkung nur insoweit, als das Bestätigungsschreiben vom Verhandlungsergebnis nicht derart abweicht, dass nach Treu und Glauben nicht mehr mit dem Einverständnis des Empfängers gerechnet werden darf (BGE 114 II 252).

3.3 Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

3.3.1 Begriff und Bedeutung

Die allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB, z. T. auch AVB = Allgemeine Vertrags- bzw. Versicherungsbedingungen) sind **Vertragsbestimmungen, die im Hinblick auf eine Vielzahl von Verträgen eines bestimmten «Typs» generell vorformuliert werden.** Dadurch müssen grosse Teile eines Vertrag

nicht mehr im Einzelnen ausgehandelt werden, was gerade bei Unternehmen, die eine Vielzahl gleichartiger Verträge abschliessen (z.B. Banken, Versicherungen, Vermieter, Transportunternehmen etc.), einen erheblichen *Rationalisierungseffekt* bewirkt. Zudem ist das Rechtsverhältnis oft umfassend geregelt (*Spezialisierungseffekt*), es muss weniger häufig auf dispositives Recht oder Lückenfüllung zurückgegriffen werden. Oft werden AGB aber auch zur *Risikoüberwälzung* verwendet, indem belastende Normen des dispositiven Rechts wegbedungen werden. Diese Überwälzung geschieht regelmässig zu Ungunsten der Konsumenten.

So wird gerade der Konsument (als generell schwächere Vertragspartei) regelmässig vor die Wahl gestellt, die (für ihn im Vergleich zum dispositiven Recht oft nachteiligen) AGB zu akzeptieren oder überhaupt keinen Vertrag dieser Art abzuschliessen. Da in vielen Bereichen die AGB der Anbieter stark angeglichen oder gar identisch sind, hilft auch ein Ausweichen auf andere Anbieter nichts, die Vertragsfreiheit reduziert sich auf ein «take it or leave it». Während im Ausland besondere gesetzliche Regelungen zur Kontrolle von AGBs bestehen (z.B. Regelung im deutschen BGB, EU-Richtlinie 93/13/EWG), die bisweilen auch eine generelle Inhaltskontrolle erlauben, stehen in der Schweiz lediglich die allgemeinen Grundsätze des Vertragsrechts sowie Art. 8 des Gesetzes gegen den Unlauteren Wettbewerb (UWG) zur Verfügung. Der Schweizer Richter kann AGB-Bestimmungen daher nicht auf ihre Missbräuchlichkeit hin überprüfen (Art. 8 UWG schützt nur gegen extreme Auswüchse und erlaubt somit keine effektive Inhaltskontrolle).

3.3.2 Notwendigkeit des Einbezugs

Auch wenn AGB generell-abstrakt (also sprachlich wie Gesetze) formuliert sind, stellen sie keine Rechtsnormen dar. AGB sind nur insoweit verbindlich, als sich die Parteien (ausdrücklich oder stillschweigend) über deren Gültigkeit geeinigt haben; **AGB werden somit nur durch gegenseitige übereinstimmende Willensäusserung zum Vertragsinhalt** (Art. 1 OR kommt zur Anwendung!).

Demnach muss der Unternehmer die Gegenseite vor oder bei Vertragsabschluss auf die AGB hinweisen, damit der Konsument die Möglichkeit erhält, vom Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen. Ein Hinweis auf die AGB *nach* Vertragsschluss genügt dagegen nicht, zumal es sich hierbei um einen Antrag zur Vertragsänderung handeln würde. Da diese Änderung die Rechtsposition der Gegenseite regelmässig verschlechtert, darf der AGB-Verwender das Schweigen der Gegenpartei nicht als Annahme verstehen (es liegt also kein Fall von Art. 6 OR vor).

3.3.3 Grenzen der Geltung von AGB

AGB unterstehen den allgemeinen Regeln bezüglich der inhaltlichen Schranken von Verträgen. Trotz Übernahme erlangen AGB daher keine Geltung, wenn bzw. soweit sie gegen zwingendes Recht verstossen.

Bsp.: Nach Art. 100 Abs. 1 OR ist der im Voraus getroffene Haftungsausschluss für grobes eigenes Verschulden nichtig. Auch im Arbeits-, Miet- und Reiserecht sind die Gesetzesbestimmungen weitgehend zwingender Natur, d.h. abweichende Vertragsvereinbarungen sind auch im Rahmen von AGB nichtig.

Eine AGB-Bestimmung ist sodann ungültig, wenn eine abweichende individuelle Abrede getroffen wurde (Vorrang der Individualabrede).

Bsp.: Der Käufer ist nur bereit, die Möbel zu kaufen, wenn sie ihm ohne Aufpreis nach Hause geliefert werden. Bei Auslieferung verlangt der Verkäufer die Transportkosten und verweist auf Ziff. 34 Abs. 3 lit. d der AGB: «Bei Lieferung an den Käufer hat der Verkäufer das Recht, die Transportkosten zu verlangen.»

Ein Gerichtsurteil: Ein generell formulierter Haftungs- oder Gewährleistungsausschluss (z.B. in AGB) ist unwirksam in Bezug auf Eigenschaften, die der Verkäufer dem Käufer gegenüber zugesichert hat. Ist beispielsweise der genaue Kilometerstand eines Occasionsautos für den Käufer wichtig und gibt ihm der Verkäufer darüber Auskunft (ohne einen expliziten Vorbehalt anzubringen), kann er sich bezüglich dieser Ei-

genschaft nicht hinter der Haftungsausschlussklausel in seinen AGB verstecken, sondern muss für diese zugesicherte Eigenschaft geradestehen (BGE 109 II 24).

In der Praxis erfolgt meistens eine Globalübernahme der AGB, d.h. eine Vertragspartei erklärt ihre Zustimmung zu den AGB der anderen Vertragspartei, ohne tatsächlich von ihrem Inhalt Kenntnis genommen zu haben (wobei sie – wie oben erwähnt – die Möglichkeit dazu gehabt haben muss, sonst ist der Einbezug ungültig!). Bei einer solchen Globalübernahme kommt die sog. **Ungewöhnlichkeitsregel** zum Zug: Demnach ist eine AGB-Bestimmung ungültig, wenn es sich um eine ungewöhnliche Bestimmung handelt, mit der die Gegenpartei zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht rechnen musste und auf die der geschäftsunerfahrene Kunde nicht besonders darauf hingewiesen worden ist. Von der Ungewöhnlichkeitsregel erfasst sind insbesondere geschäftsfremde Klauseln, die zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters oder -typs führen.

Im Folgenden einige Beispiele von AGB-Klauseln, die vom Bundesgericht für ungewöhnlich taxiert wurden:

- Gerichtsstandsklausel, wodurch der Konsument auf seinen durch Art. 59 Abs. 1 aBV garantierten Gerichtsstand an seinem Wohnsitz verzichtete. Deshalb sind Gerichtsstandsklauseln in AGBs heute meistens fettgedruckt und in der Nähe der Unterschrift des Kunden, weil dies als «besonderes Darauf-Hinweisen» genügt.
- Klausel, wodurch der geschäftsunerfahrene Bauherr dem Architekten umfassende Vollmacht erteilt.
- Klausel über die Haftung des Automieters, die erheblich von den üblichen Regeln der Kaskoversicherung abweicht.

Bei der Auslegung von AGB ist ferner die **Unklarheitsregel** bedeutsam (vgl. sogleich Kap. B.3.4).

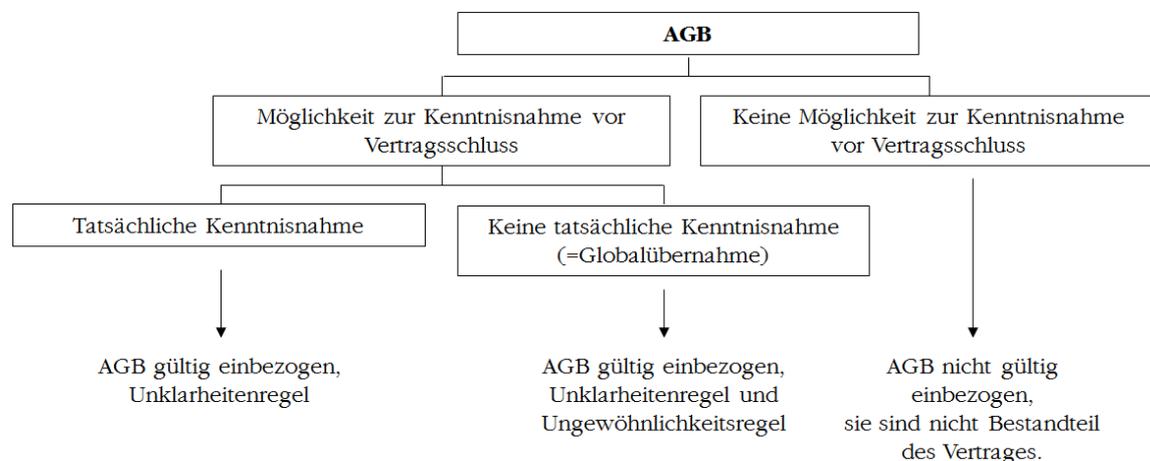


Abb. 19: Die Unklarheits- und Ungewöhnlichkeitsregel

3.4 Auslegung und Ergänzung von Verträgen

Sind sich die Parteien über den massgeblichen Vertragsinhalt nicht einig, muss letztlich der Richter den Inhalt des Vertrages durch Auslegung ermitteln. Das Ziel der Auslegung ist es, den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien festzustellen (Art. 18 Abs. 1 OR).

Lässt sich der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien nicht mehr (mit Sicherheit) feststellen, muss auf das Vertrauensprinzip zurückgegriffen werden, d.h. es ist zu fragen, was aufgrund der abgegebenen Erklärungen der *mutmassliche* Vertragswille der Parteien war.

Ausgangspunkt dazu bildet der durch die Parteien gewählte Wortlaut. Als ergänzende Auslegungsmittel sind die Umstände des Einzelfalls (Vorverhandlungen, Verhalten nach Vertragsabschluss, Interessenlage

bei Vertragsschluss, Vertragszweck) sowie die Verkehrsübung und Handelsbräuche (namentlich bei Verträgen unter Kaufleuten) zu beachten.

In Lehre und Rechtsprechung haben sich folgende allgemeine Auslegungsregeln herausgebildet:

- Auslegung «ex tunc»: Der Richter hat sich in den Zeitpunkt des Vertragsschlusses hineinzuversetzen.
- Keine Buchstabenauslegung: Zwar muss bei der Auslegung vom Wortlaut ausgegangen werden, eine rein grammatikalische Auslegung ist aber unzulässig.
- Ganzheitliche Auslegung: Einzelne Vertragsbestimmungen sind unter Berücksichtigung des Vertragsganzen auszulegen. Wichtig ist also nicht ein einzelnes Wort oder ein Absatz, sondern der gesamte Vertrag, d.h. das Geschäft als Ganzes.
- «favor negotii»: Wenn unterschiedliche Auslegungen möglich sind, von denen eine die Unwirksamkeit des Vertrages bewirkt, so ist grundsätzlich diejenige Auslegung vorzuziehen, mit welcher der Vertrag wirksam bleibt.
- **Unklarheitenregel** (in dubio contra stipulatorem): Ist eine Bestimmung mehrdeutig, gilt jene Bedeutung, die für den Verfasser der auszulegenden Bestimmung ungünstiger ist. Diese Regel ist insbesondere in Bezug auf AGB bedeutsam, zumal diese generell-abstrakt formuliert sind und sie oftmals Interpretationsspielraum offen lassen, welcher zuungunsten des AGB-Verwenders zu nutzen ist.

3.5 Auslobung, Preisausschreiben und Submission

3.5.1 Auslobung und Preisausschreiben

Die Auslobung besteht in der öffentlichen **Auskündigung (Versprechen) einer Belohnung** für die Vornahme einer Leistung (Art. 8 OR). Dieses abgegebene Versprechen begründet eine bedingte Leistungspflicht des Auskündenden, welche sich dann, wenn jemand die entsprechende Leistung erbracht hat, in eine unbedingte Leistungspflicht wandelt (Art. 8 Abs. 1 OR). Die Auslobung kann aber widerrufen werden, solange die Leistung noch nicht erbracht ist (Art. 8 Abs. 2 OR).

Bsp.: In der Fernsehsendung Aktenzeichen XY wird regelmässig für sachdienliche Hinweise, welche zur Fassung des Verbrechers führen, eine Belohnung ausgesetzt. Kommt der entscheidende Hinweis von mehreren Personen, ist die Belohnung zu teilen.

Einen Unterfall der Auslobung bildet das **Preisausschreiben**: Hier erfolgt das Versprechen einer Belohnung im Rahmen eines Wettbewerbs, etwa eines Architektur- oder Sportwettbewerbs. Im Gegensatz zur Auslobung erwartet der Versprechende mehrere Leistungen; es sollen aber nicht alle Leistungen belohnt werden, sondern bloss die beste(n). Wird für die Teilnahme an einem Preisausschreiben eine Anmeldung verlangt, entsteht zwischen Veranstalter und Teilnehmer in der Regel ein Vertragsverhältnis.

3.5.2 Submission (Ausschreiben von Vertragsleistungen)

Bei der Submission werden verschiedene Personen zur Offertstellung eingeladen. Mit einer Ausschreibung werden die Unternehmen aufgefordert, aufgrund bestimmter Unterlagen und Vorgaben ein Angebot für die Erbringung der Vertragsleistung einzureichen. Dieses Vorgehen ist bei grösseren Projekten, insbesondere **Bauprojekten**, üblich.

Im Gegensatz zur Auslobung ist die Submission im OR nicht geregelt. Die Ausschreibung ist eine Einladung zur Offertstellung (invitatio ad offerendum). Die Offerten werden durch die Unternehmen eingereicht, wobei der Ausschreibende bei der Wahl des Vertragspartners grundsätzlich frei ist. Einzig wenn er

die selbst bestimmten Vergaberegeln missachtet, kommt eine Haftung aus c.i.c. gegenüber einem nicht berücksichtigten Offerenten in Betracht. Bei der Ausschreibung öffentlicher Aufträge sind für das Verfahren ferner die entsprechenden Bestimmungen des öffentlichen Rechts massgebend (z.B. ab welchem Auftragsvolumen eine Ausschreibung erfolgen muss, wo und wie auszuschreiben ist, Fristen, Auswahlkriterien etc.).

3.6 Option

Eine Option ist das Recht, **durch einseitige Erklärung** einen Vertrag zu begründen oder zu verlängern. Es bedarf daher nicht einer Annahme der Erklärung durch die Gegenseite. Ein solches Recht kann entweder vertraglich begründet werden oder auf Gesetzesvorschrift beruhen. Die bedeutsamsten Beispiele sind Kaufsrecht (call-option), Verkaufsrecht (put-option) und Rückkaufsrecht sowie das Recht, den Mietvertrag für eine bestimmte Vertragsdauer zu verlängern.

Bsp.: Das Recht, Novartis-Aktien bis Ende des nächsten Jahres für CHF 60 zu kaufen (Kaufsrecht) bzw. für CHF 70 zu verkaufen (Verkaufsrecht). Das Recht, einen auf fünf Jahre befristeten Mietvertrag nach Ablauf der Vertragsdauer um weitere fünf Jahre zu verlängern.

3.7 Vorvertrag

In einem Vorvertrag verpflichten sich die Vertragsparteien zum Abschluss eines künftigen Vertrages (Art. 22 Abs. 1 OR). Je nach Inhalt erhält eine oder beide Parteien das Recht, den Abschluss des Hauptvertrages zu verlangen. Der Vorvertrag muss den wesentlichen Inhalt des Hauptvertrages bereits festlegen (Bestimmung oder Bestimmbarkeit der Leistungen). In der Regel sind die Parteien des Vorvertrages dieselben wie die Parteien des Hauptvertrages. Es ist aber auch möglich, dass sich die eine Partei verpflichtet, den Hauptvertrag mit einem Dritten abzuschliessen (Vorvertrag zugunsten Dritter).

Der gültig abgeschlossene Vorvertrag verpflichtet zum Abschluss des Hauptvertrages. Insbesondere ist die Bestimmung des Art. 22 Abs. 2 OR zu beachten, wonach die Form des künftig abzuschliessenden Vertrages auch für den Vorvertrag eingehalten werden muss.

Bsp.: Anton schliesst mit Peter einen Vorvertrag, wonach sich Anton verpflichtet, mit Peters Sohn einen Mietvertrag abzuschliessen.

Während bei einer Absichtserklärung (letter of intent) lediglich die Bereitschaft signalisiert wird, mit einer anderen Person in ernsthafte Vertragsverhandlungen einzutreten und dabei noch kein hinreichender vertraglicher Bindungswille besteht, handelt es sich beim Vorvertrag um einen verbindlichen Vertrag.

In der Praxis häufig anzutreffen ist die Architekten- oder Unternehmerklausel, mit der sich der Käufer eines Grundstücks verpflichtet, bei späteren Bauarbeiten den Verkäufer oder einen bestimmten Dritten als Lieferanten oder Dienstleister zu berücksichtigen. Die Durchsetzbarkeit einer solchen Klausel ist jedoch wegen des Rücktritts- und Kündigungsrechts beim Werkvertrag und Auftrag (Art. 377 und Art. 404 OR) nicht sichergestellt.

Zu beachten ist der Unterschied zwischen Vorvertrag, Vorkaufsrecht, Kaufrechtsvertrag und Rückkaufsrechtsvertrag.

| | | |
|----------------|--|---|
| Vorvertrag | Art. 22 OR | Vertrag, welcher die Verpflichtung zum Abschluss eines künftigen Vertrags begründet. |
| Vorkaufsrecht | z.B. Art. 681 ff. ZGB, Art. 216 OR | Die begünstigte Person hat das Recht, eine Sache zu einem bestimmten Zeitpunkt (oder bei Eintritt einer bestimmten Bedingung) zu erwerben. |
| Kaufrecht | z.B. Art. 216 ff. OR | Die begünstigte Person hat das Recht, eine Sache zu einem bestimmten Preis zu erwerben (Option). |
| Rückkaufsrecht | z.B. Art. 216 ff. OR | Die begünstigte Person hat das Recht, eine Sache zu einem bestimmten Preis zurückzukaufen (Option). |

Abb. 20: Der Vorvertrag (Abgrenzung)

3.8 Schuldbekennnis

Das abstrakte Schuldbekennnis ist ein Schuldbekennnis ohne Angabe des Verpflichtungsgrundes (Art. 17 OR). Der Schuldner übergibt dem Gläubiger eine Erklärung (auch Schuldanerkennung genannt) mit dem Inhalt, dass eine bestimmte Schuld bestehe, z.B. «Ich schulde Anton CHF 100». Die Folge eines abstrakten Schuldbekennnisses ist eine Beweislastumkehr mit Bezug auf das Bestehen der Forderung. Im Streitfall muss der Schuldner nachweisen, dass die Schuld aus einem bestimmten Grund nicht besteht.

4. Form der Verträge

Der Wille, ein Rechtsgeschäft abzuwickeln, muss in irgendeiner Form zum Ausdruck gebracht werden. Mögliche Ausdrucksformen können sein: die **ausdrückliche Willenserklärung**, wie z.B. nach Art. 1 Abs. 2 OR durch schriftliche oder mündliche Ausdrucksmittel sowie durch eine eindeutige Gestik, oder aber die **konkludente oder stillschweigende Willenserklärung**, d.h. der Geschäftswille wird objektiv allein aus dem Verhalten der Vertragspartei abgeleitet, sein. Verträge können demnach auch mündlich rechtsgültig abgeschlossen werden.

Bsp.:

- Petra und Jeannine vereinbaren mündlich, dass Jeannine ihr Saxophon für CHF 850 an Petra verkauft. Mit dieser mündlichen Vereinbarung wurde ein Kaufvertrag nach Art. 184 Abs. 1 OR rechtsgültig abgeschlossen.
- Durch Kopfnicken oder Handaufheben wird auch eine ausdrückliche Willenserklärung abgegeben, welche zu einem rechtsgültigen Vertragsabschluss führen kann.

4.1 Grundsatz: Formfreiheit

Im schweizerischen Obligationenrecht ist die **Formfreiheit** als Grundprinzip verankert (Art. 11 Abs. 1 OR). Demnach ist es grundsätzlich gleichgültig, in welcher Gestalt ein rechtsgeschäftlicher Wille geäußert wird. Der Grundsatz der Formfreiheit ist ein Aspekt der **Vertragsfreiheit**.

Rechtsgeschäfte ganz allgemein und Verträge im Besonderen bedürfen zu ihrer Gültigkeit nur dann einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt (Art. 11 Abs. 1 OR). Verträge, bei welchen die gesetzlich vorgeschriebene Form nicht eingehalten wird, sind daher grundsätzlich ungültig.

Aus der Formfreiheit ergibt sich umgekehrt, dass die Parteien sich auch selber Formvorschriften auferlegen können; die Vertragsparteien können sich also die Anwendung einer besonderen Form vorbehalten (Art. 16 Abs. 1 OR, **gewillkürte Form**). Für solche Fälle hat das Gesetz die Vermutung aufgestellt, dass die Parteien vor Erfüllung der vereinbarten Form nicht verpflichtet sein wollen.

Vereinbaren die Parteien «Schriftform», so werden damit gemäss Art. 16 Abs. 2 OR im Zweifel die Erfordernisse der gesetzlich definierten einfachen Schriftlichkeit vorausgesetzt.

4.2 Ausnahme: Die gesetzlichen Formvorschriften

Verträge, bei denen das Gesetz eine besondere Form vorschreibt, nennt man **formbedürftige Verträge**. Dazu gehören beispielsweise: Zession (Art. 165 Abs. 1 OR), Grundstückkauf (Art. 216 Abs. 1 OR), Abzahlungsvertrag (Art. 226a Abs. 2 OR), Schenkungsversprechen (Art. 243 Abs. 1 OR), Handelsreisendenvertrag (Art. 347a Abs. 1 OR).

Art. 22 Abs. 2 OR sieht vor, dass die Formvorschriften, welche für einen Hauptvertrag gelten, auch für Vorverträge gewahrt werden müssen, sofern sie dem Schutz der Parteien dienen.

Stellt das Gesetz für den Abschluss eines Rechtsgeschäfts eine besondere Formvorschrift auf, ist gemäss Art. 12 OR die Anwendung derselben auch für spätere Abänderungen des entsprechenden Rechtsgeschäfts zu beachten.

Bei formbedürftigen Verträgen stellt sich die Frage, welche Vertragspunkte konkret davon betroffen sind. Für die **objektiv wesentlichen Vertragspunkte** (essentialia negotii) gilt das Formerfordernis uneingeschränkt. Nach herrschender Meinung sind zudem auch die **subjektiv wesentlichen Vertragspunkte** sowie weitere Vertragspunkte, die das Gefüge von Leistung und Gegenleistung konkretisieren (z.B. Zahlungsmodalitäten, Konventionalstrafen, Übernahme von Hypotheken) vom Erfordernis der besonderen Form betroffen.

Mit den Formvorschriften werden im Wesentlichen drei verschiedene Zwecke verfolgt:

- **Rechtssicherheit (Sicherungsfunktion):** Im Interesse der Parteien soll durch die Einhaltung einer Formvorschrift der Beweis für den Abschluss und den Inhalt eines Rechtsgeschäfts sichergestellt werden können. Auch Dritten soll dadurch eine verlässliche Grundlage für die Beurteilung des Rechtsgeschäfts geboten werden.
- **Warnfunktion (Schutz der Parteien vor übereilem Handeln, Übereilungsschutz):** Beim Abschluss weitreichender Geschäfte werden die Parteien durch die Formvorschrift vor der eigenen Unachtsamkeit und Sorglosigkeit bewahrt. Insbesondere bei der Begründung unentgeltlicher Verpflichtungen ist eine Warnung erforderlich.
- **Klarstellungsfunktion:** Insbesondere bei Rechtsgeschäften, bei welchen ein förmlicher Vertrag als Grundlage für einen Registereintrag dient, sollen qualifizierte Wirkungen im Rechtsverkehr erzielt werden (z.B. Grundbuch Art. 942 ff. ZGB, Handelsregister Art. 927 ff. OR). Öffentliche Register und Urkunden schaffen auch eine verstärkte Beweiskraft (Art. 9 ZGB).
- **Präzisierungsfunktion:** Durch die Verpflichtung, den Vertragsinhalt schriftlich festzuhalten, wird dieser genau fixiert und daher oft auch präziser abgefasst als dies bei einer mündlichen Abmachung der Fall wäre.

4.3 Arten gesetzlicher Formvorschriften

Im schweizerischen Obligationenrecht werden grundsätzlich drei Arten von Formvorschriften unterschieden: Die einfache Schriftlichkeit, die qualifizierte Schriftlichkeit und die öffentliche Beurkundung.

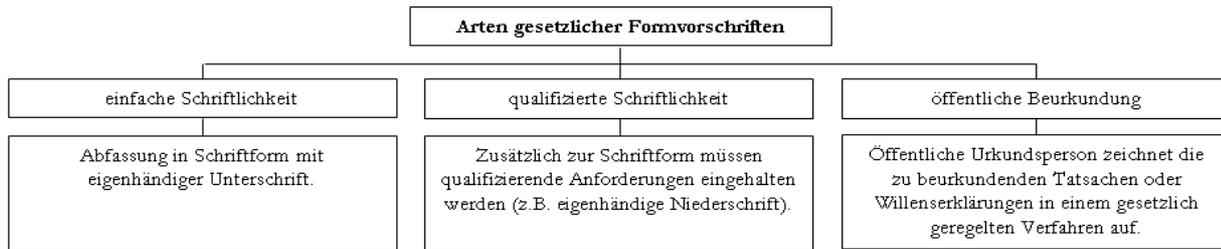


Abb. 21: Die gesetzlichen Formvorschriften

4.3.1 Einfache Schriftlichkeit

Die Formvorschrift der einfachen Schriftlichkeit als «schwächste» aller Formvorschriften hat insbesondere den Schutz der schwächeren Vertragspartei sowie die Sicherstellung der Beweislage zum Ziel. Diese Formvorschrift verlangt die Abfassung **in Schriftform**, d.h. der wesentliche Vertragsinhalt muss mittels irgendwelcher Schriftzeichen auf einem körperlichen Gegenstand (z.B. in einer Vertragsurkunde) festgehalten sein, ebenso die **eigenhändige Unterzeichnung**. Gemäss Art. 13 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 OR müssen all jene Personen unterschreiben, die durch den Vertrag verpflichtet werden sollen. Aus Art. 13 Abs. 1 OR lässt sich e contrario ableiten, dass die Unterschriften derjenigen Vertragsparteien, die aus dem Vertrag lediglich berechtigt sind, für die Rechtsgültigkeit desselben nicht benötigt werden.

Bsp.: Bei einer Schenkung nach Art. 243 Abs. 1 OR ist nur das Versprechen des Schenkers und bei einer Zession nach Art. 165 Abs. 1 OR nur die Erklärung des Zedenten dem Erfordernis der besonderen Schriftform unterworfen. Unterscheide in Art. 165 OR das Verfügungsgeschäft (Abs. 1) und das Verpflichtungsgeschäft (Abs. 2). Die Annahmeerklärung der jeweils anderen Vertragspartei ist in solchen Fällen formfrei möglich.

Grundsätzlich muss beim Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift mindestens der Familienname ausgeschrieben sein, wobei in Ausnahmefällen auch der Kosenamen genügen kann. Die Art und Weise, mit welcher der Text der Urkunde geschrieben wurde, z.B. ob dafür technische Hilfsmittel wie Schreibmaschine oder PC verwendet wurden, ist irrelevant. Zentral sind die dauerhafte Verkörperung des Textes und die eigenhändige Unterschrift, welche die Willenserklärung bestätigt (Art. 14 Abs. 1 OR). Das Erfordernis der Eigenhändigkeit der Unterschrift schliesst jede Art mechanischer oder technischer Unterzeichnung aus. Ausnahmen vom Grundsatz der Eigenhändigkeit sind in Art. 14 Abs. 2 und 3 sowie Art. 15 OR explizit aufgeführt.

In Fällen, bei welchen die Unterzeichnung durch einen Vertreter erfolgt, muss das Vertretungsverhältnis aus der Urkunde deutlich zum Ausdruck kommen, was regelmässig mit Zusätzen wie «i. A.» (im Auftrag) oder «ppa.» (per procura) erfolgt (Art. 458 Abs. 1 OR).

Vom Gesetz wird die Form der einfachen Schriftlichkeit u. a. für folgende Geschäfte bzw. Vertragsklauseln verlangt: Zession (Art. 165 Abs. 1 OR), Vorauszahlungsvertrag (Art. 227a Abs. 2 OR), Schenkungsversprechen (Art. 243 Abs. 1 OR), Konkurrenzverbot im Arbeitsrecht (Art. 340 OR), Auftrag zur Ehe- oder zur Partnerschaftsvermittlung (Art. 406d OR).

Bsp.: Nach Art. 13 Abs. 2 OR ist die Schriftform auch bei einer Erklärung mittels Telegramm gewahrt, sofern die Aufgabepesche die Unterschrift derjenigen Person trägt, die sich verpflichtet. Ob das Erfordernis der einfachen Schriftlichkeit durch die Verwendung moderner Kommunikationsmittel erfüllt wird, ist umstritten. Mitteilungen per Telex genügen nicht, hingegen wird die per Telefax übermittelte Urkunde derjenigen mittels Brief oder Telegramm gleich gestellt, und somit wird in solchen Fällen die Schriftform bejaht. Mangels endgültiger Fixierung wird die Schriftform bei E-Mail nach wie vor verneint.

4.3.2 Qualifizierte Schriftlichkeit

Wenn das Formerfordernis der Schriftlichkeit durch **zusätzliche Anforderungen** (so genannte **qualifizierende Elemente**) ergänzt wird, spricht man von qualifizierter Schriftlichkeit.

Das Gesetz sieht beispielsweise für das Testament in Art. 505 ZGB vor, dass die gesamte Urkunde eigenhändig niedergeschrieben werden muss.

Bei anderen Bestimmungen kommt die qualifizierte Schriftlichkeit dadurch zum Ausdruck, dass die Urkunde bestimmte Angaben enthalten muss, wie z.B. beim Abzahlungsvertrag (Art. 226a Abs. 2 und 3 OR) oder beim Lehrvertrag (Art. 344a Abs. 2 OR).

Ein qualifizierendes Element kann auch darin bestehen, dass die Willensäußerung auf einem amtlichen Formular zu erfolgen hat, wie z.B. gemäss Art. 266l Abs. 2 OR bei der Kündigung von Wohn- und Geschäftsräumen durch den Vermieter.

4.3.3 Öffentliche Beurkundung

Beim Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung handelt es sich um die «strengste» gesetzliche Formvorschrift. Die öffentliche Beurkundung ist insbesondere bei wichtigen Geschäften vorgesehen sowie in Fällen, wo das Rechtsgeschäft Grundlage für die Eintragung in ein öffentliches Register bildet.

Bsp.: Die Form der öffentlichen Beurkundung wird z.B. bei Bürgschaftserklärungen natürlicher Personen nach Art. 493 Abs. 2 OR verlangt, wenn der Haftungsbetrag die Summe von CHF 2'000 übersteigt. Auch bei Grundstücksgeschäften nach Art. 216 Abs. 1 und 2 OR, bei Art. 243 Abs. 2 OR und Art. 657 Abs. 1 ZGB ist die Beachtung der strengen Formvorschrift notwendig.

Der **Begriff** der öffentlichen Beurkundung als solcher sowie die Bestimmung, welche Rechtsgeschäfte öffentlich zu beurkunden sind, wird vom **Bundesrecht** definiert. Das konkrete **Verfahren** hingegen obliegt den **Kantonen**, d.h. sie bestimmen selber, auf welche Weise sie auf ihrem Gebiet die öffentliche Beurkundung organisieren (Art. 55 Abs. 1 SchlT ZGB).

Nach der Formel des Bundesgerichts ist die öffentliche Beurkundung die Aufzeichnung rechtserheblicher Tatsachen oder rechtsgeschäftlicher Erklärungen durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betrauten Person, in der vom Staate geforderten Form und in dem dafür vorgesehenen Verfahren (vgl. BGE 113 II 402, 404). Demnach beurteilen sich lediglich der Begriff der öffentlichen Beurkundung und deren Mindestanforderungen nach Bundesrecht.

Die Urkundsperson (z.B. ein Notar) muss alle Tatsachen und Erklärungen feststellen, die für den materiellen Inhalt des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts objektiv und subjektiv wesentlich sind. Die Urkunde wird von der Urkundsperson mit Angabe von Ort und Datum versehen und unterschrieben. Anschliessend wird der Urkundenstempel angebracht.

4.4 Rechtsfolgen eines Formmangels

4.4.1 Nichtigkeit

Sofern das Gesetz nicht eine andere Rechtsfolge vorsieht, führt die Missachtung gesetzlicher Formvorschriften nach Art. 11 Abs. 2 OR zur Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts. Demnach handelt es sich bei der Formvorschrift im Zweifelsfall um eine **Gültigkeitsvorschrift**, nicht etwa nur um eine Ordnungsvorschrift. Die Rechtslage bei Nichtbeachtung von Formvorschriften ist jedoch in Lehre und Rechtsprechung umstritten.

Nach Auffassung des Bundesgerichts ist ein Rechtsgeschäft, bei welchem die Formvorschrift nicht beachtet wird, absolut nichtig (vgl. Kap. 5.5). **Absolute Nichtigkeit** ist von Amtes wegen zu beachten und kann von jedermann angerufen werden (Art. 20 Abs. 1 OR).

Bsp.: Bei Einfamilienhaus-Überbauungen können Interessenten oftmals durch Leistung einer Anzahlung ein Haus «reservieren». Bei Streitigkeiten wird dann oftmals behauptet, die Anzahlung könnte nicht zurückverlangt werden.

Da es sich bei einer solche Reservation um einen Vorvertrag handelt und Vorverträge gemäss Art. 22 Abs. 2 OR demselben Formerfordernis wie der entsprechende Hauptvertrag unterliegen, muss nicht nur der Grundstückkaufvertrag (als Hauptvertrag), sondern auch der «Reservationsvertrag» (als Vorvertrag) öffentlich beurkundet werden. Weil diese Formvorschrift bei Reservationsverträgen im Regelfall nicht beachtet wird, können Interessenten ihre Anzahlung zurückverlangen.

Betrifft das Formerfordernis nur einzelne Bestimmungen eines Vertrages und ist anzunehmen, dass der Vertrag ohne den wichtigen Teil dennoch geschlossen worden wäre, ist analog zu Art. 20 Abs. 2 OR **Teilnichtigkeit** anzunehmen.

Bei Dauerschuldverhältnissen ist die Nichtigkeit in ihrer Wirkung auf die Zukunft zu beschränken (ex nunc). In solchen Fällen findet keine Rückabwicklung bereits erbrachter Leistungen statt (analog zu Art. 320 Abs. 3 OR).

Unter Anwendung des Rechtsmissbrauchsverbots nach Art. 2 Abs. 2 ZGB wird die Nichtigkeitsfolge vom Bundesgericht in Fällen der «Schwarzzahlungen» eingeschränkt. Bei freiwilliger, irrtumsfreier (d.h. in Kenntnis der Formungültigkeit) Erfüllung des Vertrages müssen weitere wesentliche Umstände vorliegen, damit die Geltendmachung eines Formmangels nicht als rechtsmissbräuchlich gewertet werden muss (vgl. auch B. 3.1.2. Scheingeschäft (Simulation)).

4.4.2 Konversion

Unter Konversion wird die Umdeutung eines formungültigen Rechtsgeschäfts in ein dem hypothetischen Willen der Parteien entsprechendes Geschäft mit ähnlichem Zweck verstanden, dessen Form gewahrt ist. Trotz Fehlens einer expliziten Bestimmung im OR ist die Möglichkeit der Konversion in Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich unbestritten.

Bsp.: Die Umwandlung einer formbedürftigen Inkasso-Zession in eine formfrei gültige Inkasso-Vollmacht ist grundsätzlich möglich, sofern mit der Umwandlung dem hypothetischen Willen der Vertragsparteien entsprochen wird.

4.4.3 Rückabwicklung

Wird die gesetzlich verlangte Form missachtet und ist eine Konversion nicht möglich, sind die bereits erbrachten Leistungen zurückzugeben (Rückabwicklung). Dabei können Sachleistungen mit der Eigentumsklage nach Art. 641 Abs. 2 ZGB, Grundstücke mittels Grundbuchberichtigungsklage nach Art. 975 Abs. 1 ZGB und andere Leistungen mittels Bereicherungsrecht nach Art. 62 ff. OR zurückgefordert werden.

5. Zulässiger Vertragsinhalt

5.1 Grundsatz und Grenzen der Inhaltsfreiheit

Die Inhaltsfreiheit hält in allgemeiner Weise fest, dass der Inhalt eines Vertrages in den Schranken des Gesetzes beliebig vereinbart werden kann (Art. 19 Abs. 1 OR). Im Gegensatz zu anderen Rechtsbereichen, wie insbesondere dem Gesellschaftsrecht oder dem Immaterialgüterrecht, bei welchen ein «*numerus clausus*» die operablen «Rechtsgefässe» vorgibt und somit die Auswahl beschränkt, gilt im Schuldrecht die so genannte **Typenfreiheit**. Als Ausfluss der Inhaltsfreiheit bedeutet die Typenfreiheit, dass die Parteien auch Vertragstypen vereinbaren können, die nicht konkret im Gesetz geregelt sind. Vertragstypen, die weder im Besonderen Teil des OR noch in einem Spezialgesetz (z.B. Versicherungsvertrag, Pauschalreisevertrag) eingehend geregelt sind, werden **Innominatverträge** genannt.

Die Innominatverträge können wie folgt unterteilt werden:

- **«Gemischte Verträge»** setzen sich zum Teil aus Elementen gesetzlich geregelter Vertragstypen zusammen, wie z.B. der Bankvertrag, wenn Aufbewahrung und Verwaltung von Wertschriften gleichzeitig vereinbart werden.
- **«Verträge eigener Art»** (Verträge *sui generis*) sind atypische Verträge, welche vollständig neu konzipiert sind. Beispiele hierfür sind Leasingverträge, Franchiseverträge, Factoringverträge, Alleinvertriebsverträge.

Dem Grundsatz der Inhaltsfreiheit wird durch den Wortlaut von Art. 19 Abs. 1 OR Schranken gesetzt. Danach kann der Inhalt eines Vertrages lediglich innerhalb der «Schranken des Gesetzes» beliebig ausgestaltet werden. Konkrete Schranken sind insbesondere in den Art. 19 Abs. 2, 20 Abs. 1 OR und Art. 27 Abs. 2 ZGB ausdrücklich gesetzlich geregelt.

Die eben genannten Bestimmungen liefern für die **Inhaltskontrolle** die folgenden, sich teilweise überschneidenden **Kriterien**:

- Zwingende Vorschriften, öffentliche Ordnung, gute Sitten, Persönlichkeitsrecht (Art. 19 Abs. 2 OR);
- Unmöglichkeit der Leistung, Widerrechtlichkeit, gute Sitten (Art. 20 Abs. 1 OR).

Ein Verstoß gegen eines der obenstehenden Kriterien führt zu einem Inhaltsmangel, was grundsätzlich die Rechtsfolge der Nichtigkeit (Art. 20 Abs. 1 OR) oder der Teilnichtigkeit (Art. 20 Abs. 2 OR) nach sich zieht.

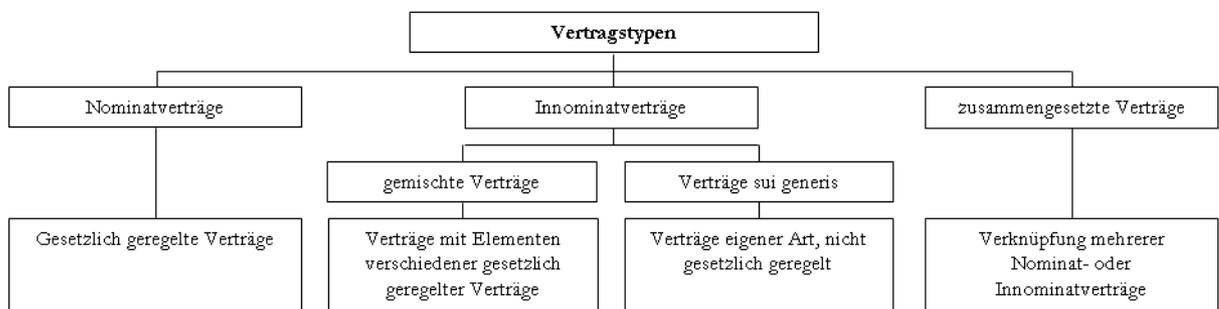


Abb. 22: Nominat-, Innominat- und zusammengesetzte Verträge

5.2 Widerrechtlichkeit

Ein Vertrag ist widerrechtlich im Sinne von Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 OR, wenn er gegen zwingende Gesetzesvorschriften verstösst. Dabei ist irrelevant, ob es sich um einen Verstoss gegen eine unabänderliche Vorschrift des eidgenössischen Privatrechts (z.B. zwingende Bestimmungen im Miet- oder Arbeitsrecht; ferner Art. 34 Abs. 2 und Art. 100 Abs. 1 OR), gegen eine Vorschrift des öffentlichen Rechts (z.B. Verbot des Drogenhandels) oder gegen eine Vorschrift des kantonalen Rechts (z.B. Höchstzinsen für Kleinkredite in einigen Kantonen; Vereinbarung von Erfolgshonoraren bei anwaltlicher Prozessführung) handelt.

Bsp.: Obwohl die Zinslimite von 18% im Interkantonalen Zinskonkordat eine kantonale Bestimmung ist, ist ein Konsumkreditvertrag, welcher die eben genannte Zinslimite übersteigt, als widerrechtlich zu beurteilen (vgl. Art. 73 Abs. 2 OR).

Damit ein Vertragsinhalt das Kriterium der Widerrechtlichkeit erfüllt, muss er gegen eine objektive Rechtsnorm verstossen. Die Verletzung lediglich relativer Rechte Dritter erfüllt den Tatbestand der Widerrechtlichkeit grundsätzlich nicht.

Bsp.: X schliesst mit Y einen Kaufvertrag über ein Fahrzeug ab, der Verkaufspreis beträgt CHF 8'500. Noch bevor der Verkäufer X dem Käufer Y das Fahrzeug übergeben hat, um Y das Eigentum an der Kaufsache zu verschaffen, kommt Z mit einer attraktiveren Kaufofferte von CHF 9'500 für dasselbe Fahrzeug auf X zu. Daraufhin nimmt X das Angebot von Z an und übergibt ihm das Fahrzeug gegen Zahlung von CHF 9'500. Damit hat X **nur das relative Recht** von Y auf Übertragung des Eigentums **verletzt**; der zweite Vertrag ist **nicht widerrechtlich** und damit gültig. Y hat lediglich obligatorische Ansprüche gegen X aus dem rechtsgültig zustande gekommenen Kaufvertrag (da X nicht mehr erfüllen kann, wird er wohl schadenersatzpflichtig, mehr dazu unten).

Im Weiteren muss es sich bei der verletzten Bestimmung um zwingendes Recht handeln, um den Tatbestand der Widerrechtlichkeit zu erfüllen; die Abweichung von dispositivem Recht kann definitionsgemäss nicht widerrechtlich sein.

Der Tatbestand der Widerrechtlichkeit verlangt, dass der Vertragsinhalt selbst widerrechtlich ist. Wenn der Vertragsabschluss nur für eine der Vertragsparteien verboten ist, liegt grundsätzlich keine Widerrechtlichkeit vor.

Bsp.: A und B haben vertraglich vereinbart, dass B den Kamin von A reinigt. Obwohl B nicht im Besitze einer für diese Tätigkeit notwendigen Konzession ist, bleibt der geschlossene Vertrag zwischen A und B weiterhin gültig. Die zwingende Norm, gegen welche mit dem Vertrag verstossen wurde, ist lediglich für die eine Vertragspartei zwingend, nicht aber für beide Vertragsparteien.

Die Widerrechtlichkeit kann auch bei Umgehungsgeschäften gegeben sein, wenn die Vertragsparteien einen gewünschten, aber gesetzlich verbotenen Erfolg durch eine andere juristische Konstruktion zu erreichen versuchen.

Bsp.: Zur Umgehung der Bestimmungen über den Erwerb von Grundstücken durch ausländische Staatsangehörige haben zahlreiche italienische Staatsangehörige im Kanton Graubünden Aktiengesellschaften erworben, die als einzigen Aktivposten eine Liegenschaft hatten. Der Aktienkauf ist in einem solchen Fall widerrechtlich.

Die **Art der Widerrechtlichkeit** kann sich wie folgt äussern:

- Die vereinbarte Leistung selbst oder der Gegenstand der Vereinbarung ist widerrechtlich; z.B. die Vereinbarung, eine strafbare Handlung zu begehen (Auftrag zum Mord);
- die vertragliche Vereinbarung, nicht die Leistung selbst, ist widerrechtlich; z.B. wenn der Vollmachtgeber auf sein Recht, die Ermächtigung zu widerrufen, im Voraus verzichtet (Art. 34 Abs. 2 OR);

- der gemeinsame, mittelbare Vertragszweck ist widerrechtlich; z.B. ein Darlehensvertrag zwecks Abwicklung eines Rauschgiftgeschäfts, sofern der Darlehensgeber vom Zweck des Vertrags weiss.

5.3 Sittenwidrigkeit

Nach Art. 19 Abs. 2 i. V. m. Art. 20 Abs. 1 OR wird dem Grundsatz der Inhaltsfreiheit der Parteien beim Abschluss von Schuldverträgen durch das Kriterium der guten Sitten Schranken gesetzt. Die Sittenwidrigkeit bedarf als unbestimmter Rechtsbegriff der Auslegung.

Als sittenwidrig gelten Verträge, die gegen die herrschende Moral, d.h. gegen das allgemeine Anstandsgefühl verstossen. Vor diesem Hintergrund sind bei der Auslegung dieser Generalklausel auch die in der Verfassung festgehaltenen Grundrechte mittelbar ins Privatrecht zu übertragen (sog. Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht). Die konkrete Festlegung der Sittenwidrigkeit unterliegt den sich ständig wandelnden Wertvorstellungen einer Gesellschaft. Was früher als sittenwidrig galt, muss es heute nicht mehr sein und umgekehrt.

Bsp.: Das ehebrecherische Konkubinat war bis zum 1. Januar 1990 gemäss Art. 214 StGB widerrechtlich. Diese Bestimmung wurde auf das eben genannte Datum ersatzlos gestrichen, und es stellt sich nun die Frage, ob das ehebrecherische Konkubinat im geltenden Recht gegen die guten Sitten verstösst. Das Bundesgericht hatte im BGE 111 II 298 offen gelassen, ob der Konkubinatsvertrag sogar ganz allgemein als sittenwidrig zu gelten hat. Diese Ansichten sind heute überholt.

In neuerer Zeit wird der Begriff der guten Sitten weniger als moralische, sondern vielmehr als ethische Ordnung aufgefasst. Letztlich kann die Sittenwidrigkeit als Ausdruck sozialer Gerechtigkeit gewertet werden. Bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit ist der Vertrag als Ganzes zu würdigen. Beispielsweise können einzelne Bestimmungen, welche an sich nicht sittenwidrig sind, in ihrer Gesamtheit durchaus den Tatbestand der Sittenwidrigkeit erfüllen.

Beim Kriterium der guten Sitten lassen sich grundsätzlich folgende Tatbestände unterscheiden:

- **Die versprochene Leistung selbst ist unsittlich:** Darunter fallen z.B. der Dirnenlohn, das Versprechen von Schmiergeldern, die Einwilligung zur Ehescheidung/-schliessung gegen das Versprechen einer Vergütung, bezahlte Beihilfe zur Erbschleicherei etc. Ausnahmsweise kann auch ein Geschäft sittenwidrig sein, das gegen ausländisches Recht verstösst. Zu denken ist ferner an Sachverhalte, bei denen einer Partei auf Kosten der anderen übermässige Vorteile eingeräumt werden, sofern nicht bereits der Tatbestand der Übervorteilung nach Art. 21 OR vorliegt.
- **Die Sittenwidrigkeit kann auch durch das Mass, den Umfang oder die Dauer einer Vertragsleistung herbeigeführt werden:** Z.B. die unbeschränkte Abtretung aller gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen; die zeitlich unbegrenzte Bindung des Schuldners an ein Dauerschuldverhältnis («ewige Verträge», Knebelungsverträge).
- Die **grösste Bedeutung** kommt der Sittenwidrigkeit im **Bereich der Persönlichkeitsrechte** zu. Danach verstossen Verträge gegen die guten Sitten, bei welchen sich eine Partei durch eine vertragliche Vereinbarung in einem höchstpersönlichen Bereich (wie Ehe, Familie oder Religion) in ihrer Freiheit beschränkt oder übermässig bindet (Art. 27 Abs. 2 ZGB).

Bsp.:

- Das Versprechen eines Entgelts als Gegenleistung für ein Verhalten, das auf ethischen Motiven beruhen sollte. Z.B. eine Vereinbarung, eine strafbare Handlung gegen Entgelt nicht anzuzeigen (Schweigegeld); eine Vereinbarung, eine Ehe gegen Entgelt zu schliessen.

- Wenn ein Verhalten nach herrschenden sittlichen Anschauungen grundsätzlich dem freien Entschluss vorbehalten ist, z.B. Verpflichtung (k)eine Ehe einzugehen, in die Ehescheidung einzuwilligen oder auf das Scheidungsrecht zu verzichten, empfängnisverhütende Mittel einzunehmen, die Verpflichtung einer politischen Partei beizutreten, die Konfession oder Staatsangehörigkeit (nicht) zu wechseln.
- Das Treffen wettbewerbsverfälschender Abreden bei sportlichen Wettkämpfen oder übermässige arbeitsrechtliche Konkurrenzverbote mit erheblicher Existenzerschwerung.
- Übermässige Beschränkung der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit einer Vertragspartei durch ewige Verträge, d.h. Dauerschuldverhältnisse ohne Höchstdauer und ohne Kündigungsmöglichkeit. Das Übermass kann sich aus zeitlicher, sachlicher oder örtlicher Perspektive ergeben.
- Bindungen im Bereich der körperlichen Integrität sowie der Sexualsphäre (z.B. Verpflichtung, sich an einem medizinischen Test für neue Medikamente zu beteiligen), auf die Erbringung einer sexuellen Leistung gerichtete Verträge, z.B. mit einer Prostituierten, Telefonsex usw.
- Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Vereinbarung einer Vergütung für den Rückzug eines Rekurses bei einem Baubewilligungsverfahren sittenwidrig und damit mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit beschlagen ist, ist umstritten (vgl. dazu BGE 123 III 101).

5.4 Unmöglichkeit

Die Unmöglichkeit der Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung kann auf tatsächlichen, rechtlichen oder wirtschaftlichen Gründen beruhen. Es ist zu unterscheiden zwischen objektiver (niemand kann die Leistung erbringen) und subjektiver (nur der Vertragspartner ist nicht in der Lage, die Leistung zu erbringen) Unmöglichkeit. Die Unterscheidung anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit bezieht sich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

Das OR regelt die Fälle von Unmöglichkeit im Grundsatz wie folgt:

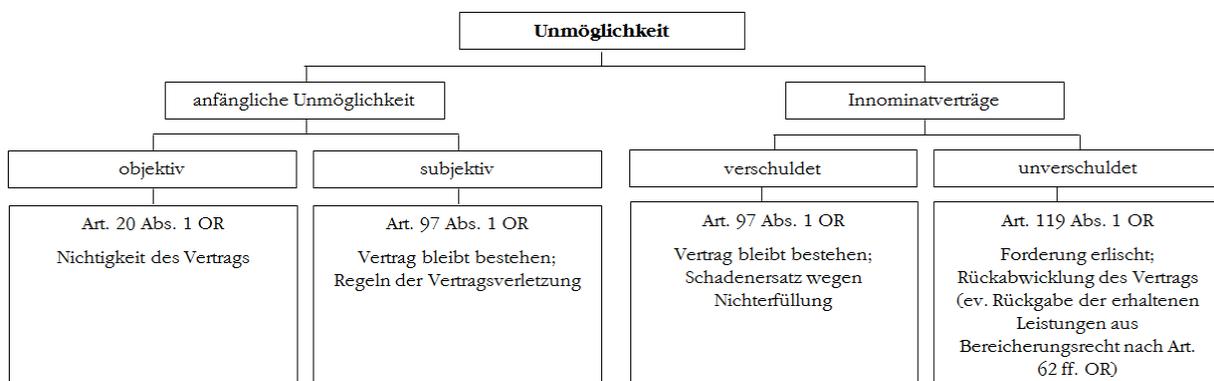


Abb. 23: Unmöglichkeit der Erfüllung

Der Tatbestand von Art. 20 Abs. 1 OR deckt lediglich die **anfängliche objektive** Unmöglichkeit der Leistung ab, die bereits bei Vertragsabschluss feststeht. Ist die Leistung lediglich für den betreffenden Schuldner, also subjektiv unmöglich, liegt ein rechtsgültiger Vertrag vor, und es kommen die Regeln der Vertragsverletzung nach Art. 97 ff. OR zur Anwendung.

Bei der anfänglichen objektiven Unmöglichkeit können Fälle der sachlichen und solche der rechtlichen Unmöglichkeit unterschieden werden:

Bsp.: Bei der Verpflichtung zum Bau eines «perpetuum mobile» handelt es sich um eine sachliche Unmöglichkeit. Beim Verkauf einer Sache an eine Person, die bereits deren Eigentümer ist, liegt rechtliche Unmöglichkeit vor.

Die Fälle der anfänglichen objektiven Unmöglichkeit sind selten. Häufiger sind die (anfängliche) subjektive und die nachträgliche Unmöglichkeit.

Bsp.: Anfängliche subjektive Unmöglichkeit nach Art. 97 Abs. 1 OR ist beispielsweise gegeben, wenn eine Person, die gar nicht Klavier spielen kann, sich selbst zur Aufführung eines Klavierkonzerts verpflichtet; ebenso der Verkauf eines Gebrauchtwagens, der nicht dem Verkäufer gehört und dessen tatsächlicher Eigentümer an einem Verkauf nicht interessiert ist.

5.5 Rechtsfolgen der Rechtswidrigkeit, Sittenwidrigkeit oder Unmöglichkeit

Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, ist nach Art. 20 Abs. 1 OR nichtig. Die Nichtigkeit ist absolut. Jedermann (insbesondere die Vertragsparteien) kann sich darauf berufen und die Nichtigkeit wirkt gegenüber jedermann. Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten, d.h. es braucht keine Einrede zur Geltendmachung der Nichtigkeit.

Im Falle einer Nichtigkeit treten keine Vertragswirkungen ein. Die **Nichtigkeit** entfaltet ihre **Wirkung von Anfang an (ex tunc)**. **Ausnahmen** von diesem Grundsatz bilden z.B. bereits in Vollzug gesetzte **Dauerschuldverhältnisse**, bei welchen die Rechtswirkung einer Nichtigkeit **auf die Zukunft (ex nunc)** zu beschränken ist.

Betrifft der Mangel bloss einzelne Teile des Vertrags, so ist nur der betreffende Teil des Vertrags nichtig, und es tritt gemäss Art. 20 Abs. 2 OR **Teilnichtigkeit** ein. In solchen Fällen ist der widerrechtliche, unsittliche oder unmögliche Teil des Vertrages nichtig, sofern nicht angenommen werden muss, dass die Parteien den Vertrag ohne den nichtigen Teil gar nie abgeschlossen hätten (Art. 20 Abs. 2 OR). Dabei wird auf den hypothetischen Willen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgestellt.

Lässt sich der Vertrag nicht in einen mangelhaften und einen mangelfreien Teil aufspalten, oder verbietet sich die Annahme einer Teilnichtigkeit aus Gründen der Praktikabilität und aus Überlegungen der Rechtssicherheit, dann ist die Rechtsfolge der absoluten Nichtigkeit zwingend.

Art. 20 Abs. 2 OR kann als Anwendungsfall des Grundsatzes «favor negotii» verstanden werden, wonach Verträge aufrechtzuerhalten sind. Ein Vertrag soll nur dann vollständig dahinfallen, wenn diese Sanktion unumgänglich ist.

Bsp.: A und B schliessen einen befristeten Arbeitsvertrag auf 15 Jahre ab. Sie vereinbaren schriftlich, dass der Vertrag während der ganzen Laufzeit nicht gekündigt werden kann.

Eine solche Abmachung verstösst gegen Art. 334 OR, wo festgestellt wird, dass nach 10 Jahren mit einer Frist von sechs Monaten gekündigt werden kann. Unter der Annahme, dass A und B auch unter Beachtung dieses Artikels den Vertrag geschlossen hätten, ist nun nicht der ganze Vertrag, sondern lediglich die Kündigungsklausel nichtig. (Der Vertrag wird dabei nach herrschender Lehre auf das maximal zulässige Mass der Bindung korrigiert.)

Einige Bestimmungen im OR sehen vor, dass eine übermässige Verpflichtung durch das Gericht selbst herabgesetzt werden kann, wie z.B. eine übermässig hohe Konventionalstrafe in Art. 163 Abs. 3 OR, ein übermässig hoher Maklerlohn in Art. 417 OR oder ein übermässiges Konkurrenzverbot in Art. 340a Abs. 2 OR.

Wurde aus einem nichtigen Vertrag geleistet, kann jede Partei die bereits erbrachte Leistung zurückverlangen. Sachleistungen, die sich im Vermögen des Empfängers befinden, können mit der Eigentumsklage nach Art. 641 Abs. 2 ZGB zurückverlangt werden. Grundstücke sind mit der Grundbuchberichtigungsklage nach Art. 975 Abs. 1 ZGB zu berichtigen. Im Übrigen folgt die Rückabwicklung dem Bereicherungsrecht nach Art. 62 ff. OR.

5.6 Übervorteilung

Grundsätzlich ist die Würdigung des Wertverhältnisses der auszutauschenden Leistungen Sache der Vertragsparteien; dies folgt aus dem Prinzip der Vertragsfreiheit. Die Rechtsordnung sieht aber zum Schutz der wirtschaftlich schwächeren Vertragspartei in Art. 21 Abs. 1 OR einen Tatbestand vor, der ausnahmsweise die Nachprüfung des eben erwähnten Wertverhältnisses durch den Richter zulässt. Allerdings muss die schwächere Vertragspartei den Richter binnen Jahresfrist seit Vertragsabschluss anrufen, sofern sie von dieser Möglichkeit Gebrauch machen will (Art. 21 Abs. 1 und 2 OR).

Der Tatbestand der Übervorteilung nach Art. 21 OR regelt u. a. die Fälle des Wuchers. Damit der Tatbestand der Übervorteilung erfüllt wird, müssen folgende **drei Voraussetzungen kumulativ** erfüllt sein:

- In objektiver Hinsicht verlangt Art. 21 Abs. 1 OR zwischen Leistung und Gegenleistung ein **offenbares Missverhältnis**. Der Richter entscheidet nach freiem Ermessen und stellt dabei auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ab. Bei einem Kaufgeschäft ist der Tatbestand der Übervorteilung nach Art. 21 Abs. 1 OR nicht bereits dann erfüllt, wenn der Verkaufspreis etwas höher liegt als der effektive Marktpreis. Vielmehr muss die Differenz zwischen Leistung und Gegenleistung klarerweise ein Missverhältnis darstellen. Z.B. hat das Bundesgericht den Tatbestand der Übervorteilung in einem Fall als erfüllt betrachtet, bei welchem für die Gewährung eines Darlehens eine Provision und ein Bonus von insgesamt 37.5% vereinbart wurde. In einem anderen Fall wurde ein Missverhältnis verneint, bei welchem ein gebrauchtes Fahrzeug für CHF 7'500 anstatt zum effektiven Marktwert von CHF 5'000 veräussert wurde.
- Subjektiv muss im Zeitpunkt der Entstehung der Obligation seitens des Übervorteilten eine Ausnahmesituation vorliegen, wie z.B. eine wirtschaftliche oder persönliche **Notlage**, welche die Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt (z.B. Arbeitslosigkeit, Scheidungssituation). Auch können Leichtsinn (der Leichtsinnige *will* die Wahrheit nicht sehen) oder Unerfahrenheit (der Unerfahrene *kann* die Wahrheit nicht sehen) sowie nach herrschender Auffassung auch andere Ausnahmesituationen wie z.B. ein Schwächezustand des Vertragsschliessenden zur Anwendung von Art. 21 Abs. 1 OR führen, ohne dass deshalb mangelnde Urteilsfähigkeit nach Art. 16 ZGB angenommen werden müsste.
- In subjektiver Hinsicht muss die Gegenpartei vom offenbaren Missverhältnis oder von den oben genannten Umständen Kenntnis gehabt und diese Kenntnisse für die eigenen Interessen beim Vertragsabschluss ausgenutzt haben. Es muss also eine **Ausbeutung** vorliegen.

Sind die eben genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt, ist der Vertrag für den Übervorteilten **einseitig unverbindlich**. Im Gegensatz zur Widerrechtlichkeit oder Sittenwidrigkeit nach Art. 20 Abs. 1 OR ist die Übervorteilung nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen. Es liegt vielmehr in der Macht des Übervorteilten, sich durch einseitige Willenserklärung vom Vertrag zu lösen. Die **Anfechtung** muss **innerhalb eines Jahres** nach Abschluss des Vertrages erklärt werden.

Wie bei Verstössen gegen Art. 19 und Art. 20 OR kann auch bei der Übervorteilung eine Reduktion des Übermasses der Verpflichtung erfolgen.

Wird der Vertrag vom Übervorteilten gemäss Art. 21 OR für unverbindlich erklärt, können die bereits vollzogenen Leistungen zurückgefordert werden (Art. 21 Abs. 1 OR). Bei Verschulden kann der Ausbeuter zusätzlich auf Schadenersatz belangt werden.

Bsp.: Der verlebte Witwer, welcher die Bedingung seiner künftigen Ehefrau für die Zustimmung zur Ehe mit ihm erfüllt und dieser ein Restaurant zu einem viel zu hohen Preis abkauft (BGE 61 II 31 ff.). Das Bundesgericht hat den Tatbestand der Übervorteilung in Art. 21 OR als erfüllt betrachtet.

Merke

Ein Vertrag mit widerrechtlichem, unsittlichem oder unmöglichem Inhalt ist nichtig. Die Nichtigkeit kann jederzeit geltend gemacht werden. Ein Vertrag, welcher die Gegenseite übervorteilt, ist nicht nichtig, sondern vom Übervorteilten während einer Frist von einem Jahr anfechtbar. Ist die einjährige *Verwirkungsfrist* für die Anfechtung eines Vertrages, bei welchem der Tatbestand von Art. 21 OR erfüllt ist, abgelaufen, kann möglicherweise die Nichtigkeit des Vertrages wegen seines Inhalts nach Art. 20 Abs. 1 OR geltend gemacht werden.

6. Willensmängel beim Vertragsabschluss

6.1 Begriff und Arten

Ein Vertrag kommt gemäss Art. 1 Abs. 1 OR durch gegenseitige übereinstimmende Willenserklärung der Parteien zustande. Es kann jedoch vorkommen, dass der Wille einer Partei fehlerhaft gebildet oder geäußert wurde. In solchen Fällen liegt ein Mangel in der Willensbildung oder -erklärung vor. Man spricht ganz allgemein von einem **Willensmangel**. Es lassen sich zwei Gruppen von Willensmängeln unterscheiden:

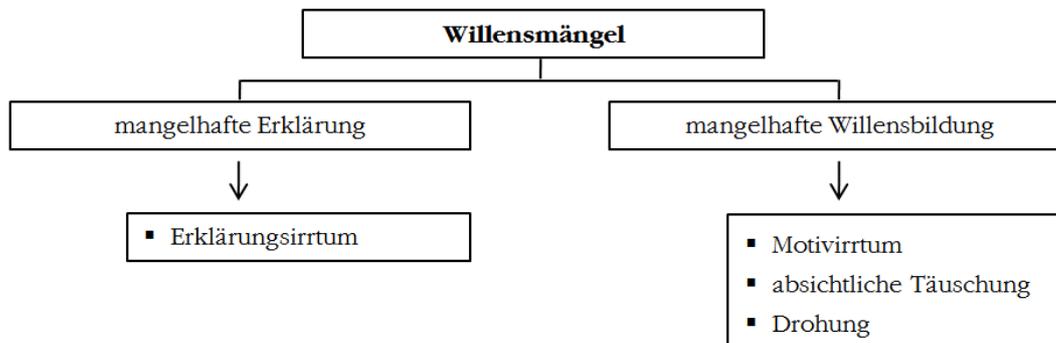


Abb. 24: Die Willensmängel

- Fälle von **Erklärungsirrtum**, bei denen die Willensäußerung einer Partei nicht ihrem fehlerfrei gebildeten Willen entspricht.
- Fälle von **Motivirrtum/Grundlagenirrtum**, bei denen die Bildung des Willens fehlerhaft ist. Dies kann aufgrund eines Irrtums oder auch infolge des Verhaltens des Vertragspartners oder Dritter (**Täuschung, Drohung**) geschehen.

Das Gesetz sieht in den Art. 23 ff. OR vor, dass Verträge, die an einem Willensmangel leiden, **anfechtbar** sind.

Die Willensmängel sind nur zu beachten, wenn sie **kausal** für die Abgabe der Willenserklärung gewesen sind. Kausalität ist dann anzunehmen, wenn der Erklärende die Willenserklärung bei wahrer Kenntnis der Sachlage nicht oder in anderer Weise abgegeben hätte.

Beachte

Die in Art. 23 bis 31 OR genannten Willensmängel gelten nicht nur im Vertragsrecht, sondern grundsätzlich für alle Rechtsgeschäfte und rechtsgeschäftsähnliche Handlungen des OR.

6.2 Irrtum

Bei einem Vertragsabschluss ist **Irrtum** gegeben, wenn eine Vertragspartei in der Offerte oder im Akzept etwas erklärt hat, was nicht ihrem wirklichen Willen entspricht, ohne dass sie sich dessen bewusst war. Sobald an der Richtigkeit der eigenen Vorstellung Zweifel bestehen, kann Irrtum nicht mehr in Frage kommen. Das Gesetz unterscheidet zwischen **wesentlichem** und **unwesentlichem** Irrtum. Ein Irrtum ist wesentlich, wenn man davon ausgehen kann, dass der Irrende bei Kenntnis des wahren Sachverhalts die Erklärung nicht oder mit einem anderem Inhalt abgegeben hätte. Zudem muss der Irrtum sowohl **objektiv** (nach der allgemeinen Verkehrsanschauung) als auch **subjektiv** (aus Sicht des Erklärenden) **wesentlich** sein (vgl. dazu Art. 24 OR).

Die Bedeutung der Unterscheidung von wesentlichem und unwesentlichem Irrtum zeigt sich in den Rechtsfolgen. Der **wesentliche Irrtum** macht den Vertrag nach Art. 23 OR **einseitig unverbindlich**. Handelt die sich auf Irrtum berufende Vertragspartei fahrlässig, ist der Irrende jedoch nach Art. 26 OR zur Leistung von **Schadenersatz** verpflichtet. Beim unwesentlichen Irrtum ist der Vertrag rechtlich verbindlich. Der Erklärende trägt also das Risiko des unwesentlichen Irrtums selber.

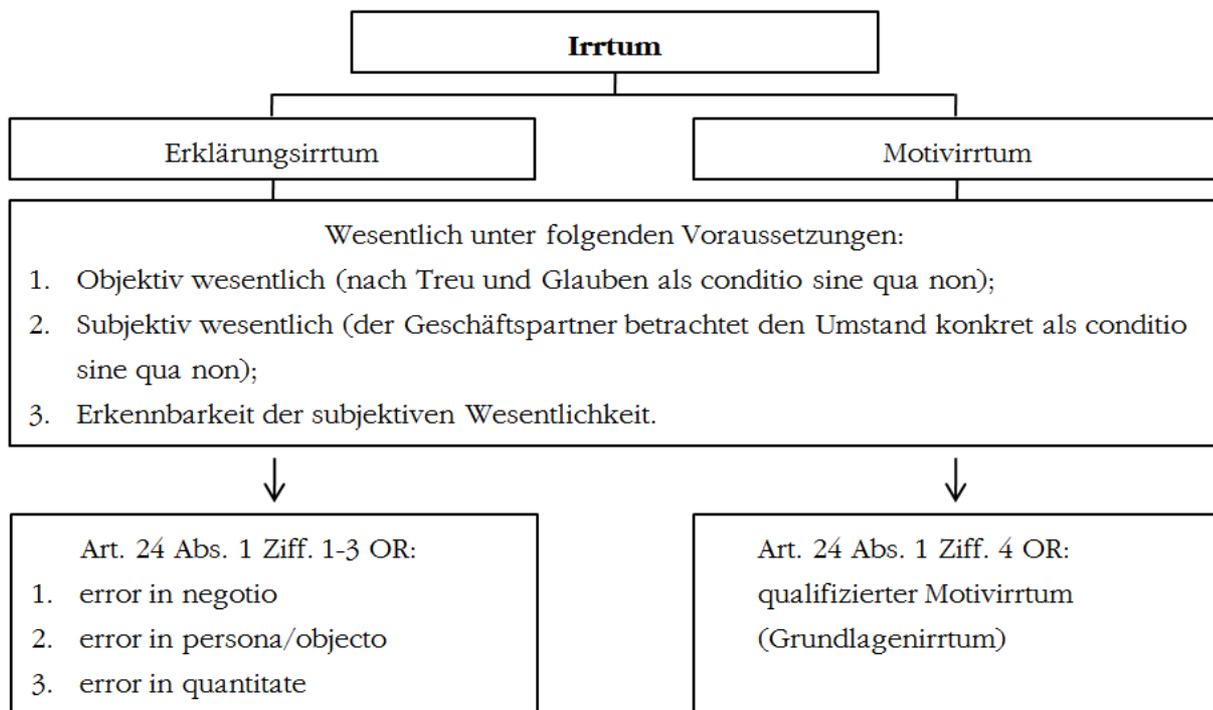


Abb. 25: Erklärungs- und Motivirrtum

6.2.1 Erklärungsirrtum

Weicht der tatsächliche Geschäftswille von der getätigten Willenserklärung ab, liegt ein **Erklärungsirrtum** vor. Der Irrtum liegt in der Äusserung des Willens. Der Erklärungsirrtum kann als Irrtum im Erklärungsakt oder als Inhaltsirrtum auftreten. Im Falle des Irrtums im Erklärungsakt verwendet der Erklärende ein falsches Erklärungszeichen. Typische Fälle hierfür sind das Versprechen oder das Verschreiben.

Bsp.: Ein Ring wird irrtümlicherweise mit 1'380, anstatt wie gewollt mit 13'800 im Schaufenster ausgeschrieben (vgl. BGE 105 II 23 ff.).

Beim Inhaltsirrtum hat der Erklärende das Erklärungszeichen zwar so gewollt, hat ihm allerdings eine andere Bedeutung beigemessen, als ihm gemäss Vertrauensprinzip zukommt. Der Inhaltsirrtum kommt oft bei Erklärungen in fremder Sprache oder bei der Verwendung von Abkürzungen vor.

Bsp.: Der Erklärende setzt den Begriff «sans engagement» fälschlicherweise mit «gratis» gleich (vgl. BGE 64 II 9 ff.).

Das Gesetz bietet in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1-3 OR eine Auswahl möglicher Fälle, in denen ein **wesentlicher Erklärungsirrtum vermutet** wird:

Ziff. 1: Irrtum in der Art des Vertrages (error in negotio).

Der Irrrende wollte einen anderen Vertrag abschliessen, als er tatsächlich erklärt hat. Damit ein error in negotio vorliegt, muss der abgeschlossene Vertrag wesentlich vom gewollten abweichen, z.B. Abschluss eines entgeltlichen statt eines unentgeltlichen Vertrags, eines Kauf- statt eines Mietvertrags. Ein error in negotio kann auch vorliegen, wenn jemand überhaupt keine rechtsgeschäftliche Erklärung abgeben wollte, seine Äusserung aber nach der Verkehrsauffassung als solche interpretiert werden muss.

Ziff. 2: Irrtum in der Sache oder in der Person (error in corpore bzw. error in obiecto und error in persona).

Bsp.: Irrtümlicherweise wird Rechtsanwalt Roland Ackermann statt Roland Achermann beauftragt.

Der Vertrag wurde mit Rücksicht auf eine bestimmte Sache oder Person geschlossen, die Erklärung bezieht sich hingegen auf eine andere Sache bzw. richtet sich an eine andere Person. Der Irrtum bezieht sich auf die Identität der Sache oder der Person (vgl. BGE 118 II 297). Handelt es sich dagegen um einen Irrtum über die Eigenschaften eines individualisierten Objekts, liegt keine Erklärungs-, sondern allenfalls ein Grundlagenirrtum vor.

- Ziff. 3: Irrtum über den Umfang der Leistung und Gegenleistung (error in quantitate).

Der **error in quantitate** ist als wesentlich zu qualifizieren, wenn eine **«erhebliche Differenz»** zwischen gewollter und tatsächlich erklärter Leistung oder Gegenleistung besteht.

Bsp.: Irrtümlicherweise wird eine Perlenkette für 1'340 statt für 13'400 verkauft. Bei einer solchen erheblichen Differenz ist ein wesentlicher Erklärungsirrtum anzunehmen. Ist aber die Differenz nur unerheblich, etwa 1'340 statt 1'430, liegt ein unwesentlicher Erklärungsirrtum vor (vgl. BGE 82 II 576).

Merke

Nach Art. 24 Abs. 3 OR sind «blosse Rechnungsfehler» und ein «offener Kalkulationsirrtum» zu berichtigen. Damit ein «blosser Rechnungsfehler» oder ein «offener Kalkulationsirrtum» vorliegt, müssen die einzelnen Berechnungselemente Gegenstand des Vertrages sein, und das Resultat muss auf einem Fehler beruhen (vgl. BGE 119 II 341 ff.). Der Vertrag ist von Anfang an gültig (mit Berichtigung) und kann von keiner Partei in Frage gestellt werden.

Bsp.: Hans möchte ein Grundstück von 600 m² an Kurt verkaufen. Der Kaufpreis wird auf der Grundlage des ortsüblichen Preises von CHF 179/m² berechnet. Hans unterläuft ein Fehler bei der Multiplikation, und er verlangt von Kurt insgesamt CHF 101'400 statt 107'400. Hans und Kurt einigen sich auf diesen zu geringen Kaufpreis. Gemäss Art. 24 Abs. 3 OR wird der Vertrag aber berichtigt, und Hans erhält den richtigen Kaufpreis.

Vom Erklärungsirrtum zu unterscheiden ist der **gemeinsame Irrtum**. Ein solcher liegt vor, wenn die Parteien gemeinsam eine «unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise» verwenden. In einem solchen Fall ist einzig der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien nach Art. 18 Abs. 1 OR massgebend (vgl. Kap. B.2.3.1).

Bsp.: Die beiden Parteien schliessen einen Vertrag über 300 kg «Haakjöringsköd» in der Meinung, es handle sich um Walfischfleisch, während es in Wirklichkeit «Haifischfleisch» bedeutet.

Der **Übermittlungsirrtum** ist ein Sondertatbestand des Erklärungsirrtums und gemäss Art. 27 OR ebenfalls den allgemeinen Bestimmungen über den Irrtum unterstellt. Dabei wird die Erklärung nicht durch den Erklärenden selbst, sondern durch einen von ihm benannten Erklärungsboten (Dolmetscher, Agent usw.) unrichtig übermittelt.

Beachte

Der Stellvertreter fällt nicht unter Art. 27 OR, da er eine eigene Willenserklärung abgibt.

6.2.2 Motivirrtum und Grundlagenirrtum

Vom Erklärungsirrtum zu unterscheiden ist der **Motivirrtum**. Während beim Erklärungsirrtum der Wille zwar fehlerfrei gebildet wurde, nachfolgend aber mangelhaft kundgegeben wird, entsteht der Motivirrtum bereits bei der Willensbildung.

Grundsätzlich ist der Motivirrtum nach Art. 24 Abs. 2 OR ein unwesentlicher. Ein **unwesentlicher Motivirrtum** liegt z.B. vor, wenn sich der Bürge falsche Vorstellungen über die finanziellen Verhältnisse des Schuldners macht; eine Partei sich über die Erträge eines Geschäftes irrt (vgl. BGE 109 II 105 ff.); sich die Parteien über die von Gesetzes wegen eintretenden Rechtsfolgen ihrer Vereinbarung irren (sog. Rechtsirrtum).

Der Motivirrtum kann aber ausnahmsweise **wesentlich** sein, wenn die qualifizierenden Merkmale eines **Grundlagenirrtums** nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR erfüllt sind. Im Falle eines Grundlagenirrtums ist der Vertrag für den Irrenden (einseitig) unverbindlich.

Bsp.: Ein Grundlagenirrtum liegt vor, wenn es sich beim Kauf eines Kunstwerks um eine Fälschung handelt (vgl. BGE 114 II 131 ff.); die Fläche einer gekauften oder gemieteten Wohnung kleiner ist als in den Plänen angegeben (vgl. BGE 113 II 25 ff.); ein (zum Preis von Bauland gekauft) Grundstück nicht erschlossen, sondern aus der Bauzone ausgeschieden wird (BGE 98 II 15 ff., BGE 109 II 105 ff.); der gekaufte Wagen gestohlen ist.

Für einen Grundlagenirrtum müssen **kumulativ** folgende zusätzlichen Merkmale erfüllt sein:

- Subjektive Wesentlichkeit des Irrtums

Die **subjektive Wesentlichkeit** bezieht sich auf den Irrenden. Er muss den irrtümlich vorgestellten Sachverhalt im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet haben, d.h. der Sachverhalt muss «conditio sine qua non» für die Willensbildung gewesen sein (vgl. BGE 97 II 43 ff.). Bei Kenntnis der wahren Sachlage hätte der Erklärende den Vertrag nicht oder nicht zu diesen Bedingungen geschlossen.

- Objektive Wesentlichkeit des Irrtums

Die objektive Wesentlichkeit besteht darin, dass der Irrende den vorgestellten Sachverhalt «nach Treu und Glauben» als eine **notwendige Grundlage des Vertrages** betrachten durfte. Mit dieser Formulierung wird auf den loyalen Geschäftsverkehr abgestellt, d.h. es wird gefragt ob auch ein redlicher Dritter den Abschluss des Vertrages vom Vorliegen des vorgestellten Sachverhalts abhängig gemacht hätte.

- Erkennbarkeit des Irrtums für die Gegenpartei

Die grundlegende Bedeutung, welche die irrende Vertragspartei dem fälschlich vorgestellten Sachverhalt beimisst, hätte für den Vertragspartner des Irrenden erkennbar sein müssen (vgl. BGE 110 II 293

ff.). Dabei ist nicht erforderlich, dass der Vertragspartner den Irrtum auch tatsächlich erkannte (vgl. BGE 113 II 25 ff.). Die Erkennbarkeit kann sich aus den gemeinsamen Vorstellungen der Parteien, der zentralen Bedeutung im Allgemeinen oder aus den besonderen Vertragsumständen heraus ergeben.

Bsp.: Frau Huber bucht für sich und ihre Nichte ein Zimmer in Stuttgart vom 10. bis zum 12. Dezember, um den Weihnachtsmarkt zu besuchen. Dieser findet dieses Jahr aber wegen grösserer Bauarbeiten im Stadtzentrum nicht statt. Frau Huber hätte die Buchung nicht getätigt, wenn sie gewusst hätte, dass der Weihnachtsmarkt nicht stattfindet (subjektive Wesentlichkeit); gleiches gilt nach Treu und Glauben für einen Dritten in der Situation von Frau Huber (objektive Wesentlichkeit). Für das buchende Reisebüro bzw. das Hotel war dieser Umstand auch erkennbar, da Frau Huber bei der Buchung explizit erwähnte, dass sie nur aufgrund des schönen Weihnachtsmarktes nach Stuttgart reisen wolle. Frau Huber kann daher die Buchung der Hotelübernachtungen wegen Grundlagenirrtums gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR i. V. m. Art. 31 Abs. 1 OR anfechten.

Der Irrtum bezieht sich in der Regel auf gegenwärtige oder vergangene Sachverhalte. Ob bei einem Irrtum über einen künftigen Sachverhalt ein Grundlagenirrtum geltend gemacht werden kann, ist umstritten. Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist dies zu bejahen, falls die Gegenpartei erkennen konnte, dass der Irrende den Eintritt des zukünftigen Ereignisses als **sicher** und somit als Vertragsvoraussetzung betrachtete (vgl. BGE 117 II 218 ff.). Dabei muss es sich um einen Irrtum über eine objektiv wesentliche Vertragsgrundlage gehandelt haben. Blosser Hoffnungen oder Spekulationen reichen dagegen nicht aus (vgl. BGE 118 II 297 ff.).

Beachte

Bei risikoreichen und spekulativen Geschäften ist ein Grundlagenirrtum in der Regel zu verneinen (vgl. BGE 109 II 105).

6.3 Absichtliche Täuschung

Ein Vertrag kann nach Art. 28 Abs. 1 OR angefochten werden, wenn der Irrende durch die Gegenseite absichtlich getäuscht wurde. Seitens des Irrenden liegt ein **Motivirrtum** vor, wobei der Irrtum **nicht wesentlich im Sinne von Art. 23 und Art. 24 OR sein muss**, da der Vertragspartner nicht schutzwürdig ist. Der Grund zur Anfechtung der absichtlichen Täuschung liegt in der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit und nicht etwa in der Arglist der Täuschung.

Die Täuschungshandlung besteht in der Vorspiegelung falscher oder im Verschweigen vorhandener Tatsachen (vgl. BGE 116 II 431). Aus dieser Definition geht hervor, dass sich die Täuschung auf **Tatsachen** beziehen muss, d.h. auf *objektiv feststellbare Zustände oder Ereignisse tatsächlicher oder rechtlicher Art*. Diese Tatsachen können sowohl äussere (z.B. die Zahlungsfähigkeit) als auch innere Eigenschaften (z.B. den Leistungswillen) betreffen.

Im Regelfall erfolgt die Täuschung durch ein aktives Tun. Der Täuschende behauptet z.B. wahrheitswidrig bestimmte Tatsachen («mit dem Fahrzeugmotor hatte ich keinerlei Probleme»), sichert nicht vorhandene Eigenschaften des Vertragsgegenstandes zu («das Fahrzeug ist unfallfrei») oder unterdrückt bestimmte Tatsachen (Zurückdrehen des Tachometers; Übermalen von Roststellen).

Eine Täuschung durch Schweigen kommt nur dann in Betracht, wenn ausnahmsweise eine **Aufklärungspflicht** besteht. Die Vertragspartner sind nicht generell verpflichtet, einander über sämtliche Umstände aufzuklären. Insbesondere muss man nicht einen potentiellen Vertragspartner von sich aus über mögliche Nachteile oder Schwächen des Vertrags zu informieren. Eine Aufklärungspflicht kann sich aber aus besonderer gesetzlicher Vorschrift, aus Vertrag oder aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben.

Ob eine solche Aufklärungspflicht konkret vorliegt, ist im Einzelfall zu bestimmen. Eine Aufklärungspflicht besteht mit Bezug auf Umstände, die für den Vertragsabschluss wesentlich sind, sofern der Täuschende dies erkennt. Eine erhöhte Aufklärungspflicht wird auch dann bejaht, wenn zwischen den Parteien aufgrund der unterschiedlichen Verhandlungsposition ein Macht- oder Informationsgefälle besteht (vgl. BGE 116 II 431). Aufklärungspflichten sind auch bei Dauerschuldverhältnissen und bei Verträgen anzunehmen, bei welchen ein besonderes Vertrauensverhältnis begründet wird.

Die Voraussetzungen der absichtlichen Täuschung im Überblick:

1. Täuschung über Tatsachen
 - Vorspiegeln falscher Tatsachen
 - Unterdrücken von Tatsachen
 - Schweigen bei Aufklärungspflicht aus Gesetz, Vertrag, Treu und Glauben
2. Absicht (Vorsatz)
3. Irrtum (Motivirrtum; muss nicht wesentlich sein)
4. Kausalität

Die Täuschung muss **absichtlich**, d.h. vorsätzlich, erfolgen. Absicht ist zu bejahen, wenn der Täuschende die Unrichtigkeit des Sachverhaltes kennen muss. Es genügt aber auch, wenn ohne Kenntnis der konkreten Tatsachen aufs Geratewohl Angaben gemacht werden. In solchen Fällen beabsichtigt der Täuschende nicht eine Irreführung per se, sondern *nimmt in Kauf*, dass seine Aussagen nicht der Wahrheit entsprechen (Eventualvorsatz ist auch ein Vorsatz, vgl. BGE 53 II 143).

Die Täuschung muss beim Getäuschten einen **Irrtum** hervorrufen oder aufrechterhalten, welcher für den Entschluss zum Vertragsabschluss **kausal** ist. Der Irrende darf also zum einen den wahren Sachverhalt nicht gekannt haben und zum anderen hätte er bei Kenntnis der wahren Tatsachen den Vertrag nicht bzw. nicht mit diesem Inhalt abschliessen dürfen.

Der Vertrag ist für den Getäuschten **unverbindlich**, d.h. er kann den Vertrag nach Art. 31 OR anfechten. Zudem ist der Täuschende zur Leistung von **Schadenersatz** [aus culpa in contrahendo (vgl. Kap. A.6.4) oder unerlaubter Handlung (Art. 41 OR)] verpflichtet.

6.4 Drohung (Furchterregung)

Wie die absichtliche Täuschung beeinträchtigt auch die Drohung nach Art. 29 OR die Willensfreiheit einer Partei beim Vertragsabschluss. Der Vertrag kann angefochten werden, wenn eine Partei vom Vertragspartner oder von einem Dritten **durch Erregung begründeter Furcht widerrechtlich zum Abschluss eines Vertrages bewegt** wird. Die bedrohte Vertragspartei hätte den Vertrag nicht geschlossen, wäre sie nicht durch die Androhung eines Übels in Furcht geraten. Unter Drohung im Sinne von Art. 29 OR versteht man die Beeinflussung der Entschlussfreiheit durch Inaussichtstellen eines künftigen Nachteils. Der Bedrohte muss ernsthaft mit der Verwirklichung des angedrohten Übels rechnen, d.h. die subjektive Sicht des Bedrohten ist entscheidend.

Damit der Vertrag angefochten werden kann, muss eine begründete Furcht beim Bedrohten vorliegen. Art. 30 Abs. 1 OR erklärt nicht abschliessend, in welchen Fällen von einer begründeten Furcht gesprochen werden kann. Die Drohung muss ein solches Gewicht besitzen, dass sie geeignet ist, die Willensfrei-

heit des Bedrohten zu beeinträchtigen. Das Übel muss der Vertragspartei selbst oder einer ihr nahe stehenden Person (nur natürliche Person) angedroht worden sein.

Eine weitere Voraussetzung stellt die **Widerrechtlichkeit des Mittels**, d.h. das angedrohte Übel muss widerrechtlich sein. Darunter fällt etwa die Bedrohung von Leib und Leben, die Drohung mit Vertragsbruch, die Drohung mit einer Strafanzeige, wenn kein innerer Zusammenhang mit dem Vertrag besteht (z.B. die Drohung, ein Betäubungsmitteldelikt anzuzeigen, wenn der Betreffende sein Fahrzeug nicht günstig an den Drohenden verkauft).

Der Vertrag ist für den Bedrohten nach Art. 29 Abs. 1 OR **unverbindlich**, d.h. anfechtbar.

Überdies hat der Drohende **Schadenersatz** aus unerlaubter Handlung zu leisten.

Die Voraussetzungen der Drohung im Überblick:

1. Drohung
2. Drohungsabsicht
3. begründete Furcht
4. Widerrechtlichkeit
5. Kausalität

6.5 Geltendmachung des Mangels

Die **Geltendmachung der Unverbindlichkeit** für alle Arten von Willensmängeln ist in Art. 31 OR festgehalten. Zur **Anfechtung des Vertrages** ist nur derjenige berechtigt, welcher dem Willensmangel unterlegen ist. Die Anfechtungserklärung bedarf keiner besonderen Form, ist jedoch **innert Jahresfrist** abzugeben. Die Frist beginnt in den Fällen des Irrtums und der Täuschung mit der Entdeckung (sicherer Kenntnis), in den Fällen der Furcht mit deren Beseitigung zu laufen. Diese Jahresfrist ist eine **Verwirklichungsfrist** und kann nicht wie eine Verjährungsfrist angehalten oder unterbrochen werden. In Art. 31 OR ist der relativen Frist keine absolute Frist (wie z.B. 10 Jahre bei Art. 60 OR) gegenübergestellt.

Eine **Genehmigung des Mangels bewirkt dessen Heilung**. Die Genehmigung kann durch ausdrückliche Erklärung oder auch stillschweigend erfolgen, aber jeweils nur bei sicherer Kenntnis des Mangels. Eine spätere Berufung auf die Unverbindlichkeit des Vertrages ist in diesem Fall ausgeschlossen. Die Anfechtung ist nach Art. 25 Abs. 1 OR auch ausgeschlossen, wenn sie dem Grundsatz von Treu und Glauben widerspricht. Diese Bestimmung findet nur Anwendung in Fällen des Irrtums nach Art. 23 f. OR, da bei der absichtlichen Täuschung und der Drohung nach Art. 28 ff. OR regelmässig die Schutzwürdigkeit der Vertragspartner fehlt. Dem Art. 25 Abs. 2 OR kommt vor allem beim Erklärungsirrtum grosse Bedeutung zu, denn der Irrende muss den Vertrag so gelten lassen, wie er ihn verstanden hat, wenn sich die andere Partei hierzu bereit erklärt.

Bei erfolgreicher Geltendmachung des Willensmangels gilt der Vertrag als **von Anfang an** (ex tunc) **unwirksam**. Noch nicht erbrachte Leistungen müssen nicht mehr erbracht werden, wohingegen erbrachte Leistungen zurückzuerstatten sind. Neben der Rückabwicklung sind noch Schadenersatzansprüche der Parteien abzuklären. Die Schadenersatzpflicht der anfechtenden Partei richtet sich nach Art. 26 OR; die Gegenpartei haftet allenfalls auf der Grundlage der culpa in contrahendo oder der unerlaubten Handlung.

7. Stellvertretung

Grundsätzlich handelt im Rechtsverkehr jedermann für sich selbst. In anderen Fällen besteht das Bedürfnis, sich beim Vertragsabschluss durch eine andere Person vertreten zu lassen. Neben der sog. **direkten** (auch **echten, unmittelbaren**) Stellvertretung spricht man auch von einer **indirekten** (auch **unechten, mittelbaren**) Stellvertretung (vgl. dazu Abschn. B.7.5.1). Die Stellvertretung im eigentlichen Sinn ist nur die echte Stellvertretung, auf welche im Folgenden eingegangen wird.

Die bei der direkten Stellvertretung nach den Art. 32 ff. OR beteiligten Personen sind der **Vertreter**, der im Namen des **Vertretenen** gegenüber einem **Dritten** handelt. Der Vertreter handelt demnach **in fremdem Namen und für fremde Rechnung**. Die Wirkung des durch den Vertreter abgeschlossenen Geschäfts tritt direkt beim Vertretenen ein.

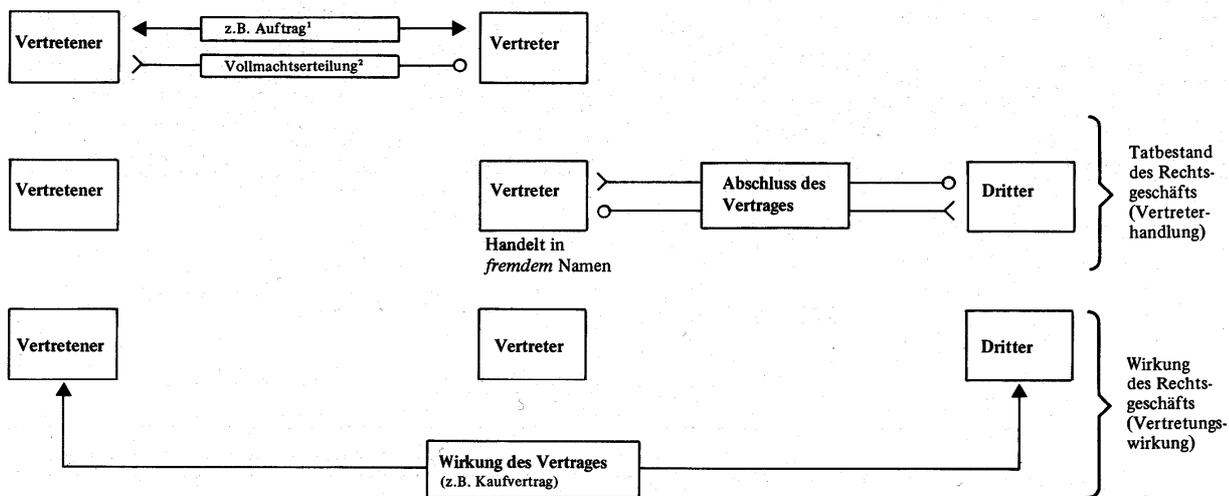


Abb. 26: Direkte (unmittelbare, echte) Stellvertretung, Tafel 31 A, Schulin/Vogt, Tafeln zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 1999

7.1 Voraussetzungen der direkten Stellvertretung

7.1.1 Vertretungsbefugnis

Zum Schutz des Vertretenen verlangt Art. 32 Abs. 1 OR, dass der Vertreter zur Vertretung ermächtigt ist. Dieses Vertretungsbefugnis kann sich aus dem **Gesetz** ergeben oder durch ein **Rechtsgeschäft** begründet werden.

7.1.1.1 Vertretungsbefugnis durch Rechtsgeschäft

Eine durch **Rechtsgeschäft** erteilte Ermächtigung (Art. 34 Abs. 1 OR) wird im Allgemeinen als **Vollmacht** bezeichnet. Sie bedarf grundsätzlich keiner besonderen Form und wird nach dem Zugangsprinzip wirksam (BGE 78 II 369).

Die Bevollmächtigung basiert regelmässig auf einem schuldrechtlichen **Grundverhältnis**. Meistens handelt es sich dabei um einen Auftrag oder Arbeitsvertrag.

Bsp.: A erteilt B den Auftrag (Art. 394 OR), gegen Entgelt Kaufinteressenten zu suchen und den Kaufvertrag abzuschliessen, sobald er einen geeigneten Käufer gefunden hat. Damit erteilt er ihm zugleich auch die Vollmacht, sein Grundstück zu verkaufen (Art. 32 OR). Hier ist B nicht nur befugt zu handeln, er ist dazu auch verpflichtet. A seinerseits hat gegebenenfalls das versprochene Entgelt auszurichten.

Vollmacht und Grundverhältnis haben rechtlich je ihr eigenes Schicksal, faktisch hängen sie aber eng zusammen. Wer z.B. jemanden beauftragt, hat damit vermutungsweise auch die zur Ausführung des Auftrags erforderliche Vollmacht erteilt (Art. 396 Abs. 2 OR). Umgekehrt wird vermutet, dass die erteilte Vollmacht bei Beendigung des Auftrags wieder entfällt.

Eine **Vollmacht erlischt** in folgenden Fällen: Bei Erreichen des beabsichtigten Zwecks, Verzicht des Bevollmächtigten, Zeitablauf, Eintritt einer Bedingung sowie bei Tod, Verlust der Handlungsfähigkeit oder Konkurs des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten (Art. 35 Abs. 1 OR).

Die Vollmacht kann jederzeit durch den Vertretenen widerrufen werden (Art. 34 Abs. 1 OR). Das jederzeitige Widerrufsrecht ist unverzichtbar (Art. 34 Abs. 2 OR).

7.1.1.2 Vertretungsbefugnis aufgrund des Gesetzes

Jede nicht durch Rechtsgeschäft begründete Vertretungsbefugnis wird als **gesetzliche Vertretungsbefugnis** bezeichnet. Als gesetzliche Vertreter kommen beispielsweise in Frage:

- Die Eltern für ihre Kinder (Art. 304 Abs. 1 ZGB);
- der Vormund (Art. 407 ZGB);
- die Vertretung der ehelichen Gemeinschaft (Art. 166 ZGB);
- Organe juristischer Personen (z.B. Art. 718 OR).

7.1.1.3 Vertretungswirkung trotz Fehlen der Vertretungsbefugnis

Handelt der Vertreter im Namen des Vertretenen, ohne im Besitze der erforderliche Vertretungsmacht zu sein, entfaltet das Rechtsgeschäft für den Vertretenen grundsätzlich keine Wirkungen, es sei denn:

- der **Vertretene** genehmigt das Rechtsgeschäft nachträglich (Art. 38 OR);
 - Bsp.: B verkauft in Vertretung des A dessen Briefmarkensammlung für CHF 1'000, obwohl A einen Mindestverkaufspreis von CHF 1'500 festgesetzt hatte. Der Kaufvertrag ist für A grundsätzlich unverbindlich. Er kann ihn aber nachträglich genehmigen.
- der **Dritte** erscheint aufgrund seines **guten Glaubens** ausnahmsweise besonders schutzwürdig. Hierzu legt das Gesetz folgendes fest:
- **Art. 33 Abs. 3 OR:** Der Vertretene gibt dem Dritten eine Vollmacht kund, die er überhaupt nicht erteilt hat. Der Inhalt der Vollmacht ist nach dem Vertrauensprinzip zu eruieren.
 - Bsp.: C wird vom Gläubiger A angewiesen, die Darlehenszinsen an seine Ehefrau B zu zahlen. C darf annehmen, B sei auch zur Entgegennahme der Kapitalrückzahlung ermächtigt (BGE 85 II 25).
- **Art. 34 Abs. 3 OR:** Die Vollmacht wird vom Vertretenen gegenüber dem Vertreter ganz oder teilweise widerrufen, jedoch ohne Mitteilung des Widerrufs an Dritte, denen sie ausdrücklich oder stillschweigend kundgegeben wurde. Der gutgläubige Dritte, dem der Widerruf nicht mitgeteilt wurde, muss ihn nicht gegen sich gelten lassen.
 - Bsp.: Der Vertretene A teilt dem C mit, er habe B zum Vertragsabschluss ermächtigt. Wegen Meinungsverschiedenheiten mit B widerruft A die Vollmacht. Trotzdem verhandelt B mit C weiter und bringt den Vertrag zum Abschluss. A ist an diesen Vertrag gebunden, wenn er C den Widerruf nicht mitgeteilt hat und C auch nicht auf andere Weise davon Kenntnis bekommen hat und auch bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit keine Kenntnis nehmen konnte.

- **Art. 37 OR:** Wenn das Erlöschen einer Vollmacht dem Bevollmächtigten nicht bekannt geworden ist und auch der Dritte davon keine Kenntnis hatte, wird der Fortbestand der Vollmacht von Gesetzes wegen fingiert.

Bsp.: C verlässt sich auf eine ihm von B mitgeteilte Vollmacht des A. Mit dem Tod von A erlischt auch die Vollmacht (Art. 35 Abs. 1 OR). Weder B noch C haben vom Tod des A und damit vom Erlöschen der Vollmacht Kenntnis erhalten und müssen bei der gebotenen Aufmerksamkeit auch keine Kenntnis davon haben. Unter diesen Umständen wird die Vertretungsmacht als fortbestehend betrachtet (Art. 37 OR), so dass der Vertrag zwischen C und den Rechtsnachfolgern von A zustande kommt.

7.1.2 Handeln im Namen des Vertretenen

7.1.2.1 Offenkundigkeitsprinzip

Der Vertreter muss **im Namen des Vertretenen handeln**, um direkte Rechtswirkungen zu erzeugen. Er muss sich also als Stellvertreter zu erkennen geben. Dieses **«Offenkundigkeitsprinzip»** ist in folgenden Fällen eingehalten:

- Wenn der Vertreter den Vertretungswillen hat und der Dritte dies erkennt (Art. 32 Abs. 1 OR) sowie wenn eine **ausdrückliche** Erklärung erfolgt.

Bsp.: B erklärt gegenüber C ausdrücklich: «Ich kaufe im Namen von A ein Auto.»

- Wenn der Dritte aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schliessen muss (Art. 32 Abs. 2 OR). Die Erklärung, in fremdem Namen zu handeln, erfolgt **stillschweigend**.

Bsp.: Die Angestellte am Bankschalter erklärt stillschweigend durch den Ort und die Art ihrer Tätigkeit, dass sie für die Geschäftsherrin (die Bank) handelt. - B hat wiederholt im Namen von A bei C ein Auto gekauft. Beim Kauf des nächsten Autos erklärt er nicht mehr ausdrücklich, er vertrete A.

7.1.2.2 Ausnahmen vom Offenkundigkeitsprinzip

Gleichgültigkeit des Dritten

Ausnahmsweise tritt die Vertretungswirkung ein, obwohl der ermächtigte Vertreter in eigenem Namen handelt. Diese Ausnahme kommt dann zum Zuge, wenn es dem Dritten gleichgültig ist, mit wem er den Vertrag schliesst (Art. 32 Abs. 2 OR). Die Gefahr, dass ihm durch den Eintritt der Vertretungswirkung ein vielleicht missliebiger Vertragspartner aufgedrängt wird, besteht in solchen Fällen nicht.

Bsp.: Manuela beauftragt Karin, drei Nussgipfel zu kaufen. Karin tätigt im Café Gschwend den Kauf. Der Vertrag kommt zwischen Manuela und dem Gschwend zustande.

Unbestimmter Vertretener (Handeln für wen es angeht)

Der Vertretene wird ausnahmsweise auch bei fehlender Offenkundigkeit verpflichtet, also auch ohne dass der Name des Vertretenen dem Dritten bei Geschäftsabschluss bekannt ist. Die Voraussetzungen dafür lauten wie folgt:

- Der Vertreter tritt im Namen eines anderen auf und für den Dritten ist nicht erkennbar, wer die vertretene Person ist.
- Der Vertretene ist noch unbestimmt und wird vom Vertreter (oder einem Dritten) erst später bestimmt.

Bsp.: B kauft von V ein Auto für einen noch nicht bekannten Käufer.

7.1.3 Vertretungsfreundlicher Vertrag

Der vom Vertreter abgeschlossene Vertrag muss der Vertretung zugänglich sein. Dies trifft für **schuldrechtliche Verträge im Allgemeinen** zu. Dagegen sind etwa Verlobung, Heirat oder Verfügung von Todes wegen (Testament) vertretungsfreundliche Rechtshandlungen.

7.1.4 Urteilsfähigkeit des Vertreters

Der Vertreter muss urteilsfähig im Sinne von Art. 16 ZGB sein, jedoch nach überwiegender Lehre nicht zwingend auch handlungsfähig. Folglich können auch urteilsfähige Unmündige oder Entmündigte als Vertreter rechtsgültig Verträge zum Abschluss bringen.

7.2 Wirkung der direkten Stellvertretung

Sind die vier Voraussetzungen

- Vertretungsbefugnis;
- handeln im Namen des Vertretenen;
- vertretungsfreundlicher Vertrag;
- Urteilsfähigkeit des Vertreters

für die direkte Stellvertretung **erfüllt**, kommt der **Vertrag zwischen dem Dritten und dem Vertretenen** zustande. Der Rechtskreis des Vertreters wird dabei nicht berührt. Die vertretene Person muss bei der direkten Stellvertretung alle Handlungen des Vertreters gegen sich gelten lassen.

Hat sich der Vertreter in einem Irrtum befunden oder liegen sonstige **Willensmängel** vor, sind diese **vom Vertretenen geltend zu machen**.

Bsp.: B kauft als Vertreter von A ein Bild, das angeblich von van Gogh stammt, in Wirklichkeit jedoch gefälscht ist. Der Irrtum von B über die Echtheit des Bildes ist ein qualifizierter Motivirrtum (Art. 24 Ziff. 4 OR) und berechtigt A zur Anfechtung.

Bezüglich der Geltendmachung von Willensmängeln gibt es jedoch in diesem Kontext folgende Einschränkungen zu beachten:

- Eine Berufung auf den Willensmangel wäre rechtsmissbräuchlich, wenn der Vertretene den wahren Sachverhalt kennt.
- Wenn der Vertreter den wahren Sachverhalt kannte und der Vertretene einem Irrtum unterlegen ist, kann der Vertretene sich ebenfalls nicht auf den Willensmangel berufen, da er sich das Wissen seines Vertreters zurechnen lassen muss.

7.3 Haftungsfragen bei Nichteintritt der Vertretungswirkung aufgrund fehlender Vollmacht

7.3.1 Haftung des vollmachtlosen Vertreters (Art. 39 OR)

Auch ein vollmachtloser **Vertreter** ist **nicht an** den mit einem Dritten geschlossenen **Vertrag gebunden**. Der Vertreter wird also nicht Vertragspartei!

Bleibt die Vertretungswirkung wegen der fehlenden Vollmacht aus, ist der **Vertreter** gegenüber dem Dritten nach Art. 39 Abs. 1 und Abs. 2 OR **schadenersatzpflichtig**. Beim Tatbestand von **Art. 39 Abs. 1**

OR haftet der Vertreter im Umfang des **negativen Vertragsinteresses**, sofern der Dritte gutgläubig war und dies auch sein durfte. Für den qualifizierten Tatbestand von **Art. 39 Abs. 2 OR**, bei dem der Richter auch den Ersatz des **positiven Vertragsinteresses** (zu den Begriffen negatives und positives Vertragsinteresse siehe hinten C.2.1.3) zusprechen kann, sind folgende **Voraussetzungen** zu prüfen:

- Der Dritte war gutgläubig und durfte dies auch sein;
- den Vertreter trifft ein Verschulden;
- die weitergehende Haftung muss der Billigkeit entsprechen.

Eine Haftung nach Art. 39 OR entfällt, wenn der Vertreter die Genehmigung des Vertretenen vorbehalten hat. Denn durch einen **Genehmigungsvorbehalt** wird der Dritte vom Fehlen der Vollmacht in Kenntnis gesetzt.

Die Verjährung der Ansprüche aus Art. 39 OR richtet sich nach Art. 60 OR.

7.3.2 Haftung des Vertretenen (Art. 36 Abs. 2 OR)

Nach dem Erlöschen der Vollmacht ist der Vertreter zur Rückgabe der Vollmachtsurkunde verpflichtet (Art. 36 Abs. 1 OR). Auf der anderen Seite trifft den Vertretenen die Pflicht, sich um die Rückgabe der Vollmachtsurkunde zu bemühen (Art. 36 Abs. 2 OR).

Der **Vertretene** kann dem **Dritten** gegenüber bei Vorliegen der folgenden Voraussetzungen **schadenersatzpflichtig sein** (Art. 36 Abs. 2 OR):

- Die Vollmacht ist erloschen;
- der Vertretene verlangt vom Vertreter die Vollmachtsurkunde nicht zurück;
- der Vertreter nimmt trotz Erlöschen der Vollmacht **unter Vorlage der Urkunde** schuldhaft im Namen des Vertretenen Rechtsgeschäfte vor (wenn der Vertreter schuldlos keine Kenntnis hat und der Dritte gutgläubig war, entfällt hingegen die Schadenersatzpflicht des Vertretenen, weil in diesem Fall die Vertragswirkungen eingetreten sind, Art. 37 OR); und
- ein gutgläubiger Dritter (Art. 3 ZGB) vertraut auf die Vollmachtsurkunde und geht einen Vertrag ein.

7.4 Arten der Vollmacht

Nach dem **Umfang** der Vollmacht werden unterschieden:

- **Spezialvollmacht**, die ein ganz bestimmtes Geschäft betrifft. Bsp.: Kauf des Grundstücks Nr. 916 in der Gemeinde X.
- **Gattungsvollmacht**, die eine ganz bestimmte Art von Geschäften betrifft. Bsp.: Ein Kassierer in der Migros darf sämtliche angebotenen Waren verkaufen (aber nicht z. B. ein Darlehen gewähren).
- **Generalvollmacht**, die alle Geschäfte wirtschaftlicher Natur bezüglich eines bestimmten Vermögens betrifft. Bsp.: Eine Anwaltsvollmacht.

Nach der für eine Handlung nötigen Anzahl Vertreter differenziert man ferner:

- **Einzelvollmacht**: Ein Vertreter ist allein zur Vertretung befugt.
- **Kollektivvollmacht**: Mehrere Bevollmächtigte können den Vertretenen nur gemeinsam vertreten.

Für die im Wirtschaftsverkehr besonders wichtigen **kaufmännischen Stellvertretungen** wird der **Umfang** der Vertretungsbefugnis **vom Gesetz wie folgt umschrieben**:

- **Prokura** als weitestgehende Handlungsvollmacht, welche den Prokuristen ermächtigt, *alle Rechtsgeschäfte* mit Wirkung für den Geschäftsherrn vorzunehmen, die der Zweck des Gewerbes oder des Geschäfts mit sich bringen kann (Art. 459 f. OR).
- **Generalhandlungsbevollmächtigung**, die enger ist als die Prokura und nur den Abschluss *solcher Rechtsgeschäfte* erfasst, *die das Gewerbe oder der Geschäftsbranche gewöhnlicherweise mit sich bringen* (Art. 462 OR).
- **Vollmacht des Handelsreisenden**, die im Zweifel nur die Vermittlung und nicht auch den Abschluss von Rechtsgeschäften umfasst (Art. 348b Abs. 2 OR).

7.5 Abgrenzungen

7.5.1 Indirekte Stellvertretung

Keine Stellvertretung im Sinne der Art. 32 ff. OR liegt vor, wenn der Handelnde zwar im Interesse und auf Rechnung eines Vertretenen auftritt, vordergründig aber **im eigenen Namen** tätig wird. Die Rechtswirkungen treten in diesem Fall vorerst beim Vertreter selbst ein und müssen in einem zweiten Schritt auf den Vertretenen übertragen werden (Art. 32 Abs. 3 OR).

Der praktisch häufigste Fall der indirekten Stellvertretung ist die Kommission (Art. 425 ff. OR). Der Kommissionär übernimmt die Aufgabe, gegen eine Provision in eigenem Namen aber im Interesse bzw. auf Rechnung eines andern den Einkauf oder Verkauf von beweglichen Sachen zu besorgen.

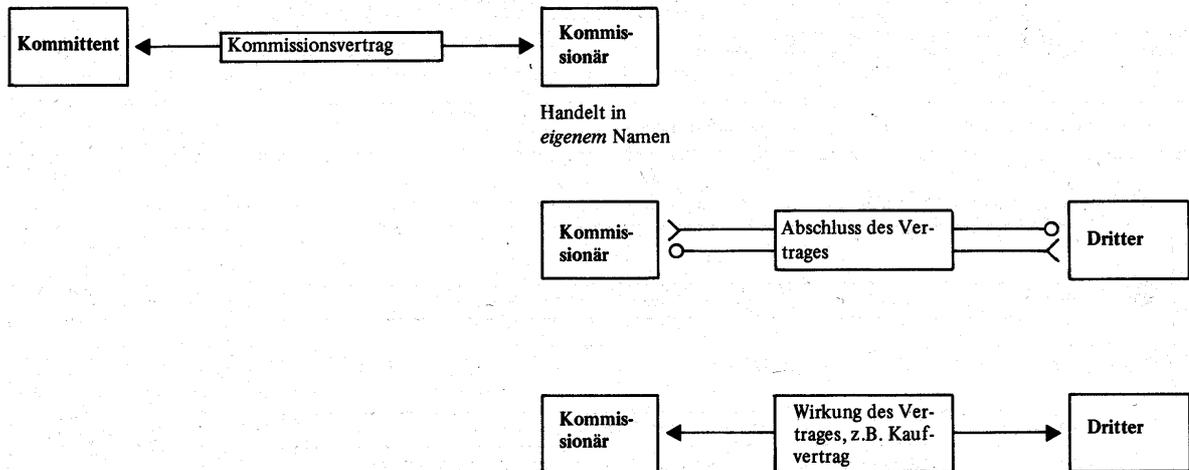


Abb. 27: Indirekte (mittelbare, unechte) Stellvertretung (dargestellt am Beispiel der Kommission), Tafel 31 B, Schulin/Vogt

7.5.2 Botenschaft

Im Gegensatz zum Stellvertreter, der eine eigene Willenserklärung abgibt, übermittelt der Bote lediglich eine **fremde Willenserklärung**. Demnach kann der Bote auch **urteilsunfähig** sein:

Bsp.: A will ein Bild, das er in der Galerie des B gesehen hat, käuflich erwerben:

- A lässt durch X einen Brief überbringen, worin er dem B CHF 5'000 für das Bild bietet. X ist Bote.
- A befürchtet, dass B ihm das Bild nicht verkaufen will. Er beauftragt daher X das Bild zu kaufen, ohne zu erkennen zu geben, dass er für A handelt. X ist indirekter Stellvertreter.

- A beauftragt X, dem B zu erklären, er kaufe das Bild im Auftrag und im Namen des A. X ist direkter Stellvertreter.

7.6 Selbstkontrahieren und Doppelkontrahieren

Von **Selbstkontrahieren** wird gesprochen, wenn jemand als Vertreter eines anderen mit sich selbst im eigenen Namen einen Vertrag abschliesst.

A vertreten durch B \longleftrightarrow B

Im Falle des **Doppelkontrahierens** tritt ein Vertreter als Vertreter zweier Vertragsparteien auf.

A vertreten durch B \longleftrightarrow C vertreten durch B

Solche Geschäfte tragen die Gefahr von Interessenkollisionen in sich, weshalb Sie **grundsätzlich unzulässig** sind. In Fällen, in denen der Vertretene den Vertreter zu einem solchen Geschäftsabschluss besonders ermächtigt hat oder die Natur des Geschäfts die Gefahr der Benachteiligung des Vertretenen ausschliesst (z.B. weil ein Marktpreis besteht), können solche Konstellationen zulässig sein.

Bsp.: Eine Börsenbank erhält von einem Kunden den Auftrag, 50 Aktien XY bestens zu kaufen; von einem anderen Kunden erhält sie den Auftrag, 50 Aktien XY bestens zu verkaufen. Die Bank wird die Transaktion intern zu einem aktuellen Börsenkurs durchführen.

7.7 Vertretung bei juristischen Personen

Verträge können nur durch rechtsfähige Personen geschlossen werden. Juristische Personen sind handlungsfähig (Art. 54 ZGB), sofern ihre Organe (Verwaltungsräte, Direktoren usw.) korrekt bestellt sind. Die **Organe handeln stellvertretend** für die juristische Person. Die Rechtsstellung der Organe ist im Personenrecht und im Gesellschaftsrecht, für staatliche Organe im öffentlichen Recht geregelt.

Soweit keine Sondervorschriften eingreifen, sind die Regelungen der direkten **Stellvertretung (Art. 32 ff. OR)** auch auf die Vertretung von Personengemeinschaften sowie auf die Organvertretung **anwendbar** (Art. 40 OR).

Fragen und Fälle für das Selbststudium, Teil B

1. Schreibt der Staat Ihnen vor:
 - a) Ob Sie einen Vertrag schliessen dürfen?
 - b) Mit wem Sie einen Vertrag schliessen dürfen?
 - c) Welchen Inhalt der Vertrag haben soll?
 - d) In welcher Form Sie einen Vertrag abschliessen?
2. Für C eröffnet sich die einmalige Chance, für einen Reiseveranstalter als Animateur auf den Malediven zu arbeiten. Einziger Haken: Arbeitsbeginn ist bereits in 2 Tagen. C, der noch als Sportartikelverkäufer arbeitet, bittet seinen Chef, das Arbeitsverhältnis per sofort aufzulösen. Wäre eine solche Vereinbarung im Hinblick auf die in Art. 335c OR festgehaltene Kündigungsfrist von bis zu 3 Monaten rechtens?
3. Mieter M und Vermieter V sind sich über die Wohnung und den Mietzins einig. Ist ein Vertrag zustande gekommen, falls sie sich noch uneinig sind über:
 - a) die Art der Bezahlung: M möchte den Mietzins per Bank überweisen, V wünscht Barzahlung;
 - b) die Auflage von V, dass M einmal pro Monat das Treppenhaus reinigen soll;
 - c) die Höhe der zu bezahlenden Kautions;
 - d) die Anzahl der Haustürschlüssel, die M ausgehändigt werden sollen: M will fünf Schlüssel (da er drei Kinder hat), V verweigert dies.
4. Vermieter V schreibt dem Mieter M einen eingeschriebenen Brief, in welchem er ihm die fristgerechte Kündigung mitteilt. Als der Briefträger kommt, ist M nicht zu Hause. In der Folge wird der Brief auf der Post von M nicht abgeholt, so dass das Kündigungsschreiben wieder bei V eintrifft, mit dem Vermerk: «Nicht abgeholt».

Ist die Kündigung wirksam, auch wenn M davon keine Kenntnis hat?
5. Sie erhalten folgenden an Sie persönlich adressierten Brief: «Dies ist ein Exklusivangebot für Sie zum Kauf von 10 Flaschen Rotwein «Vino nobile di Montepulciano», Jahrgang 2003 zu CHF 15 pro Flasche. Da dieses vorteilhafte Angebot kaum abzulehnen ist, gehen wir davon aus, dass Sie mit der Lieferung einverstanden sind und werden Ihnen den Rotwein zustellen, falls wir von Ihnen keine gegenteilige Antwort erhalten.» - Müssen Sie antworten bzw. das Angebot ablehnen, um nicht an den Vertrag gebunden zu sein?
6. In einem Brief, abgeschickt am Dienstag, erklärt A dem Juwelier J, er wolle nun den Damenring für CHF 2'500, den er letzte Woche angesehen habe, kaufen. Der Brief trifft am Donnerstag um 9.00 h im Geschäft ein.

In welchen Fällen hat er seine (briefliche) Willenserklärung rechtzeitig widerrufen?

 - a) Er telefoniert am Donnerstag 8.55 h und widerruft seine Annahme.
 - b) Er telefoniert am Freitag und widerruft.
 - c) Er telefoniert am Freitag und widerruft seine Annahme, der Verkäufer hat aber den Brief noch nicht gelesen.
 - d) Er telefoniert am Donnerstag um 8.00 h, teilt aber seinen Widerruf einem anderen Verkäufer mit. Der Widerruf wird nicht weitergeleitet.

- e) Er telefoniert am Donnerstag um 7.00 h und hinterlässt die Widerrufsmittelung auf dem Anrufbeantworter. Dieser wird am Donnerstag um 12.00 h abgehört.
 - f) Er schickt am Mittwoch um 23.30 h einen Fax, welcher aber in der Verwaltung liegen bleibt und nicht an den Verkauf weitergeleitet wird.
 - g) Er telefoniert am Mittwoch, obwohl er mit dem Verkäufer vereinbart hat, dass er schriftlich Bescheid geben wolle.
7. Was besagt die «Ungewöhnlichkeitsregel»? Was besagt die «Unklarheitsregel»?
 8. Z bucht in einem Reisebüro telefonisch einen Flug nach Rom. Als Z die Rechnung bezahlt hat und die Reisebestätigung erhält, liegt ausserdem ein Blatt mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei. Auf Rückfrage hin erhält Z die Auskunft, dass das Reisebüro ohne diese Bestimmungen grundsätzlich keine Verträge abschliesse. Sind die AGB für Z verbindlich?
 9. Wenn der Gesetzgeber nichts Besonderes vorgesehen hat, welchen Formerfordernissen müssen Verträge genügen?
 10. Nachdem ein Lehrling einen halben Monat gearbeitet hat, stellt sich heraus, dass der Lehrvertrag die Formvorschrift verletzt. Art. 334a OR verlangt Schriftlichkeit, der Vertrag wurde jedoch nur mündlich abgeschlossen.

Wie ist die Rechtslage?

- a) Besteht trotzdem ein gültiger Lehrvertrag?
 - b) Schuldet der Arbeitgeber dem Lehrling Lohn?
 - c) Wie steht es mit den üblichen Schutzbestimmungen (Persönlichkeitsschutz, Kündigungsschutz usw.)? Sind diese für den Arbeitgeber verpflichtend?
11. Sind folgende Verträge gültig?
 - a) Vertrag über die Gewährung eines Darlehens an einen Drogensüchtigen, damit er sich Heroin kaufen kann;
 - b) Vertrag über den Verkauf von Heroin zwischen einem Drogensüchtigen und einem Dealer;
 - c) Sparvertrag zwischen einer Bank und einem Dealer, der sein (aus dem Drogenhandel stammendes) Geld anlegen will.
 12. In welche Gruppen und Untergruppen können die Fälle des Irrtums unterteilt werden?
 13. Vater V schliesst mit seiner Tochter T einen Unterhaltsvertrag ab. Er garantiert ihr bis zur Erfüllung des 28. Lebensjahres die hälftige Finanzierung ihres Studiums. Die andere Hälfte der Kosten will T aufgrund der finanziell schlechten Lage ihres Vaters selber aufbringen.

Ein Jahr später findet T durch Zufall heraus, dass ihr Vater den grössten Teil seines Vermögens im Ausland angelegt hat. Es wäre ihm ein Leichtes, ihr das ganze Studium zu finanzieren. Kann sie mit Hilfe des OR den Unterhaltsvertrag anfechten?
 14. Welche Rechtsverhältnisse bestehen zwischen welchen beteiligten Personen, wenn eine Stellvertretung vorliegt? Welche Voraussetzung muss der Vertreter erfüllen, damit eine Stellvertretungswirkung eintritt?
 15. A beauftragt B mit dem Kauf von 50 Aktien der Firma XY-AG zu höchstens CHF 1'000.– pro Stück. Da B diese Aktien zu einem günstigeren Kurs erwerben kann, kauft er im Namen und auf Rechnung des A 55 XY-Aktien für CHF 950.– pro Stück. Wie ist die Rechtslage?

C. OR AT II: Vertragserfüllung und Vertragsverletzung

1. Vertragserfüllung

1.1 Allgemeines

Durch den Abschluss eines Vertrags verpflichten sich die Vertragsparteien zur gegenseitigen Leistungserbringung. Im Anschluss daran müssen die Parteien die eingegangenen Verpflichtungen erfüllen. Im Alltag fallen Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft oft zusammen. Im Geschäftsleben jedoch können Verpflichtung und Erfüllung zeitlich auseinanderfallen, weshalb es wichtig ist, dass die Parteien festhalten, wie die gehörige Leistungserbringung zu erfolgen hat. Die Leistungserbringung muss im Hinblick auf Gegenstand oder Art der Leistung bestimmt bzw. bestimmbar sein, denn nur bei einer Einigung über alle wesentlichen Vertragspunkte liegt ein Vertrag vor. Falls die Schuld aus mehreren Forderungen oder Verpflichtungen besteht, sind die Leistungsmodalitäten für jede Forderung einzeln zu bestimmen. Bestimmtheit ist gegeben, wenn ein unbeteiligter Dritter die Leistungspflichten aus dem Wortlaut des Vertrages entnehmen kann. Falls dies nicht möglich ist, muss man auf die begleitenden Umstände oder die übliche Vergütung zurückgreifen.

Die Bestimmungen in Art. 68 bis 90 OR definieren den Begriff der Erfüllung nicht konkret. Es besteht jedoch Einigkeit darüber, dass unter **Erfüllung** die **nach Inhalt, Person** (des Leistenden und Empfängers), **Ort und Zeit richtige Leistung** des Schuldners an den Gläubiger zu verstehen ist.

1.1.1 Inhalt der Leistungspflicht

Gegenstand der Erfüllung und damit Inhalt der Leistungspflicht ist die Obligation, welche in einem **Tun, Dulden** oder **Unterlassen** bestehen kann. Um zu entscheiden, ob der Schuldner richtig erfüllt hat, muss untersucht werden, welche Art von Leistung vom Schuldner geschuldet ist.

Bei Sachleistungen können Speziesschuld und Gattungsschuld unterschieden werden:

Speziesschuld (Stückschuld): Gegenstand der Schuldpflicht ist eine individuell bestimmte Sache, z.B. ein bestimmtes Occasionsauto oder ein spezielles Picasso-Gemälde.

Gattungsschuld: Gegenstand der Schuldpflicht ist eine nach allgemeinen Merkmalen bestimmte Sache gleicher Art und Güte. Es steht somit nicht oder noch nicht fest, welche Stücke aus dieser Gattung zu liefern sind, z.B. 100 kg Äpfel Golden Delicious oder 20 Kugelschreiber Caran d’Ache Modell 825. Eine Sonderform der Gattungsschuld ist die sog. Vorratsschuld (begrenzte Gattungsschuld). Die Besonderheit besteht darin, dass die der Gattung nach bestimmten Sachen aus einem begrenzten Vorrat geschuldet sind, z.B. ein neuer Sportwagen des Typs «Ferrari F50», von dem nur 349 Stück gebaut wurden.

Stimmt die erbrachte Leistung mit der effektiv geschuldeten nicht überein, muss aufgrund des Gegenstands der Erfüllung entschieden werden, ob die Leistung als **Aliud-Lieferung** (Nichtlieferung/Falschliefereung) oder aufgrund eines Mangels als **Schlechtlieferung** (mit etwaigen Gewährleistungsansprüchen) zu qualifizieren ist.

- **Aliudlieferung (Falschliefereung)** liegt bei einer Speziesschuld vor, wenn *eine andere als die abgemachte Sache geliefert wird*; bei einer Gattungsschuld, wenn die gelieferte Sache aus einer *anderen Gattung* stammt. Im Falle einer Aliud-Lieferung tritt keine Erfüllung ein, d.h. der Gläubiger besitzt immer noch den aus dem Vertrag resultierenden Erfüllungsanspruch und die Regeln der Art. 97 ff. OR kommen zur Anwendung.

Bsp.: Statt einer Ente wird eine Gans geliefert (Gattungsschuld), statt des getesteten Occasionswagens ein anderes Exemplar gleichen Typs (Speziesschuld).

- **Schlechtlieferung** liegt bei einer Speziesschuld vor, wenn der *Vertragsgegenstand nicht alle vertraglich vereinbarten Eigenschaften aufweist*. Die herrschende Lehre geht davon aus, dass man beim Speziaukauf auch mit einer mangelhaften Sache erfüllt und somit dem Käufer nur Sekundäransprüche (Gewährleistungsrechte) offen stehen. Bei Gattungsschulden liegt eine Schlechtlieferung vor, wenn der Vertragsgegenstand ungünstig von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit der Gattung abweicht. Diesbezüglich bestimmt Art. 71 OR, dass das Recht zur Individualisierung («Konkretisierung») dem Schuldner zusteht. Er kann die zu leistende Sache aus der Gattung auswählen. Art. 71 Abs. 2 OR präzisiert die Auswahl dahingehend, dass der Schuldner eine Sache *nicht unter «mittlerer Qualität»* liefern darf, was aber nicht bedeutet, dass der Gläubiger berechtigt ist, Ware von bester Qualität zu fordern. Bei der Schlechtlieferung von Gattungsgütern kommen in der Regel die Normen über Mängelgewährleistung (Art. 197 ff. OR) zur Anwendung.

Eine **Wahlobligation** im Sinne von Art. 72 OR liegt vor, wenn zwei oder mehrere Leistungen derart geschuldet sind, dass der Schuldner nur die eine oder andere Sache wahlweise zu erbringen hat. Die alternativ geschuldete Leistung muss im Gegensatz zur Gattungsschuld nicht dieselben Gattungsmerkmale aufweisen wie die vorgesehene Leistung. Ergibt sich aus dem Vertrag nicht etwas anderes, steht das Wahlrecht gemäss Art. 72 OR dem Schuldner zu.

1.1.2 Person des Leistenden

Nach dem Grundsatz von Art. 68 OR muss der Schuldner nur dann persönlich erfüllen, wenn es bei der Leistung auf seine Persönlichkeit ankommt. Persönliches Handeln ist z.B. beim Arbeitsvertrag (Art. 321 OR) und beim Auftrag (Art. 389 Abs. 3 OR) vorgesehen. Die gesetzliche Regelung ist subsidiärer Natur und kommt nur zur Anwendung, wenn aus der Parteivereinbarung oder den jeweiligen Umständen des Vertrags nichts Gegenteiliges hervorgeht. Wo es auf die persönliche Leistung des Schuldners nicht ankommt, kann die Erfüllung der Obligation auch durch einen Dritten erfolgen. Der Schuldner hat folgende Möglichkeiten, sich zur Erfüllung seiner Leistung eines Dritten zu bedienen:

Hilfsperson: Der Schuldner erbringt die Leistung gemäss Art. 101 OR mit Hilfe eines Dritten (z.B. Angestellte, Subunternehmer oder Hausgenossen).

Bsp.: Das Haus von Sybille wird nicht durch Malermeister Hans persönlich, sondern durch dessen Lehrling oder Angestellten gestrichen.

Substitution: Der Dritte erbringt die Leistung selbständig anstelle des Schuldners (Übertragung an einen Dritten).

Bsp.: Ein Anwalt zieht im Interesse des Klienten einen Steuerfachmann bei.

Anweisung: Die Leistung an den Gläubiger wird von einem Dritten aus dessen Vermögen erbracht.

Bsp.: Die Bank zahlt für ihren Kunden Hans aus eigenen Mitteln seine Schuld an Regula und verrechnet diesen Betrag mit seinem Kreditkonto.

Intervention: Ein Dritter kann die Leistung auch ohne Wissen und gegen den Willen des Schuldners erbringen und diesen dadurch von der Leistungspflicht befreien. Ein Dritter, der ohne Willen des Schuldners leistet, wird Interveniens genannt. Wenn der Dritte im Sinne von Art. 419 ff. OR als echter Geschäftsführer ohne Auftrag im Interesse des Schuldners leistet, trifft diesen nach Art. 422 OR eine Rückersatzpflicht.

Bsp.: Während der Abwesenheit von Anton zahlt Nachbarin Gabriela dessen ausstehende Telefonrechnungen, so dass der Telefonanschluss nicht abgestellt werden muss.

Der Gläubiger hat grundsätzlich die Obliegenheit, die gehörig angebotene Leistung des Dritten entgegenzunehmen, denn anderenfalls gerät er gegenüber dem Schuldner in Annahmeverzug (Art. 91 OR). Bei Widerspruch des Schuldners ist der Gläubiger allerdings nicht verpflichtet, die Leistung anzunehmen und kann somit nicht in Annahmeverzug geraten.

1.1.3 Person des Leistungsempfängers

Der Schuldner muss grundsätzlich an den Gläubiger leisten, es sei denn, der Schuldner sei ausnahmsweise zur Leistung an einen Dritten verpflichtet oder ermächtigt worden.

Die **Pflicht** des Schuldners zur Leistung an einen Dritten kann sich z.B. aus folgenden Sachverhalten ergeben:

Vereinbarte Pflicht zur Leistung an einen Dritten: Der Schuldner wird vertraglich verpflichtet, an einen Dritten zu leisten. Er tut dies entweder für Rechnung des Gläubigers oder für Rechnung des Dritten. Im letzteren Fall spricht man von einem Vertrag zugunsten Dritter (vgl. unten Kap. 4.1).

Nachträgliche Weisung des Gläubigers: Der Gläubiger kann einseitig und nachträglich den Schuldner anweisen, an einen Dritten zu leisten.

Ein **Recht** (d.h. Berechtigung, aber nicht Verpflichtung) des Schuldners zur Leistung an einen Dritten besteht in folgenden Fällen:

Wenn der Gläubiger den Schuldner **ermächtigt** hat, an einen Dritten zu leisten, z.B. wenn der Gläubiger dem Schuldner gegenüber ein Bankkonto angegeben hat.

Wenn der Schuldner unter bestimmten Voraussetzungen **kraft Gesetz** an einen Dritten leisten darf, z.B. ist der Schuldner bei Annahmeverzug des Gläubigers gemäss Art. 92 OR berechtigt, sich durch Leistung an eine Hinterlegungsstelle zu befreien.

Wenn der Schuldner aufgrund der **Verkehrsübung** berechtigt ist, an einen Dritten zu leisten, z.B. ist eine Zahlung auf das Postkonto des Gläubigers nach Verkehrsübung zulässig, sofern nicht besondere Umstände dagegen sprechen.

Merke

Ein Vertreter, der durch den Gläubiger zum Empfang der Leistung ermächtigt wird (sog. Einziehungsermächtigung) gilt nicht als Dritter.

1.1.4 Erfüllungsort

Als Erfüllungsort (Leistungsort) wird der Ort bezeichnet, wo der Schuldner seine Leistungshandlung vorzunehmen hat, damit er gemäss Art. 74 OR richtig erfüllt. Erfüllt der Schuldner nicht am richtigen Ort, gerät er gemäss Art. 102 OR in Schuldnerverzug. Umgekehrt tritt Gläubigerverzug nach Art. 91 OR ein, wenn der Gläubiger die gehörig angebotene Ware am Erfüllungsort nicht entgegennimmt. Die Bestimmung des Erfüllungsortes hat zudem auch noch einen Einfluss auf den Übergang von Nutzen und Gefahr (Art. 185 Abs. 2 OR) und den Hinterlegungsort beim Gläubigerverzug (Art. 92 OR).

Man unterscheidet hinsichtlich des Erfüllungsortes folgende Schuld-Typen:

Holschuld: Bei der Holschuld ist es die Pflicht des Gläubigers, die Leistung am Sitz des Schuldners abzuholen. Der Schuldner muss nur die Leistung am Erfüllungsort bereitstellen und allenfalls dem Gläubiger Mitteilung hiervon machen.

Bringschuld: Bei der Bringschuld obliegt es dem Schuldner, die vereinbarte Leistung am Sitz des Gläubigers zu erbringen.

Schickschuld: Bei der Schickschuld hat der Schuldner die Nebenpflicht, die geschuldete Sache an den Gläubiger zu versenden, und zwar vom Erfüllungsort aus. Ein Anwendungsfall ist der Distanzkauf (Art. 189 Abs. 1 OR): Die verkaufte Sache muss an einen anderen als den Erfüllungsort versendet werden, wobei der Käufer die Versandkosten trägt. Mit der Versendung der Kaufsache (nicht mit der Bezahlung der Transportkosten) ist der Schuldner seinen Pflichten nachgekommen.

Sowohl bei der Holschuld als auch bei der Bringschuld fallen Leistungs- und Erfüllungsort zusammen. Hingegen tritt bei der Schickschuld der Leistungserfolg nicht schon beim Versand ein, sondern erst, wenn die Ware beim Gläubiger eingetroffen ist.

Wenn keine abweichenden Vereinbarungen getroffen wurden und sich nichts aus allfälligen besonderen Umständen ergibt, kommen die dispositiven Bestimmungen des Art. 74 Abs. 2 OR zur Anwendung:

Ziff. 1: Geldschulden sind **Bringschulden**. Der Schuldner hat an demjenigen Ort zu erfüllen, wo der Gläubiger zur Zeit der Erfüllung seinen Wohnsitz hat.

Ziff. 2: Speziessschulden sind grundsätzlich **Holschulden**, denn die Ware ist da zu übergeben, wo sie sich zum Zeitpunkt der Vertragsabschlusses befindet. Falls die Ware sich zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses jedoch an einem anderen Ort als am Wohn- oder Geschäftssitz des Schuldners befindet, gilt dieser Ort nur dann als Erfüllungsort, wenn beide Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses Kenntnis davon hatten.

Ziff. 3: Andere Verbindlichkeiten, vor allem **Gattungssschulden**, sind an dem Ort zu erfüllen, wo der Schuldner zur Zeit der Erfüllung seinen Wohnsitz hat. Es handelt sich hier also grundsätzlich um eine **Holschuld**, wenn keine anderen Bestimmungen vorgehen.

1.1.5 Erfüllungszeit

1.1.5.1 Begriffliches

Beim Begriff der Erfüllungszeit (Leistungszeit) ist zwischen der Erfüllbarkeit und der Fälligkeit einer Forderung zu unterscheiden:

Fälligkeit: Der Gläubiger darf die Leistung einfordern und einklagen und der Schuldner muss daraufhin leisten. Der Zeitpunkt, an dem die Leistung gefordert werden kann, heisst Fälligkeitstermin.

Erfüllbarkeit: Ab diesem Zeitpunkt darf der Schuldner die Leistung erbringen, allerdings kann der Gläubiger diese noch nicht einfordern.

1.1.5.2 Bedeutung

Der Schuldner hat nur dann richtig erfüllt, wenn auch der Zeitpunkt der Leistungserbringung stimmt. Sobald die Erfüllbarkeit einer Schuld eintritt, trifft den Gläubiger die Obliegenheit, die gehörig angebotene Leistung anzunehmen. Verweigert der Gläubiger zu diesem Zeitpunkt die angebotene Leistung, gerät er gemäss Art. 91 OR in Gläubigerverzug. Ist die Fälligkeit der Forderung eingetreten und leistet der Schuldner nicht, so gerät er nach den Regeln von Art. 102 ff. OR in Schuldnerverzug, und der Gläubiger kann nun grundsätzlich nach Art. 107 Abs. 1 OR vorgehen. In Fällen, bei denen der Gläubiger ein erhöhtes Interesse an der Einhaltung einer bestimmten Erfüllungszeit hat und mit dem Schuldner einen genauen Leistungstermin vereinbart, darf der Schuldner nur bis zum fixierten Datum erfüllen. Man spricht in diesen Fällen von einem **Fixgeschäft**. Der Fixtag wird somit zu einem qualifizierten Verfalltag, da der Gläubi-

ger im Falle des Verzugs die Wahlrechte von Art. 107 Abs. 2 OR ohne Ansetzung einer Nachfrist ausüben kann.

1.1.5.3 Bestimmung der Erfüllungszeit

Grundsätzlich haben die Parteien die Möglichkeit, den Leistungszeitpunkt mit der Vereinbarung eines Termins oder einer Frist selbst festzulegen. Ein **Termin** hat die Bedeutung, dass man einen genauen Zeitpunkt vereinbart hat, bei dessen Erreichen Fälligkeit und Erfüllbarkeit zusammenfallen, wie z.B. «am 16. Juli 2001» oder «am 25. Geburtstag des Gläubigers». Bei einer **Frist** wird dem Schuldner die Möglichkeit gegeben, innerhalb eines vereinbarten Zeitraums zu leisten bzw. zu erfüllen, wie z.B. «zahlbar innert 20 Tagen nach Ablieferung». Wird eine Frist vereinbart, hat der Schuldner die Möglichkeit, die Leistung schon mit deren Beginn zu erbringen, die Fälligkeit tritt jedoch erst mit Ablauf der Frist ein.

Bsp.: A und B schliessen am 1. Mai einen Kaufvertrag. Vereinbaren sie «Lieferung bis 15. Mai», so ist die Obligation ab sofort erfüllbar (A kann bereits am Folgetag liefern, und B muss die Lieferung annehmen), fällig ist sie erst am 15. Mai (erst dann kann A mahnen und das Verzugsprozedere in Gang setzen). Vereinbaren sie «Lieferung am 15. Mai», so ist die Obligation erst am 15. Mai erfüllbar (liefert B vorher, muss er die Lieferung nicht annehmen) und zugleich auch fällig.

Ist nichts konkret vereinbart worden, kann sich die Fälligkeit aus der Natur der Obligation ergeben, z.B. wenn eine Ware erst noch hergestellt werden muss, oder auch aus den Bestimmungen des Besonderen Teils des OR (z.B. Art. 213 Abs.1 OR beim Kaufvertrag). Ansonsten kommt die subsidiäre Norm des Art. 75 OR zur Anwendung, wonach bei Entstehung der Forderung die Leistung sogleich erfüllbar und fällig wird.

1.1.5.4 Relativierung der Fälligkeit durch Art. 82 und Art. 83 OR

Die «Zug um Zug» Regel des Art. 82 OR und das Zurückbehaltungs- und Rücktrittsrecht in Art. 83 OR relativieren die Fälligkeit einer Forderung: **Der Schuldner muss trotz Fälligkeit nicht leisten, solange der Gläubiger seinerseits noch nicht geleistet oder zumindest seine Leistung angeboten hat.** Diese Regelung will dem bei vollkommen zweiseitigen Verträgen immer vorhandenen Austauschverhältnis Rechnung tragen. Damit Art. 82 OR zur Anwendung kommt, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- Fälligkeit der Leistungen beider Parteien;
- Vorliegen eines vollkommen zweiseitigen Vertrages (Austauschvertrag);
- der Gläubiger hat seine Leistung weder erbracht noch angeboten;
- es besteht keine Vorleistungspflicht des Schuldners.

Art. 83 OR regelt den Fall, bei dem eine Partei bei einem vollkommen zweiseitigen Vertrag nachträglich zahlungsunfähig geworden ist. Diese Verschlechterung gibt dem Betroffenen das Recht, die eigene Leistung trotz eingetretener Fälligkeit zu verweigern, bis ihm die Gegenleistung sichergestellt ist. Wird die Gegenleistung nicht innert angemessener Frist sichergestellt, kann der Betroffene gemäss Art. 83 Abs. 2 OR vom Vertrag zurücktreten. Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit von Art. 83 Abs. 1 OR sind folgende:

- Es liegt ein vollkommen zweiseitiger Vertrag vor;
- eine Vertragspartei wird nachträglich zahlungsunfähig;
- der Anspruch der Gegenpartei ist gefährdet.

Beachte

Im Gegensatz zu Art. 82 OR kommt Art. 83 OR auch dann zur Anwendung, wenn die das Recht ausübende Partei vorleistungspflichtig war, aber diese Pflicht durch die zahlungsunfähige Partei nicht in Anspruch genommen wurde.

1.1.6 Sonderfälle der Erfüllung

1.1.6.1 Leistung an Erfüllungs Statt

Sofern keine entsprechende Vertragsabrede besteht, hat der Schuldner kein Recht, dem Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung zu erbringen. Wird diesem Grundsatz zuwider gehandelt, tritt grundsätzlich keine Erfüllung ein.

Bsp.: WIR- statt Währungsgeld oder eine Dienstleistung statt Geldzahlung.

Dennoch kommt es in der Praxis vor, dass der Schuldner dem Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung anbietet in der Hoffnung, dass der **Gläubiger** in seinem eigenen Interesse **diese andere Leistung an Stelle der vereinbarten annimmt**. In solchen Fällen wird von einer Leistung an Erfüllungs Statt gesprochen, welche ebenfalls den Untergang der erfüllten Obligation bewirkt.

Da es sich hierbei aber um eine vertragliche Modifikation handelt, ist eine entsprechende Vereinbarung zur Erreichung der gewünschten Wirkung erforderlich. Die ursprüngliche Forderung des Gläubigers erlischt erst mit der ausdrücklichen oder konkludenten Annahme der Leistung an Erfüllungs Statt. Ist die an Erfüllungs Statt hingebene Sache mit Mängeln behaftet, haftet der Schuldner wie ein Verkäufer nach Art. 197 ff. OR (Möglichkeit der Wandlung nach Art. 205, 208 Abs. 2 OR analog).

1.1.6.2 Leistung erfüllungshalber

Bietet der Schuldner dem **Gläubiger** an Stelle der vereinbarten eine andere Leistung an, kann er diese auch **annehmen, ohne auf den ursprünglichen Erfüllungsanspruch zu verzichten**. In solchen Fällen wird von der Leistung erfüllungshalber gesprochen. Bei der Leistung erfüllungshalber wird die ursprüngliche Forderung gestundet. Nur wenn der Gläubiger aus der erfüllungshalber erhaltenen Leistung tatsächlich Befriedigung erlangt, geht die ursprüngliche Forderung unter, ansonsten kann der Gläubiger auf die ursprüngliche Forderung zurückgreifen.

Bsp.: Eingehen einer Wechselverbindlichkeit, Zahlung mittels Kreditkarte, Ausstellung eines Checks: Verweigert die Bank die Einlösung eines Checks, kann der Gläubiger aus der ursprünglichen Forderung nach wie vor gegen den Schuldner vorgehen.

Ergibt sich aus der Verwertung der erfüllungshalber erhaltenen Leistung im Vergleich zur ursprünglichen Forderung ein Überschuss, muss dieser an den Schuldner herausgegeben werden (Art. 400 OR analog); dies ist bei der Leistung an Erfüllungs Statt nicht der Fall.

1.1.6.3 Erfüllung bei Geldforderungen

Gemäss Art. 84 Abs. 1 OR sind Geldschulden grundsätzlich in Landeswährung zu bezahlen. Wenn die Schuld auf eine ausländische Währung lautet, kann gemäss Art. 84 Abs. 2 OR dennoch die geschuldete Summe nach ihrem Wert zur Verfallzeit in Landeswährung beglichen werden, sofern nicht durch einen Zusatz die wortgetreue Erfüllung des Vertrages ausbedungen ist.

Heute herrscht in weiten Bereichen des Wirtschaftslebens der bargeldlose Zahlungsverkehr vor. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob im heutigen Wirtschaftsleben Zahlung auch durch Leistung von Buchgeld (statt Bargeld) erfolgen kann. Bei einer Überweisung handelt es sich nicht um eine Zahlung im

Rechtssinne, sondern um eine Leistung an einen Dritten, also eigentlich eine Leistung an Erfüllung Statt. Aufgrund der Vorteile und der breiten Akzeptanz des bargeldlosen Zahlungsverkehrs ist diese Frage allerdings von geringer praktischer Bedeutung.

Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen der Verteilung der Beweislast nach Art. 8 ZGB obliegt es dem Schuldner, der von seinem Gläubiger belangt wird, den Beweis für die bereits geleistete Erfüllung zu erbringen. In diesem Zusammenhang sind die Art. 88 bis 90 OR von grosser Bedeutung. Der Schuldner, der eine Zahlung geleistet hat, ist nach Art. 88 Abs. 1 OR berechtigt eine Quittung zu verlangen. Falls sich der Gläubiger weigert, bei gehörig angebotener Leistung eine Quittung auszustellen, wirkt sich das Recht auf Quittung in Art. 88 Abs. 1 OR als Rückbehaltungsrecht aus. Demnach ist das Recht auf eine Quittung kein klagbarer Anspruch, sondern der Gläubiger gerät in Annahmeverzug (Gläubigerverzug), sofern er sich ohne Rechtsgrund weigert, die Quittung auszustellen.

2. Vertragsverletzung

Der Begriff der Vertragsverletzung umfasst im Wesentlichen vier Arten von Leistungsstörungen:

- **Schuldnerverzug (Späteistung):** Wenn der Schuldner die Leistung nicht zum richtigen Zeitpunkt erbringt.
- **Nichterfüllung:** Wenn die Leistung des Schuldners ausbleibt, ohne dass deren Erfüllung nachträglich noch möglich ist.
- **Schlechterfüllung (positive Vertragsverletzung):** Wenn die Vertragsleistung nicht in der vereinbarten Qualität erfolgt.
- **Gläubigerverzug (Annahmeverzug):** Wenn der Schuldner die Leistung nicht rechtzeitig erbringen kann, weil der Gläubiger sie nicht entgegennimmt oder eine andere ihm obliegende Handlung nicht vornimmt.

Zum besseren Verständnis werden die einzelnen Vertragsverletzungen nachfolgend gesondert behandelt.

2.1 Schuldnerverzug

Schuldnerverzug im Sinne von Art. 102 ff. OR ist gegeben, wenn der Schuldner die von ihm versprochene Leistung nicht zum vertraglich bzw. gesetzlich vorgesehenen Zeitpunkt erbringt. Unter Schuldnerverzug ist also die **pflichtwidrige Nichtleistung trotz Fälligkeit und Mahnung durch den Gläubiger** zu verstehen. Der Schuldnerverzug stellt eine echte Pflichtverletzung (Verletzung einer vertraglichen bzw. gesetzlichen Verpflichtung) dar.

(Der Besondere Teil des OR enthält einzelne Vorschriften zum Verzug; so z. B. Art. 190 (beim Kaufvertrag), Art. 366 (beim Werkvertrag), Art. 257d (beim Mietvertrag). Zum Teil betreffen diese Vorschriften aber nur besondere Fälle (so Art. 190 nur kaufmännischen Verkehr; Art. 366 den Herstellungsverzug vor Ablieferungstermin; Art. 257d den Zahlungsrückstand des Mieters). Auch für diese Vertragstypen gelten im Allgemeinen die Verzugsvorschriften der Art. 102 ff. OR.)

2.1.1 Voraussetzungen des Verzuges

Der Schuldner gerät in Verzug, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- Fälligkeit der Forderung (Art. 102 Abs. 1 OR)

Fälligkeit gemäss Art. 102 Abs. 1 OR liegt vor, wenn der Gläubiger die Leistung einfordern kann und der Schuldner zur Erfüllung verpflichtet ist. Erst von diesem Zeitpunkt an kann dem Schuldner die

nicht rechtzeitige Erfüllung vorgeworfen werden. Eine Nichtleistung bei blosser Erfüllbarkeit vermag keinen Schuldnerverzug zu begründen.

- Pflichtwidrige Nichtleistung

Pflichtwidrigkeit liegt vor, wenn der Schuldner eine ihm obliegende Leistung nicht rechtzeitig erbringt, obwohl die **Erbringung der Leistung grundsätzlich möglich wäre**. Wenn nämlich die Leistung *nicht* mehr möglich ist, liegt nicht etwa Verzug vor, sondern es kommen die Regeln über die Unmöglichkeit zur Anwendung (vgl. unten Kap. C.2.2). Zudem endet der Verzug, sobald der Schuldner die geschuldete Leistung und die sich aus dem Verzug ergebenden Verpflichtungen erfüllt. Ein allfälliger Gläubigerverzug schliesst den Schuldnerverzug grundsätzlich aus.

- Mahnung des Schuldners (Art. 102 OR)

Die Mahnung ist eine **unmissverständliche Aufforderung** des Gläubigers an den Schuldner, **die versprochene Leistung unverzüglich zu erbringen**. Sie ist eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung, die formlos (auch konkludent) erfolgen kann. Die Verzugsfolgen treten erst im Zeitpunkt des Eintreffens der Willenserklärung beim Schuldner ein, da es sich bei der Mahnung um eine **empfangsbedürftige Willenserklärung** handelt. Folglich stellt nahezu jede Erklärung des Gläubigers, mit welcher die schuldnerische Leistung in Erinnerung gerufen wird, eine Mahnung dar.

Bsp.: Mögliche Formen der Mahnung sind die Zusendung eines Rechnungsauszeuges, eine quittierte Rechnung, das Ansetzen einer Nachfrist im Sinne von Art. 107 Abs.1 OR oder die Zustellung des Zahlungsbefehls.

Nicht ausreichend ist jedoch die blosser Rechnungsstellung.

Nach herrschender Lehre kann die Mahnung auch vor Eintritt der Fälligkeit erfolgen, jedoch können die Verzugsfolgen dann erst mit Fälligkeit der Forderung eintreten.

Merke

Grundsätzlich wird der Schuldner erst durch die Mahnung in Verzug gesetzt. Der Eintritt der Fälligkeit der Forderung allein bewirkt im Regelfall noch keinen Verzug.

In drei verschiedenen **Ausnahmefällen** treten die **Verzugswirkungen** auch **ohne Mahnung** ein:

- Wenn die Parteien einen **bestimmten Verfalltag** gemäss Art. 102 Abs. 2 OR vereinbart haben. Ein bestimmter Verfalltag liegt aber nur vor, wenn sich dessen Fälligkeitszeitpunkt **kalendermässig genau berechnen** lässt.

Bsp.: Die Vereinbarungen «zahlbar bis 30.4.», «Lieferung 30 Tage nach Vertragsschluss» genügen den Anforderungen an einen bestimmten Verfalltag, nicht aber Klauseln wie «Lieferung sobald als möglich», «demnächst» usw.

- Wenn sich ein Verfalltag aus der **Kündigung** ergibt.

Bsp.: Ein Darlehen wird gekündigt. Nach Ablauf der vertraglichen Kündigungsfrist ist das Darlehen zur Rückzahlung fällig, d.h. der Schuldner befindet sich nach diesem Zeitpunkt ohne Mahnung in Verzug.

- Wenn eine Mahnung als **zwecklos** erscheint oder dem Gläubiger **nicht zumutbar** ist.

Bsp.: Der Schuldner verweigert die Erfüllung des Vertrages ernsthaft und endgültig oder verhindert den Zugang der Mahnung.

2.1.2 Allgemeine Verzugsfolgen

Die Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs als solchem sind in den Art. 103 ff. OR geregelt. Der **Verzug verändert grundsätzlich weder den Inhalt noch die Erfüllbarkeit der Forderung**, d.h. der Schuldner darf nach wie vor leisten und der Gläubiger kann Erfüllung verlangen und diese nötigenfalls einklagen. Aber es können vom Gläubiger weitere Rechte geltend gemacht werden:

Verzugszins gemäss Art. 104 OR

Wenn der Schuldner mit einer **Geldleistung** in Verzug gerät, so schuldet er grundsätzlich gemäss Art. 104 Abs. 1 OR Verzugszinsen unabhängig davon, ob er den Verzug verschuldet hat oder ob der Gläubiger einen Schaden erlitten hat. Die Pflicht zur Zahlung von Verzugszinsen beginnt unmittelbar mit dem Eintritt des Verzugs.

Der Zins wird in Prozenten des Forderungsbetrags berechnet und beträgt **mindestens 5% p. a.** Der Sinn dieser Zinszahlungspflicht bei Verzug liegt im Zinsverlust des Gläubigers, da er den Betrag noch nicht erhalten hat, und im Zinsgewinn des Schuldners, da er unberechtigterweise immer noch über den Betrag verfügen kann. Die Parteien haben die Möglichkeit, einen höheren Zinssatz zu vereinbaren. Gemäss Art. 104 Abs. 3 OR können Kaufleute einen höheren Zinssatz verlangen, wenn der Bankdiskontsatz am Zahlungsort 5% übersteigt.

Gemäss Art. 105 Abs. 1 OR ist der Verzugszins schon vom Zeitpunkt der Anhebung der Betreibung bzw. der gerichtlichen Klage geschuldet. Art. 105 Abs. 3 OR hält fest, dass Zinseszinsen auf Verzugszinsen unzulässig sind. Wenn der Gläubiger einen Schaden erleidet, der grösser ist als die Verzugszinsen, so kann er diesen nach Art. 106 Abs. 1 OR ersetzt verlangen. Jedoch muss hierfür der Schuldner den Verzug verschuldet haben. Die Pflicht zur Zahlung von Verzugszinsen endet mit der verspäteten Zahlung des Schuldners oder mit Untergang der Forderung.

Ersatzpflicht für Verspätungsschaden und zufälligen Untergang gemäss Art. 103 OR

Hat der Schuldner den Verzug seinem **eigenen Verschulden** oder dem Handeln seiner Hilfspersonen gemäss Art. 101 OR zuzuschreiben, kann dies **zwei** zusätzliche Folgen haben:

- Die erste Folge ist die **Ersatzpflicht des Schuldners** für den Schaden infolge verspäteter Leistung (sog. **Verspätungsschaden**, Art. 103 Abs. 1 OR). Dieser Schaden besteht aus jenen Vermögensbeeinträchtigungen, die durch die Leistungsverzögerung adäquat kausal verursacht wurden; es ist also zu prüfen, welche Beeinträchtigungen bei rechtzeitiger Erfüllung nicht eingetreten wären.

Bsp.: Ein Zwischenhändler hat sich unter Vereinbarung einer Vertragsstrafe zur termingerechten Lieferung einer Ware verpflichtet und diese seinerseits termingerecht beim Hersteller bestellt. Wegen eines Versehens wird ihm die Ware vom Hersteller zu spät ausgeliefert. Weil er selbst nicht liefern kann, wird die Vertragsstrafe fällig; dieser Vermögensnachteil ist die (adäquat-kausale) Folge der Verspätung des Herstellers.

Die Beweislast bezüglich Existenz und Umfang des Schadens liegt beim Gläubiger. Der Schadenersatzanspruch tritt neben den immer noch bestehenden Erfüllungsanspruch des Gläubigers und kann folglich mit diesem geltend gemacht werden.

- Die zweite Folge ist die **Haftung für den zufälligen Untergang** (bzw. Wertverminderung) des Vertragsgegenstandes gemäss Art. 103 Abs. 1 OR. Kann sich der Schuldner nicht durch den Nachweis entlasten, dass er die Verspätung nicht zu vertreten hat (d.h. dass ihn kein Verschulden *bzgl. des Verzugs* trifft; Abs. 2), so tritt eine Haftungsverschärfung ein. Die in Art. 103 Abs. 1 OR erwähnte Zufallshaftung betrifft den klassischen Fall, dass die bei einer Stückschuld zu liefernde Sache nach Eintritt des Verzugs untergeht, ohne dass der Schuldner daran ein Verschulden hat (Verschulden *bzgl. des*

Untergangs), z.B. wenn das zu liefernde Gemälde durch einen Brand zerstört wird. Diesem Zufall sind alle Fälle gleichzustellen, bei denen die Leistung des Verzugsschuldners durch Zufall objektiv unmöglich wird, z.B. die plötzliche Erkrankung des zu einer persönlichen Dienstleistung verpflichteten Schuldners. Von dieser Haftung kann sich der Schuldner gemäss Art. 103 Abs. 2 OR nur durch den Nachweis befreien, dass derselbe Zufall den Vertragsgegenstand auch bei rechtzeitiger Erfüllung in gleicher Weise zum Nachteil des Gläubigers getroffen hätte, z.B. wenn das Feuer auch das Haus des Gläubigers erfasste und das Bild sowieso zerstört worden wäre.

Der Schuldner wird gemäss Art. 103 Abs. 2 OR von der Haftung für den Verspätungsschaden und den zufälligen Untergang befreit, wenn er beweisen kann, dass der Verzug ohne jedes Verschulden von seiner Seite eingetreten ist. Die Beweislast trägt somit der Schuldner.

Neben der Ersatzpflicht für den Verspätungsschaden und der Haftung für Zufall ist der **Schuldner** aber **weiterhin zur Vertragserfüllung verpflichtet**.

2.1.3 Besondere Verzugsfolgen bei Austauschverträgen

Die Leistung von Verzugszinsen und der Ersatz des Verspätungsschadens stellen allgemeine Verzugsfolgen dar und tangieren den Bestand des Vertrages nicht.

Die Ansprüche der Art. 103 ff. OR genügen aber bei Austauschverträgen nicht, um die Interessen des Gläubigers ausreichend zu schützen, da der Gläubiger weiterhin seine eigene Leistung erbringen bzw. bereithalten muss, was unzumutbar sein kann.

Die Art. 107 bis 109 OR enthalten daher weitere Bestimmungen, die dem Gläubiger das Recht geben, über das weitere Schicksal des Vertrages zu bestimmen, insbesondere sich von der Vertragsbindung zu befreien. Dieses Recht ist aber an zusätzliche Voraussetzungen geknüpft: Da die Folgen der Rechtsbehelfe in Art. 107 bis 109 OR für den Schuldner eine erhebliche Belastung bedeuten können, muss ihm durch das Ansetzen einer angemessenen Nachfrist gemäss Art. 107 Abs. 1 OR eine letzte Möglichkeit zur Leistungserfüllung eingeräumt werden.

Nachfristansetzung

Um die besonderen Verzugsfolgen von Art. 107 ff. OR nutzen zu können, muss der Gläubiger dem säumigen Schuldner eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen oder durch die zuständige Behörde ansetzen zu lassen. Die Nachfristsetzung ist eine **ultimative Aufforderung an den Schuldner zur Erfüllung** in Form einer empfangsbedürftigen, formlos möglichen Willensäusserung. Die Ansetzung einer Nachfrist ist grundsätzlich erst möglich, wenn sich der Schuldner schon im Verzug befindet, kann aber auch gleichzeitig mit der Mahnung (dem In-Verzug-Setzen) erfolgen.

Die angesetzte Nachfrist muss **angemessen** sein. Die Angemessenheit bestimmt sich vor allem durch die Interessen der Parteien und die Art bzw. den Umfang der Leistung.

Bsp.: Kürzere Dauer bei Geldleistungen, längerer Zeitraum bei umfangreicheren Sach- oder Dienstleistungen, die vom Schuldner vorbereitet werden müssen.

Falls die vom Gläubiger angesetzte Nachfrist objektiv zu kurz ist, muss der Schuldner widersprechen, anderenfalls gilt sie als akzeptiert. Von der Ansetzung einer Nachfrist kann gemäss Art. 108 OR jedoch ausnahmsweise abgesehen werden:

- wenn der Schuldner klar und ernsthaft zu verstehen gibt, dass er **nicht leisten kann oder will**, d.h. die Leistung endgültig **verweigert** (Art. 108 Ziff. 1 OR);

- wenn die Leistung auch innert angemessener Nachfrist nicht mehr erbracht werden könnte, d.h. wenn sie **unnütz** wäre (Art. 108 Ziff. 1 OR);
- wenn der Gläubiger das **Interesse an der Leistungserbringung** wegen Zeitablaufs **verloren** hat und der Schuldner dies erkennen konnte (Art. 108 Ziff. 2 OR), z.B. Saisonware;
- wenn eine Parteivereinbarung vorliegt, nach welcher eine Leistung **genau zu einem bestimmten Zeitpunkt** erfolgen soll (Art. 108 Ziff. 3 OR). Die Anforderungen an die Vereinbarung eines **relativen Fixgeschäfts** sind aber strenger als bei der Abrede eines bestimmten Verfalltages. Während für ein Verfalltagsgeschäft genügt, dass die Leistung bis zum vereinbarten Zeitpunkt erbracht werden soll, muss für ein Fixgeschäft zudem aus der Vereinbarung hervorgehen, dass der Gläubiger bei einer Verspätung nicht mehr an das Geschäft gebunden sein will.

Bsp.: Indizien für das Vorliegen eines relativen Fixgeschäftes sind etwa Klauseln wie «genau am», «spätestens bis zum», «nicht später als». Liegt hingegen ein absolutes Fixgeschäft vor (z.B. die Hochzeitstorte, das Taxi zum Flughafen), so sind nicht die Regeln des Verzugs anzuwenden, sondern jene der nachträglichen Unmöglichkeit (vgl. Kap. C.2.2.2.3).

Nach Ablauf der Nachfrist, hat der Gläubiger mit Bezug auf die Rechtsfolgen folgende **Wahlmöglichkeiten (Gläubigerwahlrechte)**:

- Beharren auf Erfüllung des Vertrags und Ersatz des Verzugschadens
Der Gläubiger kann weiterhin an seinem Erfüllungsanspruch festhalten und dem Schuldner eine weitere Nachfrist setzen, nach deren Verstreichen er immer noch zu anderen Rechtsbehelfen greifen kann. Zudem kann der Gläubiger weiterhin Ersatz des Verzugschadens gemäss Art. 103 OR verlangen.
- Verzicht auf die Vertragserfüllung unter Aufrechterhaltung des Vertrages und Verlangen von Schadenersatz wegen Nichterfüllung
Verzichtet der Gläubiger auf die nachträgliche Leistung, so muss er dies dem Schuldner unverzüglich mitteilen, damit die Parteien Klarheit über das weitere Schicksal des Vertrages haben. Die Verzichtserklärung ist eine Gestaltungserklärung, die formlos möglich ist und bei deren Wirksamwerden der Erfüllungsanspruch untergeht und durch den Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung ersetzt wird (Art. 107 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR). Die Voraussetzungen für den Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung sind:
 - Vertragsverletzung (Verzug)
 - Schaden
- **Verschulden** des Schuldners: Das Verschulden wird (im Unterschied zur deliktischen Haftung) bei Vertragsverletzungen vermutet (Beweislastumkehr). Der Schuldner kann sich aber von der Haftung befreien, indem er nachweist, dass er den Verzug nicht verschuldet hat (**Exkulpationsbeweis**).
- **Adäquater Kausalzusammenhang**: Die Vertragsverletzung muss nach der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet sein, den Schaden herbeizuführen oder zumindest zu begünstigen.

Zu ersetzen sind der Wert der ausgebliebenen Leistung und der Schaden, der dem Gläubiger durch die Verspätung entstanden ist. Für die Berechnung des Schadenersatzes gelten dieselben Regeln wie bei Art. 97 Abs. 1 OR, d.h. es wird der Wert der ausgebliebenen Leistung zum Fälligkeitszeitpunkt bestimmt. Falls sich der Schaden des Gläubigers nach diesem Zeitpunkt noch vergrössern sollte, wird dieser berücksichtigt. Der Schadenersatz wegen Nichterfüllung soll den Gläubiger in seinem Vermö-

gen gleichstellen, wie wenn der Vertrag ordnungsgemäss erfüllt worden wäre (sog. **Erfüllungsschaden** oder **positives Vertragsinteresse**; die Bezeichnung «positiv» ist unglücklich, hat sich aber eingebürgert).

Bsp.: Ein Textilhändler hat für CHF 25'000 ein Stoffsortiment bestellt, das nicht geliefert wird. Nun muss er sich anderswo für mit gleichwertiger Ware eindecken, was ihn CHF 30'000 kostet. Macht er den Erfüllungsschaden geltend, ist er vermögensmässig so zu stellen, als wäre der Vertrag über die ursprüngliche Bestellung erfüllt worden, d.h., als hätte er die Ware zum vereinbarten Preis erhalten – ihm ist der Mehraufwand von Fr.5'000 zu ersetzen.

Beachte:

Die Ausübung dieses Gestaltungsrechts macht die Möglichkeit eines Rücktritts vom Vertrag zunichte, da ausgeübte Gestaltungsrechte in der Regel unwiderruflich sind.

• **Verzicht auf die Vertragserfüllung und Rücktritt vom Vertrag**

Will der Gläubiger nicht am Vertrag festhalten, hat er gemäss Art. 107 Abs. 2 OR die Möglichkeit, vom Verträge zurückzutreten. Dafür ist wiederum eine unverzügliche Verzichtserklärung (Gestaltungserklärung) notwendig. Dabei kommen die Rechtsfolgen von Art. 109 OR zur Anwendung. Der Gläubiger kann die versprochene Gegenleistung verweigern und das bereits Geleistete zurückfordern. Sodann kann er in diesem Fall lediglich für denjenigen Teil des Schadens Ersatz beanspruchen, der durch das Dahinfallen des Vertrages entstanden ist (Ersatz der Auslagen, die im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss und im Hinblick auf die Erfüllung getätigt worden sind). Der Gläubiger ist also in seinem Vermögen so zu stellen, als ob er den Vertrag nie geschlossen hätte (sog. **Vertrauensschaden** oder **negatives Vertragsinteresse**).

Bsp.: Derselbe Kleiderhändler ist, um das bestellte Sortiment zu begutachten, zum Hersteller gereist und hat bereits Werbematerial mit Bildern der Textilien vorbereiten lassen, was ihn insgesamt CHF 3'000 gekostet hat. Tritt er vom Vertrag zurück, ist er vermögensmässig so zu stellen, als ob er den Vertrag über die ursprüngliche Bestellung gar nicht geschlossen hätte. Er hätte dann im Vertrauen auf die Lieferung weder die Reise zum Hersteller gemacht noch Werbematerial vorbereitet, weswegen ihm diese Kosten zu ersetzen sind.

Meistens ist das Erfüllungsinteresse grösser als das Vertrauensinteresse, wie auch in diesem Beispiel. Der Händler wird sich daher hier für den Ersatz des Erfüllungsschadens von CHF 5'000 entscheiden. Das kann aber im Einzelfall anders sein: Hätte z. B. die Ersatzlieferung gar nicht mehr gekostet als die ursprüngliche Bestellung, so hätte der Händler keinen Erfüllungsschaden. Er würde sich dann wohl für den Ersatz des Vertrauensschadens von CHF 3'000 entscheiden.

Merke

Hält der Gläubiger am Vertrag fest und fordert er Schadenersatz wegen Nichterfüllung, ist ihm der Erfüllungsschaden (das positive Vertragsinteresse) zu ersetzen. Sofern er jedoch unverzüglich seinen Rücktritt vom Vertrag erklärt, ist er so zu stellen, als ob er den Vertrag nie geschlossen hätte (Vertrauensschaden bzw. negatives Vertragsinteresse).

Das positive Vertragsinteresse ist in der Regel grösser als das negative.

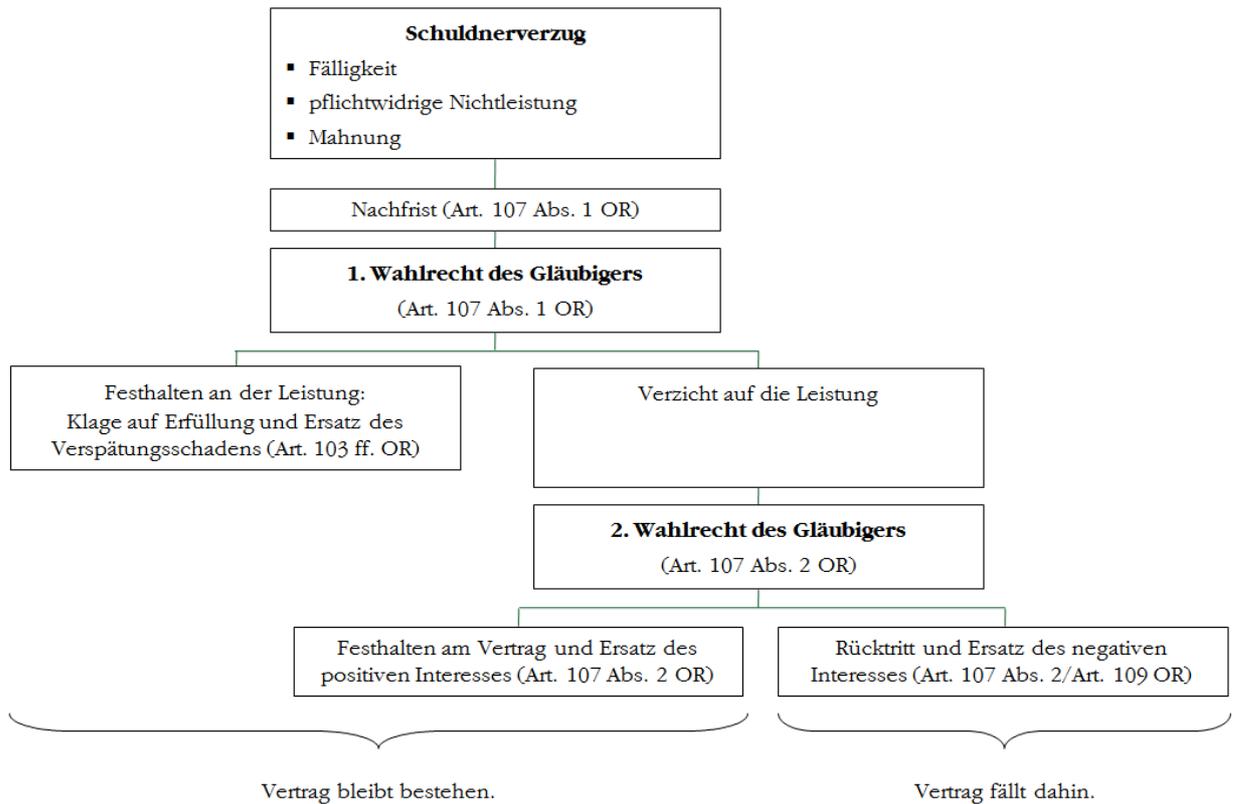


Abb. 28: Wahlrechte des Gläubigers beim Schuldnerverzug bei vollkommen zweiseitigen Verträgen

2.2 Nichterfüllung (Unmöglichkeit)

Nichterfüllung (Nichtleistung, Unmöglichkeit) liegt vor, wenn der Schuldner die von ihm versprochene Leistung nicht (mehr) erbringen kann.

2.2.1 Begriff der Unmöglichkeit

2.2.1.1 Tatsächliche, rechtliche und wirtschaftliche Unmöglichkeit

Die Unmöglichkeit der Leistungserbringung kann in tatsächlichen, rechtlichen oder wirtschaftlichen Gründen liegen.

- **Tatsächliche Unmöglichkeit** liegt vor, wenn der Vertragsgegenstand zerstört oder untergegangen ist oder eine Leistung nicht zum vereinbarten Zeitpunkt erbracht wird, der für den Vertragsabschluss absolut wesentlich war (sog. absolutes Fixgeschäft). Dasselbe muss auch gelten, wenn der Vertragszweck aus anderen tatsächlichen Gründen nicht erreicht werden kann.

Bsp.: Ein Käsetransporter muss in einem Tunnel aufgrund eines vor ihm entstandenen Unfalles anhalten. Infolge der enormen Hitzeentwicklung im Tunnel schmilzt der Käse dahin.

Ein **absolutes Fixgeschäft** stellt die für den Hochzeitsabend bestellte Hochzeitstorte dar. Wird sie nicht zum vereinbarten Zeitpunkt geliefert, ist die Leistung für das frisch vermählte Ehepaar nutzlos geworden.

- **Rechtliche Unmöglichkeit** liegt vor, wenn ein Vertrag auf eine gesetzlich nicht zugelassene Rechtsfolge gerichtet ist.

Bsp.: Ein Kaufvertrag über eine Sache, die vom Staat beschlagnahmt wurde.

- Die Kategorie der **wirtschaftlichen Unmöglichkeit** erfasst diejenigen Fälle, in denen die Leistungspflicht des Schuldners aus Gründen der Zumutbarkeit eingegrenzt werden muss. Dazu gehören auch Fälle moralischer oder ethischer Unmöglichkeit der Leistungserbringung. Wenn man die wirtschaftliche und moralische Unmöglichkeit nicht als Fälle der Unmöglichkeit betrachten würde, so wären die Regeln über die *clausula rebus sic stantibus* anzuwenden.

Bsp.: Wenn die verkaufte Ware auf einem Schiff transportiert wird, das auf einen Eisberg aufläuft und versinkt, dann ist der Verkäufer nicht zur Bergung der Ware verpflichtet (Eingrenzung der Leistungspflicht führt zu wirtschaftlicher Unmöglichkeit).

Dem Popsänger, dessen Sohn kurz vor dem Auftritt einen tödlichen Unfall erleidet, kann nicht zugemutet werden, am vereinbarten Abend zu singen (moralischer Grund).

2.2.1.2 Objektive und subjektive Unmöglichkeit

Die Unmöglichkeit lässt sich in eine **objektive** und eine **subjektive** unterteilen. **Objektive Unmöglichkeit** liegt vor, wenn es generell unmöglich ist, die vereinbarte Leistung (noch) zu erbringen, d.h. wenn niemand auf der Welt in der Lage ist, die Leistung zu erbringen. Wenn nur der konkrete Schuldner dazu nicht in der Lage ist, liegt ein Fall **subjektiver Unmöglichkeit oder blossen Unvermögens** vor.

2.2.1.3 Anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit

Die Unterscheidung dieser Begriffe bezieht sich auf den Zeitpunkt der Unmöglichkeit in Relation zum Vertragsschluss. Anfängliche Unmöglichkeit liegt bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vor, während nachträgliche Unmöglichkeit erst nach dem Vertragsschluss eintritt.

2.2.1.4 Vorübergehende und dauernde Unmöglichkeit

Eine vorübergehende Unmöglichkeit bedeutet, dass im Augenblick die Leistung nicht möglich ist, diese jedoch zu einem späteren Zeitpunkt erbracht werden kann. Bei der dauernden Unmöglichkeit wird die Leistungsmöglichkeit für immer ausgeschlossen. Für die Abgrenzung sind der Vertragszweck und die Interessen des Gläubigers an der Leistungserbringung zu berücksichtigen.

Merke

Im Unterschied zur Unmöglichkeit setzt der **Schuldnerverzug** voraus, dass die **Leistungserfüllung noch möglich** ist. Diese Abgrenzung kann im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten.

2.2.2 Rechtsfolgen der Unmöglichkeit

Bezüglich der Rechtsfolgen muss man zwischen anfänglicher objektiver, anfänglicher subjektiver und nachträglicher Unmöglichkeit unterscheiden:

2.2.2.1 Anfängliche objektive Unmöglichkeit

Gemäss Art. 20 Abs. 1 OR ist ein Vertrag, dessen Inhalt unmöglich ist, nichtig. Nach der herrschenden Lehre betrifft diese Rechtsfolge jedoch nur den Fall einer **anfänglichen, objektiven und dauernden Unmöglichkeit**. Da die Nichtigkeit den ganzen Vertrag betrifft, können aus einem nichtigen Vertrag keine Erfüllungsansprüche geltend gemacht werden, womit auch die Pflicht zur Gegenleistung entfällt. Es kommt lediglich ein Schadenersatzanspruch aus culpa in contrahendo in Frage, falls eine Partei im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses von der Unmöglichkeit Kenntnis hatte oder hätte haben müssen.

2.2.2.2 Anfängliche subjektive Unmöglichkeit

Gemäss herrschender Lehre hindert die anfängliche subjektive Unmöglichkeit nicht das Zustandekommen des Vertrags, obwohl dem Schuldner persönlich die Leistung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht möglich ist. Der Schuldner wird jedoch nach Art. 97 Abs. 1 OR schadenersatzpflichtig, sofern die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- Die Verpflichtung kann **überhaupt nicht erfüllt** werden. (Sofern sie lediglich nicht rechtzeitig erfüllt werden kann, liegt Schuldnerverzug vor.)
- Es liegt **kein Fall der anfänglichen objektiven Unmöglichkeit** vor, welche die Nichtigkeit (Art. 20 OR) des Vertrags bewirken würde. Die Leistungserbringung ist nur gerade dem konkreten Schuldner nicht möglich.
- Es ist ein nachweis- und bezifferbarer **Schaden** entstanden; die Beweislast liegt beim Gläubiger.
- **Verschulden (Misslingen des Exkulpationsbeweises)**: Nach Art. 97 Abs. 1 OR wird das Verschulden des Schuldners vermutet. Man spricht hier auch von *Übernahmverschulden*: Das Verschulden liegt darin, dass man eine Verpflichtung übernimmt, die man gar nicht erfüllen *kann*. Mit dem Exkulpationsbeweis kann sich der Schuldner entlasten, wenn er nachweist, dass er im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die eigene mangelnde Leistungsfähigkeit weder kannte noch kennen musste. Gelingt dieser Beweis (was in der Praxis selten ist), beurteilen sich die Rechtsfolgen nach Art. 119 OR.
- **Adäquater Kausalzusammenhang** zwischen der Unmöglichkeit und dem Schaden.

Merke

Geldmangel hat nie eine Leistungsunmöglichkeit im rechtlichen Sinne zur Folge («Geld hat man zu haben»).

2.2.2.3 Nachträgliche Unmöglichkeit

Bei der nachträglichen Unmöglichkeit werden die subjektive und objektive Unmöglichkeit nicht unterschieden. Die Rechtsfolgen unterscheiden sich vielmehr danach, ob das Leistungshindernis auf das Verschulden einer Partei bzw. ihr nach Art. 101 OR zurechenbare Handlungen einer Hilfsperson zurückzuführen ist. Der Entlastungsbeweis nach Art. 97 Abs. 1 OR obliegt dem Schuldner.

- Sofern die nachträgliche **Unmöglichkeit weder durch den Schuldner noch durch den Gläubiger verschuldet** ist, gelangt Art. 119 OR zur Anwendung: Die **Leistungspflicht des Schuldners erlischt**, und er verliert auch den Anspruch auf Gegenleistung des Gläubigers. Der Schuldner ist auf der anderen Seite auch nicht zu Schadenersatz verpflichtet. Ausnahmsweise erlischt die Leistungspflicht jedoch nicht, wenn der Schuldner aufgrund der Leistungsunmöglichkeit von einem Dritten Ersatz erhält: Der Gläubiger kann in diesem Fall die Herausgabe dieser **Ersatzleistung** (das **stellvertretende commodum**) vom Schuldner verlangen, z.B. hat der Schuldner beim Untergang eines versicherten Vertragsgegenstandes dem Gläubiger die Versicherungssumme auszuhändigen (dafür hat er auch die Gegenleistung des Gläubigers zugut).
- Sofern die Unmöglichkeit jedoch dem **Verschulden des Schuldners oder einer seiner Hilfspersonen nach Art. 101 OR zuzuschreiben** ist, bestimmen sich die Rechtsfolgen nach Art. 97 Abs. 1 OR: Der ursprüngliche Erfüllungsanspruch des Schuldners wandelt sich in einen **Schadenersatzanspruch** um. Geschuldet ist **das positive Interesse**, d.h. der Gläubiger ist so zu stellen, wie wenn der Schuldner ordnungsgemäss erfüllt hätte. Bei der Berechnung des Schadenersatzes ist grundsätzlich auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem der Schuldner hätte erfüllen sollen. Hat sich der Schaden jedoch bis

zum Zeitpunkt eines gerichtlichen Urteils vergrössert, kann der Gläubiger seiner Wahl nach auch diesen geltend machen.

Nach herrschender Auffassung soll dem Gläubiger über den Schadenersatz hinaus auch ein Rücktrittsrecht analog zu Art. 107 Abs. 2 OR zustehen, wobei davon in der Praxis bei verschuldeter Unmöglichkeit nur selten Gebrauch gemacht wird.

Merke

Bei nachträglicher objektiver oder subjektiver Unmöglichkeit ist das **Verschulden der Parteien** zu beurteilen. Sofern die Unmöglichkeit **unabhängig vom Verhalten** der Parteien eingetreten ist, beurteilen sich die Rechtsfolgen nach **Art. 119 OR**. Ist die Unmöglichkeit dem Schuldner zuzuschreiben, findet **Art. 97 OR** Anwendung.

Bsp.: Eine beidseits unverschuldete Unmöglichkeit einer Leistung liegt z.B. vor, wenn

- ein nicht diplomierter Akupunkturtherapeut den Mietvertrag bezüglich einer Praxis aufgrund der (unvorhersehbaren) gesetzlichen Einführung eines Befähigungsausweises für Akupunkturtherapeuten nicht erfüllen kann;
- die Lieferung von Pflastersteinen aus einem bestimmten Steinbruch (begrenzte Gattungsschuld) durch unvorhergesehene geologische Verhältnisse unverhältnismässig erschwert wird;
- die Vertragserfüllung aufgrund von Kriegsereignissen unmöglich geworden ist (nicht aber bei blosser Erschwerung der Leistung infolge kriegswirtschaftlicher Massnahmen)
- sich der Schwiegersohn, der seinen Schwiegereltern ein lebenslangliches Wohnrecht in seinem auch von ihm bewohnten Haus eingeräumt hatte, von seiner Ehefrau scheiden lässt.

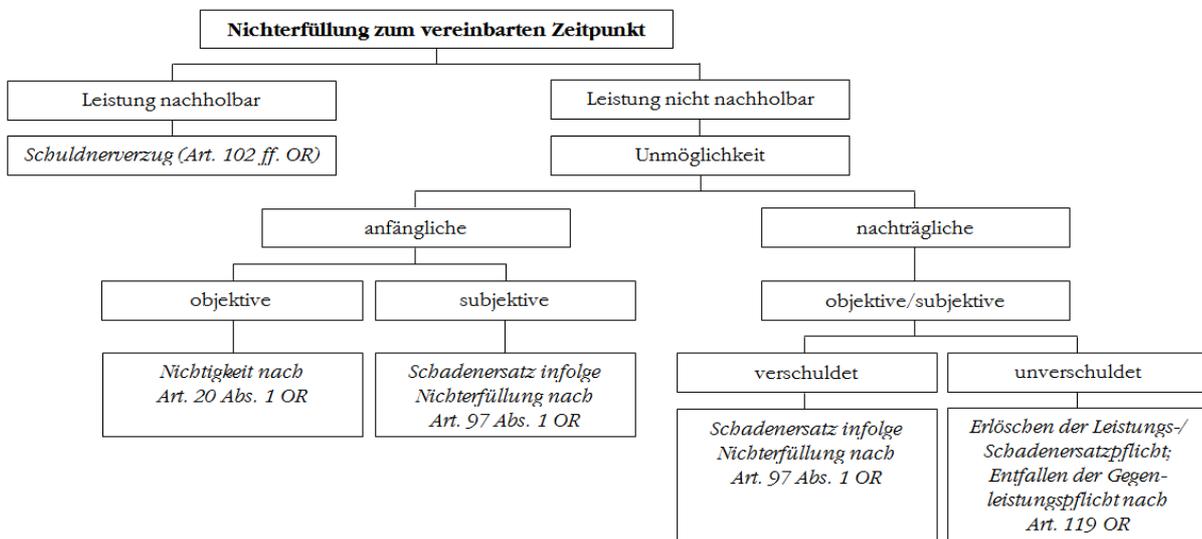


Abb. 29: Übersicht über die Rechtsfolgen der Nichterfüllung

2.3 Schlechterfüllung (positive Vertragsverletzung)

2.3.1 Begriff der Schlechterfüllung

Neben den Tatbeständen von Verzug und Unmöglichkeit erfasst Art. 97 OR auch jede andere fehlerhafte Vertragserfüllung (z.B. Schlechtleistung, Leistung in nicht vertragsgemässer Qualität, Verletzung von Aufklärungspflichten). Die Lehre bezeichnet solche Fälle als **positive Vertragsverletzungen** (auch dieser Begriff ist wenig glücklich gewählt).

Die Rechtsfolgen der Schlechterfüllung sind oft im BT des OR bei den einzelnen Vertragstypen speziell geregelt. Ist dies nicht der Fall, kommt die allgemeine Bestimmung in Art. 97 OR zum Zuge.

Im Wesentlichen können **zwei Fallgruppen** von positiver Vertragsverletzung unterschieden werden:

- **Slechterfüllung einer Hauptleistungspflicht:**

Die Schlechterfüllung einer Hauptleistungspflicht liegt immer dann vor, wenn eine wesentliche Vertragspflicht nicht vertragsgemäss erfüllt wird, d.h. nicht den vertraglichen Erfordernissen entspricht. Wurde aber die Hauptleistung überhaupt nicht oder zu spät erbracht, liegt Unmöglichkeit bzw. Verzug vor.

- **Verletzung von Nebenpflichten:**

Eine Schlechtleistung kann auch vorliegen, wenn die Hauptleistungspflicht richtig erfüllt wurde, jedoch eine aus dem Vertrag resultierende Nebenleistungspflicht verletzt wurde und der Gläubiger daraus einen Schaden erlitten hat. Bei den Nebenpflichten ist wie folgt zu unterscheiden:

- **Obhuts- und Schutzpflichten:** Diese schützen den Gläubiger vor Beeinträchtigung der körperlichen Integrität oder des Eigentums.

Bsp.: Sicherung der Skipisten durch das Bergbahnunternehmen, ordnungsgemässes Verpacken durch den Versender.

- **Leistungsbezogene Nebenpflichten:** Diese stehen im Zusammenhang mit dem Vertragsinhalt und sichern den Eintritt des angestrebten Vertragszieles. Man spricht hier von der Pflicht des Schuldners zu loyalen Verhalten, dass meistens in einer Aufklärungs-, Beratungs- oder Unterlassungspflicht besteht.

Bsp.: Die Bank muss den Kleinkunden über Risiken bei Spekulationsgeschäften aufklären. Ein Arzt hat den Patienten über Risiken einer bevorstehenden Operation aufzuklären.

2.3.2 Rechtsfolgen der Schlechterfüllung

Als allgemeine Rechtsfolgen der Schlechterfüllung kommen einerseits der **Erfüllungsanspruch** (Nachlieferung, Nachbesserung) und andererseits die **Forderung von Schadenersatz** in Betracht. Daneben sind spezifische Rechtsfolgen oft bei den einzelnen Vertragstypen des Besonderen Teils des OR geregelt.

- **Erfüllungsanspruch**

- Bei Schlechterbringung einer Hauptleistungspflicht

Ob ein Anspruch auf Nachbesserung oder Nachlieferung im Rahmen der Vereinbarung besteht, ist für einzelne Vertragstypen im Besonderen Teil des OR spezifisch und jeweils unterschiedlich geregelt. So gehen im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht jeweils die Sonderregelungen des OR BT vor.

- Bei Verletzung von Nebenpflichten

Bei der Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten kann oft nicht ein Erfüllungsanspruch, sondern nur ein Schadenersatzanspruch geltend gemacht werden.

- **Schadenersatz**

Als Schadenersatz infolge Schlechterfüllung kann der Gläubiger gemäss Art. 97 Abs. 1 OR den **Ersatz des positiven Vertragsinteresses** einfordern: Er ist so zu stellen, wie wenn der Vertrag ordnungsgemäss erfüllt worden wäre. Für den Schadenersatzanspruch muss der Gläubiger die folgenden Voraussetzungen nachweisen:

- **Vertragsverletzung:** Liegt in Form einer Schlechterfüllung vor.
- **Schaden:** Der Schaden kann im Minderwert der erbrachten Leistung, in einem entgangenen Gewinn, einem entgangenen Gebrauchsvorteil liegen oder es kann sich um einen Mangelfolgeschaden handeln (Schäden an anderen Rechtsgütern als dem Leistungsgegenstand).
- **Verschulden** wird vermutet. Dem Schuldner steht der Exkulpationsbeweis offen.
- **Adäquater Kausalzusammenhang** zwischen Schlechterfüllung und Schaden.

Merke

Eine Vertragsverletzung kann in der **Nichterfüllung**, der **Slechterfüllung** oder im **Verzug** bestehen. **Art. 97 OR** stellt dabei die bedeutendste Rechtsgrundlage dar, auf die sich ein Anspruch aus Vertragsverletzung stützen kann. Art. 97 OR gewährt Schadenersatz aus Vertragsverletzung, sofern der Nachweis der Vertragsverletzung, des Schadens und des adäquaten Kausalzusammenhangs gelingt. Das **Verschulden** des Schuldners wird bei Art. 97 OR **vermutet**; dem Schuldner steht jedoch der **Entlastungsbeweis** offen. Für einzelne Vertragsstörungen werden abweichende Rechtsfolgen vorgesehen (Art. 20, Art. 119 und Art. 107 OR).

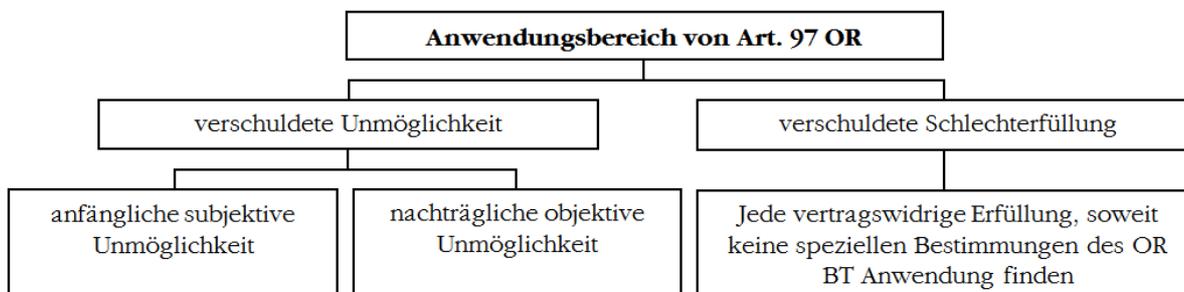


Abb. 30: Der Anwendungsbereich von Art. 97 OR (Ersatzpflicht des Schuldners bei Ausbleiben der Erfüllung)

2.4 Gläubigerverzug

Wirkt der Gläubiger trotz Bereitschaft des Schuldners bei der Erfüllung nicht oder nicht gehörig mit, so kann er gemäss Art. 91 bis 95 OR in **Gläubigerverzug (Annahmeverzug)** geraten.

2.4.1 Voraussetzungen (Art. 91 OR)

Gläubigerverzug liegt vor, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- **Erfüllbarkeit**

Der Schuldner muss zur Leistung berechtigt und imstande sein bzw. bereit sein, diese gehörig zu erbringen. Die Fälligkeit der Leistung wird nicht vorausgesetzt, Erfüllbarkeit genügt.

- Leistungsangebot des Schuldners

Der Schuldner muss **die vertragsgemässe Leistung am richtigen Ort und zur richtigen Zeit** anbieten. Teilleistungen braucht der Gläubiger in der Regel nicht zu akzeptieren (Art. 69 Abs. 1 OR).

- Ungerechtfertigte Verweigerung der Mitwirkung durch den Gläubiger

Gemäss Art. 91 OR kommt der Gläubiger mit der Annahmeverweigerung der gehörig angebotenen Leistung des Schuldners in Verzug. Diese Annahmeverweigerung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Unterlässt der Gläubiger von ihm durchzuführende Vorbereitungshandlungen, wird dies einer Annahmeverweigerung gleichgestellt. Die Verweigerung der Annahme der Leistung bzw. die Vornahme von Vorbereitungshandlungen muss ungerechtfertigterweise erfolgen, d.h. es dürfen keine objektiven Gründe in Bezug auf das Leistungsangebot des Schuldners bestehen, die die Verweigerung des Gläubigers rechtmässig erscheinen lassen. Ein Verschulden des Gläubigers ist jedoch nicht Voraussetzung.

Exkurs: Andere Verhinderung der Erfüllung (Art. 96 OR)

Der Art. 96 OR stellt dem Gläubigerverzug den Fall gleich, dass die Erfüllung aus anderen in der Person des Gläubigers liegenden Gründen oder infolge einer unverschuldeten Ungewissheit über die Person des Gläubigers nicht gehörig erfolgen kann. Bei den «anderen in der Person des Gläubigers liegenden Gründen» ist an rechtliche oder physische Gründe zu denken, z.B. wenn der Aufenthaltsort des Gläubigers unbekannt ist. «Ungewissheit über die Person des Gläubigers» ist gegeben, wenn der Schuldner nicht genau weiss, wer Gläubiger der zu erbringenden Leistung ist. Die Ungewissheit darf jedoch nicht dem Verschulden des Schuldners zuzuschreiben sein.

2.4.2 Rechtsfolgen (Art. 92 bis 95 OR)

Die «Pflicht» des Gläubigers zur Annahme der gehörig angebotenen Leistung und zur Vornahme etwaiger Vorbereitungshandlungen ist keine Rechtspflicht, sondern «nur» eine Obliegenheit. Diese bedeutet, dass der Schuldner keinen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Abnahme durch den Gläubiger hat (nur Rechtspflichten sind klagbar), dafür sieht die Rechtsordnung andere Sanktionen für den Fall des Gläubigerverzugs vor.

Die Leistungspflicht des Schuldners bleibt trotz des Gläubigerverzugs weiterhin bestehen, jedoch wird die Rechtsstellung des Schuldners in verschiedenen Punkten erleichtert:

- **Gläubigerverzug schliesst Schuldnerverzug grundsätzlich aus.** Der Schuldner darf die Leistung verweigern. Befand er sich zum Zeitpunkt des Eintritts des Gläubigerverzugs seinerseits schon im Schuldnerverzug, endet dieser mit Beginn des Gläubigerverzugs.
- Die herrschende Lehre befürwortet beim Annahmeverzug einen **Übergang der Gefahr des zufälligen Untergangs auf den Gläubiger**. Das bedeutet, dass der Gläubiger seinerseits zur Gegenleistung verpflichtet bleibt (Gegenleistungs- oder Preisgefahr) und die Leistung des Schuldners nicht mehr verlangen kann (Leistungsgefahr). Dies wird in Analogie zu den Bestimmungen im Arbeits- und Werkvertragsrecht (Art. 324 Abs. 1 und Art. 376 Abs. 1 OR) hergeleitet.
- Nach überwiegender Auffassung soll mit dem Eintritt des Gläubigerverzugs auch eine **Haftungserleichterung** zugunsten des Schuldners stattfinden, d.h. dass ein etwaiges Verschulden des Schuldners bei Art. 99 Abs. 2 OR milder beurteilt wird, so dass der Schuldner nur noch für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftet.
- Bei Sachleistungen hat der Schuldner das Recht zur **Hinterlegung (Art. 92 und Art. 94 OR)** oder zum **Selbsthilfeverkauf (Art. 93 OR)**:

- Der Schuldner kann sich gemäss Art. 92 OR durch Hinterlegung von seiner Leistungspflicht befreien, womit die Forderung des Gläubigers erlischt. Jedoch muss die Sache zur Hinterlegung geeignet sein, d.h. Hinterlegung kommt nur für bewegliche Waren, die nicht dem Verderb ausgesetzt sind oder erhebliche Aufbewahrungskosten verursachen, in Betracht. Der Hinterlegungsort wird gemäss Art. 92 Abs. 2 OR vom Richter des Erfüllungsortes bestimmt, jedoch können hinterlegungsfähige Waren auch ohne richterliche Bestimmung in einem Lagerhaus hinterlegt werden. Die Hinterlegung erfolgt meist aufgrund eines Hinterlegungsvertrags (Art. 472 ff. OR) zwischen Schuldner und Aufbewahrer zugunsten des Gläubigers. Der Gläubiger hat dann die Möglichkeit, gegen Erbringung der Gegenleistung und Zahlung der Kosten die Ware herauszuverlangen. Mit der ordnungsgemässen Hinterlegung geht auch die Gefahr des zufälligen Untergangs der Sache auf den Gläubiger über, jedoch hat der Schuldner nach Art. 94 Abs. 1 OR die Möglichkeit, die hinterlegte Sache zurückzunehmen, solange der Gläubiger nicht deren Annahme erklärt hat.
- Handelt es sich um nicht hinterlegungsfähige Sachen, kann der Schuldner gemäss Art. 93 OR die Ware auf dem Wege des Selbsthilfeverkaufs veräussern. Der erzielte Erlös kann nun entweder nach Art. 92 OR hinterlegt oder allenfalls mit einer gegen den Gläubiger bestehenden Gegenforderung verrechnet werden (Art. 120 ff. OR). Der Selbsthilfeverkauf muss vorgängig dem Gläubiger angedroht und vom Gericht am Erfüllungsort bewilligt werden und darf grundsätzlich nur auf dem Wege einer öffentlichen Versteigerung erfolgen. Wenn die Sache einen Börsen- oder Marktpreis oder einen geringen Wert besitzt, kann gemäss Art. 93 Abs. 2 OR auf eine Androhung und eine öffentliche Versteigerung verzichtet werden. Im kaufmännischen Verkehr kann der Verkäufer die Sache regelmässig auch ohne richterliche Bewilligung veräussern, wenn der Käufer die Ware nicht abnimmt. Eine Pflicht des Schuldners zum Selbsthilfeverkauf kann sich auch aus dem Gebot von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr ergeben, wenn eine Unterlassung desselben den Gläubiger erheblich schädigen würde.
- Bei anderen Leistungen als Sachleistungen sind Hinterlegung und Selbsthilfeverkauf undenkbar, weshalb Art. 95 OR dem Schuldner in diesem Fall ein Rücktrittsrecht gewährt. Die Vorgehensweise bestimmt sich nach den Bestimmungen über den Schuldnerverzug (Art. 107 – 109 OR).

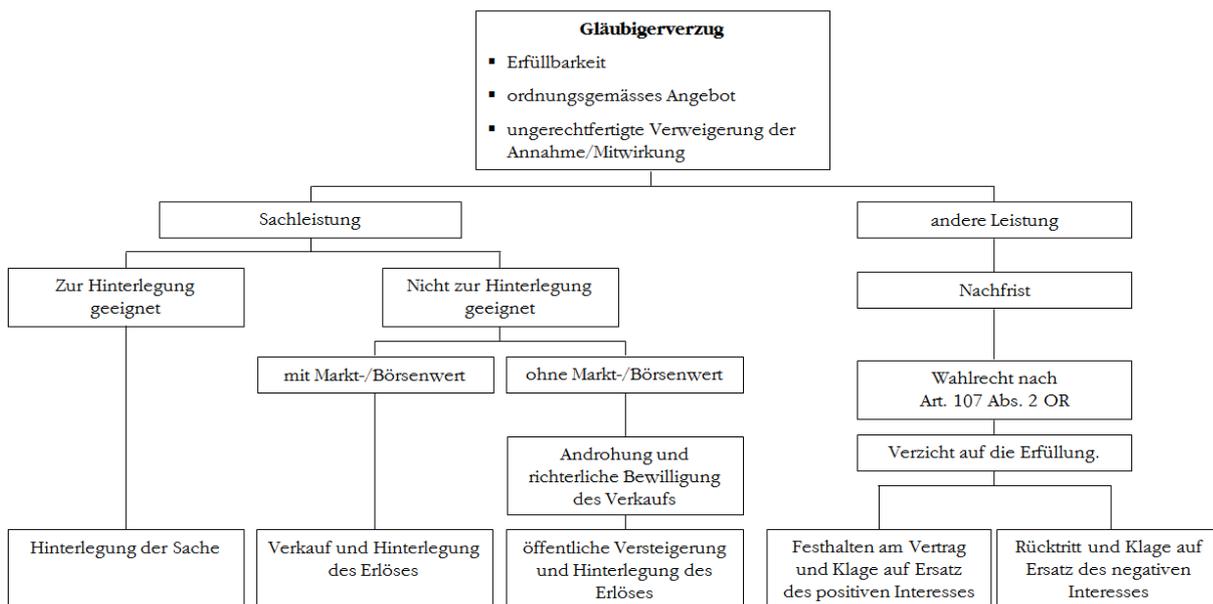


Abb. 31: Wahlrechte des Schuldners bei Gläubigerverzug

2.5 Haftung für Hilfspersonen

Nach Art. 101 OR muss der Vertragsschuldner für den Schaden einstehen, der seine Hilfsperson (Erfüllungsgehilfe) dem Vertragsgläubiger in Ausübung seiner Verrichtungen zufügt. Bei Art. 101 OR handelt sich um eine **reine Zurechnungsnorm** für Drittverhalten, d.h. er bildet **keine selbständige Anspruchsgrundlage für Schadenersatz**. Die Zurechnung des Verhaltens der Hilfsperson dem Geschäftsherrn findet nur statt, wenn der Beizug des Erfüllungsgehilfen befugterweise geschehen ist. Sieht der Vertrag zwischen dem Schuldner und Gläubiger vor, dass keine Hilfspersonen beigezogen werden dürfen, und verletzt der Geschäftsherr diese Vereinbarung, liegt im unbefugten Beizug bereits eigenes Verschulden vor, das die Haftung nach Art. 97 Abs. 1 OR begründet. Grundgedanke von Art. 101 OR ist, dass derjenige, der durch den Beizug von Hilfspersonen seinen Tätigkeitsbereich und damit auch seine Verdienstmöglichkeiten erweitert, auch für das fehlerhafte Verhalten derselben einzustehen hat.

2.5.1 Die Hilfsperson

Die Hilfsperson im Sinne von Art. 101 OR ist eine Drittperson, die **mit Wissen und Wollen des Schuldners zur Erfüllung einer Schuldpflicht beigezogen wird** und die anstelle oder neben dem Schuldner handelt. Das Gesetz nennt in Art. 101 Abs. 1 OR exemplarisch Hausgenossen oder Arbeitnehmer. Die Aufzählung ist nicht abschliessend; es können z.B. auch Volontäre, Sprechstundenhilfen oder unabhängige Dritte wie Subunternehmer als Hilfspersonen qualifiziert werden. Ein Subordinationsverhältnis zwischen Schuldner und Hilfsperson ist nicht Voraussetzung. Bei der Mitwirkung der Hilfsperson werden folgende Arten unterschieden:

- Die Hilfsperson **unterstützt** den Schuldner bei der Erfüllung.
- Die Hilfsperson **erfüllt** nach allgemeiner Ordnung oder nach Einzelweisung des Schuldners **allein**.
- Der Hilfsperson wird das Geschäft zur **selbständigen Erfüllung** übertragen.

2.5.2 Funktioneller Zusammenhang

Die Hilfsperson verursacht beim Gläubiger des Schuldners einen Schaden. Dabei erfüllt jedoch nicht jede Schädigung, welche die Hilfsperson dem Gläubiger zufügt, den Tatbestand von Art. 101 OR. Vielmehr wird vorausgesetzt, dass die Hilfsperson den Gläubiger **«in Ausübung ihrer Verrichtung»** (Art. 101 Abs. 1 OR) adäquat kausal schädigt. Erforderlich ist ein sog. **funktioneller Zusammenhang** in dem Sinne, dass die schädigende Handlung der Hilfsperson zugleich eine Nicht- oder Schlechterfüllung der Schuldpflicht des Schuldners aus seinem Vertrag mit dem Geschädigten darstellt. Strittig ist, ob der Schuldner für Handlungen der Hilfsperson, die diese bloss *bei Gelegenheit* der Verrichtung verübt, einzustehen hat. Durch eine weite Definition der Schutzpflichten des Schuldners aus dem Vertragsverhältnis lässt sich aber auch der Anwendungsbereich des funktionellen Zusammenhangs (und damit die Haftung des Geschäftsherrn) entsprechend ausdehnen.

Bsp.: Der Malermeister Peter Müller hat für eine kleine Malerarbeit bei Familie Keller den Gehilfen Marcel eingesetzt. Folgende Ereignisse geschehen:

- Marcel hat bei der Verrichtung der Malerarbeiten den Teppich nicht sorgfältig abgedeckt und verschmutzt den Teppich mit wasserfester Farbe;
- Marcel lässt die grosse Farbrolle fallen und zerstört dabei eine wertvolle chinesische Vase der Familie Keller;
- Marcel lässt bei Familie Keller etwas mitlaufen;

- Marcel gerät in einen verbalen Streit mit Frau Keller und gibt ihr in der Hitze des Gefechtes eine Ohrfeige.

Im letzten Fall ist der funktionelle Zusammenhang nicht gegeben, im ersten schon, und in den mittleren beiden Fällen bejaht ihn die herrschende Lehre.

2.5.3 Hypothetische Vorwerfbarkeit

Eine Haftung des Schuldners setzt voraus, dass die Handlung der Hilfsperson auch dem Schuldner vorgeworfen werden könnte, wenn er sie selbst vorgenommen hätte (hypothetische Vorwerfbarkeit). Ausschlaggebend ist deshalb nicht das Verhalten der Hilfsperson, sondern die Antwort auf die hypothetische Frage, ob der Schuldner verantwortlich wäre, wenn er sich wie die Hilfsperson verhalten hätte. Dadurch soll ausgeschlossen werden, dass der Gläubiger besser oder schlechter gestellt wird, als wenn der Schuldner persönlich erfüllt hätte.

2.5.4 Wegbedingung der Haftung

Die **Haftung** für beigezogene Hilfspersonen kann der Schuldner nach Art. 101 Abs. 2 OR sowie auf der Grundlage der Vertragsfreiheit zum Voraus **beschränken** oder **aufheben** (Freizeichnung). Die Wegbedingung der vertraglichen oder ausservertraglichen Haftung setzt aber eine vertragliche Vereinbarung voraus. Freizeichnungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) sind immer restriktiv und im Zweifel zulasten des Ausstellers auszulegen.

2.5.5 Abgrenzung zur Organhaftung

Art. 101 OR findet nur auf eigentliche Hilfspersonen Anwendung und muss deshalb von der Organhaftung für juristische Personen nach **Art. 55 Abs. 2 ZGB** unterschieden werden. Danach muss sich die juristische Person jedes Handeln ihrer Organe wie eigenes zurechnen lassen. Dies gilt im vertraglichen wie auch im ausservertraglichen Sinne.

Organe im Sinne von Art. 55 ZGB sind zum einen diejenigen Funktionäre einer juristischen Person, die nach Gesetz oder Statuten zur Erfüllung gesellschaftlicher Aufgaben berufen sind (formelle Organe, z.B. Verwaltungsrat der AG, Vereinsvorstand). Zum andern gelten aber auch Personen als Organe, die die eigentliche Geschäftsführung einer juristischen Person oder sonst eine leitende Stellung innehaben (faktische Organe, z.B. Geschäftsleitung). Da sich Organeigenschaft und Hilfspersoneneigenschaft gegenseitig ausschliessen, kann es **nicht** zu einer **Überschneidung** zwischen Art. 55 Abs. 2 ZGB und Art. 101 Abs. 1 OR kommen.

2.5.6 Beispiele für Hilfspersonen

Als Hilfspersonen gelten vor allem alle Angestellten einer Unternehmung. Verpflichtet sich ein Generalunternehmer zur Erstellung eines Hauses, dann sind alle beigezogenen Subunternehmen (Dachdecker, Aushubunternehmen, Elektrikergeschäft usw.) Hilfspersonen des Generalunternehmers. Das Bundesgericht hat auch in folgenden Fällen eine Hilfspersonenstellung bejaht: Die Bank, die von einem Schuldner mit der Ausführung einer Zahlung beauftragt wurde, ist Hilfsperson (BGE 111 II 504 ff.); betreibt eine Gemeinde ein öffentlich zugängliches Schwimmbad, haftet sie für das Verhalten des Bademeisters (BGE 113 II 424 ff.); der Mieter haftet für den Schaden, der dem Vermieter durch einen Untermieter zugefügt wurde (BGE 117 II 65 ff.); Haftung des Mieters für den Schaden, der dem Untermieter durch den Vermieter zugefügt wurde (BGE 119 II 337 ff.).

3. Beendigung der Obligation

3.1 Untergangsgründe für Obligationen – Übersicht

Von den Wirkungen der Untergangsgründe sind nicht nur einzelne Forderungen, sondern auch Schuldverhältnisse als Ganzes betroffen. Neben dem so genannt «ordentlichen» Untergang einer Forderung durch **Erfüllung** sind **verschiedene Arten des Forderungsuntergangs** möglich.

Die verschiedenen Untergangsgründe einer Obligation können wie folgt strukturiert werden:

- Erfüllung;
- Verrechnung;
- Weitere Arten des Erlöschens von Forderungen;
- Verjährung.

3.2 Erfüllung

Eine Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner erlischt mit der Erfüllung, sofern die Leistung vom Schuldner mit Bezug auf Ort, Zeit und Gegenstand so erbracht wird, wie sie geschuldet ist. Obwohl der Begriff der Erfüllung im OR nicht explizit definiert ist, besteht über die Voraussetzungen der Erfüllung in Lehre und Rechtsprechung Einigkeit:

- **Bewirken der geschuldeten Leistung:** Die geschuldete Leistung ist nach Gegenstand (Art. 69 ff. OR), Person, Ort (Art. 74 OR) und Zeit (Art. 75 ff. OR) richtig erbracht worden. Durch die Erfüllung wird der Zweck des Schuldverhältnisses erreicht, da der Gläubiger erhält, was er zu fordern berechtigt ist.
- **Empfangszuständigkeit:** Grundsätzlich ist der Schuldner durch die ordnungsgemässe Leistung nur dann befreit, wenn die geschuldete Leistung auch tatsächlich an den richtigen Gläubiger geleistet wird. Fehlt beim Empfänger die Empfangszuständigkeit, tritt in der Regel keine Erfüllung ein. Dabei trägt der Schuldner das Risiko einer Leistung an einen Unberechtigten (vgl. dazu bei der Zession Art. 168 Abs. 2 OR).
- Die Leistung an einen Dritten, der nicht Gläubiger ist, wirkt nur in Ausnahmefällen befreiend:
- In Fällen von Hinterlegung bei Gläubigerverzug (Art. 92, 96, 1032 OR) sowie beim sog. Prätendentenstreit (wenn sich Zedent und Zessionar bzw. mehrere Zessionare über die Gläubigerposition streiten, Art. 168 Abs. 2 OR).
- Bei der gutgläubigen Leistung an den Zedenten (Art. 167 OR).

Durch die Erfüllung geht die Obligation selber sowie auch deren Nebenrechte, wie z.B. Bürgschaften, Pfandrechte, Zinsen und Retentionsrecht, unter (vgl. Art. 114 Abs. 1 OR). Der Schuldner hat sich somit von seiner Verpflichtung befreit.

Zinsen, welche vor dem Untergang der Hauptforderung entstanden sind, können nach Art. 114 Abs. 2 OR nur dann nachgefordert werden, wenn eine entsprechende Abrede von den Parteien bestanden hat oder dies den Umständen zu entnehmen ist.

3.3 Verrechnung

Schulden zwei Personen einander gegenständlich gleichartige Leistungen, kann jede Partei ihre Schuld bei Fälligkeit beider Forderungen mit ihrer Forderung verrechnen (Art. 120 Abs. 1 OR). Das Gesetz regelt die Verrechnung durch die Art. 120 bis 126 OR. Damit die Tilgungswirkung der Verrechnung tatsächlich eintritt, ist eine Gestaltungserklärung einer der beiden Parteien erforderlich.

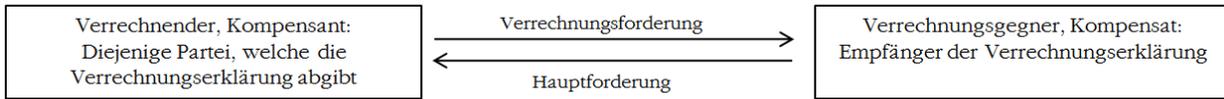


Abb. 32: Rechtsverhältnisse bei der Verrechnung zweier Forderungen

Der wirtschaftliche Zweck der Verrechnung besteht grundsätzlich in der Vereinfachung des Zahlungsverkehrs. Darüber hinaus kann die Verrechnung auch zur Sicherung einer Forderung beitragen, insbesondere bei Zahlungsunfähigkeit bzw. Konkurs eines Schuldners.

Die Zulässigkeit der Verrechnung kann auf zwei verschiedenen Grundlagen basieren:

- **Durch Vertragsabschluss** können diejenigen Forderungen bestimmt werden, die durch Verrechnung untergehen sollen (vgl. dazu als Sonderfall des Verrechnungsvertrages das Kontokorrent in Art. 117 und Art. 124 Abs. 3 OR).
- Der Untergang der Forderungen kann durch **einseitige Erklärung** (Gestaltungsrecht) herbeigeführt werden (Art. 120 Abs. 1 OR). Diese Art der Verrechnung ist für gewisse Forderungen gesetzlich ausgeschlossen, um die (schwächere) Gegenpartei zu schützen.

Die gesetzlichen **Voraussetzungen** der Verrechnung sind in Art. 120 OR erwähnt. Zu bemerken ist folgendes:

- **Die zwei Forderungen müssen unter denselben Parteien** bestehen, und jede Partei muss Gläubiger und Schuldner der anderen Partei sein (**Gegenseitigkeit**).
- Durch das Erfordernis der **Gleichartigkeit** wird die **Verrechnung faktisch auf Geldforderungen beschränkt** (Art. 120 Abs. 1 OR). Diese Voraussetzung muss erst im Zeitpunkt der Verrechnungserklärung gegeben sein. So kann die Verrechnung beispielsweise auch erfolgen, wenn eine primäre vertragliche (Natural-)Leistungspflicht in eine Schadenersatzpflicht umgewandelt worden ist.
- Obwohl der Gläubiger generell eine Teilerfüllung zurückweisen kann (Art. 69 Abs. 1 OR), muss sich der Gläubiger der grösseren Forderung eine teilweise Tilgung auf dem Weg der Verrechnung gefallen lassen.
- Die Forderung des Verrechnenden (Verrechnungsforderung) muss fällig, die Forderung des Verrechnungsgegners (Hauptforderung) erbringbar sein.

Sind die obigen Voraussetzungen gegeben, ist die Verrechnung jederzeit zulässig. Die Wirkung der **Verrechnung** besteht darin, dass bei gleicher Höhe der gegenseitigen Forderungen beide untergehen. Bei ungleicher Höhe der Forderungen geht lediglich die wertmässig kleinere unter, während der Restbetrag geschuldet bleibt.

Es gibt jedoch auch Fälle, in denen eine Verrechnung nicht zulässig ist (vgl. Art. 125 OR). Sodann kann die Verrechenbarkeit der Forderungen ausdrücklich oder stillschweigend **durch Vertrag** ausgeschlossen sein (Art. 126 OR).

3.4 Weitere Arten des Erlöschens von Forderungen

3.4.1 Erlass

Eine Forderung kann **durch Übereinkunft** ganz oder teilweise **aufgehoben** werden (Art. 115 OR). Ein solcher Erlassvertrag bringt gemäss Art. 114 Abs. 1 OR die betreffende Forderung und die damit verbundenen Nebenrechte zum Erlöschen. Der Erlassvertrag bedarf der Zustimmung beider Parteien, kann aber in allen Fällen formfrei geschlossen werden (Art. 115 OR).

3.4.2 Neuerung (Novation)

Die Parteien eines Schuldverhältnisses können – durch einen neuen Vertrag – die ältere Forderung samt aller Einreden (z.B. eines Gewährleistungsanspruchs) und Nebenrechten (z.B. einer Bürgschaft) untergehen lassen und an ihrer Stelle eine neue Obligation begründen (sog. Neuerung oder Novation, Art. 116, 117 OR).

3.4.3 Vereinigung (Konfusion)

Wenn die **Eigenschaften des Gläubigers und des Schuldners in einer Person zusammentreffen** (Personalunion), geht die Schuld ebenfalls unter (sog. Vereinigung oder Konfusion, Art. 118 Abs. 1 OR).

Bsp.: Anton hat von seinem Vater Bernhard ein Darlehen von CHF 10'000 erhalten. Nach dem Tod von Bernhard ist Anton Alleinerbe. In diesem Fall treffen die Eigenschaften des Gläubigers und des Schuldners in der Person von Anton zusammen.

3.4.4 Aufhebung des Vertrags

Den Parteien ist es aufgrund der Vertragsfreiheit unbenommen, einen einmal geschlossenen Vertrag mit einem Aufhebungsvertrag auch wieder aufzulösen.

3.4.5 Unmöglichkeit

Art. 119 OR kann für Fälle der **objektiven und der subjektiven Unmöglichkeit** herangezogen werden. Auf jeden Fall muss eine **definitive** Unmöglichkeit vorliegen, damit Art. 119 OR zur Anwendung gelangt.

Bsp.: Der Pianist, der für ein Geburtstagsfest engagiert wurde, verunfällt kurz zuvor ohne jegliches Eigenverschulden.

Macht ein Schuldner einen Fall von Art. 119 OR geltend, hat er sowohl die Unmöglichkeit als auch das fehlende Verschulden zu beweisen. Sollte der Exkulpationsbeweis nicht gelingen, wird der Erfüllungsanspruch in einen Schadenersatzanspruch umgewandelt.

In der Praxis kommt es oftmals vor, dass in Fällen nachträglicher Unmöglichkeit nach Art. 119 OR der Schuldner für den untergegangenen Leistungsgegenstand von Dritten (meist Versicherungsleistungen, Enteignungsentschädigung) eine äquivalente Ersatzleistung erhalten hat, oder es stehen dem Schuldner Ersatzansprüche gegen Dritte zu. Der Schuldner ist in einem solchen Fall verpflichtet, das so genannte **stellvertretende commodum** herauszugeben, hat dafür aber auch Anspruch auf die Gegenleistung des Gläubigers.

Liegt nicht Unmöglichkeit der Leistung, sondern ein Fall von Unerschwinglichkeit für den Schuldner vor, dann wird er zwar nicht ohne weiteres von der Leistungspflicht entbunden; unter Umständen kann er sich aber auf ein Leistungsverweigerungsrecht berufen, dessen Ausübung den Schuldner von der Leistungs-

pflicht befreien kann, sofern ihn kein Verschulden trifft (vgl. auch Art. 368 Abs. 2 OR, wo das Nachbesserungsrecht des Bestellers bei übermässigen Nachbesserungskosten seitens des Unternehmers entfällt).

Wenn ein Schuldner gemäss Art. 119 Abs. 1 OR von seiner Leistungspflicht befreit wird und die Gegenleistung durch den Gläubiger bereits erbracht wurde, hat der Schuldner diese nach Art. 119 Abs. 2 OR zurückzugeben.

Gemäss Ausnahmebestimmung in Art. 119 Abs. 3 OR gilt Abs. 2 nicht, wenn der Gläubiger die Gefahr nach Gesetzesvorschrift oder nach dem Inhalt des Vertrages bereits vor der Erfüllung zu tragen hatte. In einem solchen Fall bleibt der Gläubiger trotzdem zur Gegenleistung verpflichtet, obwohl er weder die Leistung noch einen Sekundäranspruch vom Schuldner erhält, zumal sich dieser nach Art. 119 Abs. 1 OR von seiner Leistungspflicht befreien kann. Bestimmungen, nach denen die Gefahr bereits vor der Erfüllung auf den Gläubiger übergeht, sind z.B. Art. 185 OR (Kaufvertrag) oder Art. 324a OR (Arbeitsvertrag).

Bsp.: Anton schliesst mit dem Autohaus Feelgood einen Kaufvertrag über einen Oldtimer-Ferrari ab. Dieses Model ist eine Rarität (Speziesschuld). Im Kaufvertrag wird vereinbart, dass Anton den Ferrari in genau zwei Monaten abholen kann. Bei einem Unwetter entsteht beim Autohaus Feelgood ein Brand und dabei wird u.a. auch der Ferrari total zerstört. Da den Verkäufer am Untergang der Kaufsache kein Verschulden trifft, wird das Autohaus im Gegensatz zu Anton von seiner Leistungspflicht befreit, da die Gefahr für den zufälligen Untergang beim Kaufvertrag bereits mit dem Abschluss des Vertrags übergegangen ist. (Selbstverständlich ist in einem solchen Fall auch eine allfällige Schadensversicherungsleistung zu berücksichtigen).

Die Unmöglichkeit der Leistung und damit der Untergang der Forderung können ausnahmsweise auch durch den Tod eines Vertragspartners herbeigeführt werden, insbesondere wenn es zur Erfüllung des Vertrags auf die Persönlichkeit des Schuldners ankommt (Art. 68 OR).

Bsp.: Bei Verträgen auf Arbeitsleistung verpflichtet sich der Arbeitnehmer grundsätzlich zur persönlichen Leistung (Art. 319 ff. OR).

3.4.6 Verwirkung

Gewisse Rechte und Forderungen müssen aus Gesetz oder Vertrag innerhalb **bestimmter Fristen geltend gemacht** werden. Werden diese **Fristen nicht eingehalten**, gehen die entsprechenden Rechte bzw. Forderungen **durch Verwirkung unter**. Im Gegensatz zur Verjährung zieht die Verwirkung den Untergang des betroffenen Rechts mit sich und führt nicht nur zum Verlust der Durchsetzbarkeit.

Beispiele für der Verwirkung unterliegende Gestaltungsrechte, die häufig klageweise durchgesetzt werden müssen, finden sich im Vertragsrecht (Anfechtung eines Vertrags wegen Willensmängeln, Widerrufsrecht des Schenkers), im Familienrecht (Ehe-Anfechtungsklage), im Erbrecht (Testamentsanfechtung), im Körperschaftsrecht (Anfechtung von Vereins- und Generalversammlungsbeschlüssen)

Bsp.: Ein Irrtum beim Vertragsabschluss kann nicht mehr geltend gemacht werden, wenn seit Entdeckung des Irrtums ein Jahr vergangen ist (Die Einjahresfrist für die Anfechtung ist eine Verwirkungsfrist, Art. 31 OR). Ein Beschluss der Generalversammlung der Xentra AG wird trotz Verstosses gegen die Statuten verbindlich, sofern innerhalb der Rügefrist von zwei Monaten keine Klage erhoben wird (Art. 706a Abs. 1 OR).

Die Verwirkung verfolgt insbesondere den Zweck der Rechtssicherheit.

Merke

Verwirkungsfristen können im Gegensatz zu Verjährungsfristen **weder unterbrochen noch gehemmt** werden. Die Verwirkung ist **von Amtes wegen zu beachten**. Mit der Verwirkung ist das entsprechende Recht untergegangen.

3.5 Verjährung

Die Verjährung bezweckt insbesondere den Schutz der öffentlichen Ordnung, der Rechtssicherheit und des gesellschaftlichen Friedens. Durch die Verjährung soll der Schuldner davor bewahrt werden, seine Belege während unbeschränkter Zeit aufbewahren zu müssen, und der Gläubiger angespornt werden, seine Forderungen innert vernünftiger Frist geltend zu machen.

3.5.1 Begriff und Voraussetzungen

Die Verjährung begrenzt die Möglichkeit der gerichtlichen Durchsetzung einer Forderung in zeitlicher Hinsicht. Dieses **Leistungsverweigerungsrecht** des Schuldners führt zur Entkräftung der Forderung; denn der Gläubiger kann nach Ablauf der Verjährungsfrist die Forderung nicht mehr gegen den Willen des Schuldners zwangsweise durchsetzen. Die Forderung als solche besteht trotz Verjährung weiterhin. Die Verjährung muss vom Schuldner als Einrede geltend gemacht werden; der Richter darf sie nicht von Amtes wegen berücksichtigen (Art. 142 OR).

Bsp.: Die Unternehmerin Carla hat gegenüber Antoinette (Bestellerin) eine Forderung aus Werkvertrag. Da Carla und Antoinette gute Freundinnen waren, sind 12 Jahre vergangen, bis Carla endlich eine Forderungsklage gegen Antoinette eingereicht hat. Da der Eintritt der Verjährung (Art. 128 Ziff. 3 OR) nicht den Untergang der Forderung, sondern lediglich die Beseitigung der Klagbarkeit bewirkt, kann Antoinette zwar noch erfüllen, sie kann aber auch einredeweise die Verjährung geltend machen und die Zahlung verweigern. Leistet Antoinette, so macht sie keine Schenkung, sondern erfüllt eine bestehende Forderung.

3.5.2 Verjährungsfristen

Die **ordentliche Verjährungsfrist** beträgt nach Art. 127 OR **zehn Jahre**. Diese allgemein gültige Verjährungsfrist kommt dann zur Anwendung, wenn das Bundeszivilrecht für einzelne Ansprüche nicht andere Fristen vorsieht. Diese ordentliche Verjährungsfrist betrifft insbesondere Fälle von Ansprüchen auf Erfüllung von Verträgen sowie auf Schadenersatz wegen Nicht- oder verspäteter Erfüllung nach Art. 97 ff. OR.

Für Forderungen aus wiederkehrenden Leistungen, aus Lieferungen von Lebensmitteln sowie aus Leistungen verschiedener Berufsgattungen (Anwälte, Handwerker, Ärzte) gilt nach Art. 128 OR die **Sonderfrist** von **fünf Jahren**. Auch Forderungen aus Miet- und Pachtverhältnissen verjähren bereits nach fünf Jahren.

Zweijährige Verjährungsfristen gelten für Ansprüche auf Erbringung einer Versicherungsleistung aus dem Versicherungsvertragsgesetz (Art. 46 VVG), für Schadenersatzansprüche aus dem Strassenverkehrsgesetz (Art. 83 SVG) sowie für Ansprüche aus anderen Spezialgesetzen.

Besondere Verjährungsfristen von nur **einem Jahr** gelten für unerlaubte Handlungen (Art. 60 OR) und ungerechtfertigte Bereicherungen (Art. 67 OR). Zu unterscheiden ist zwischen absoluter und relativer Verjährungsfrist; für Deliktsansprüche nach Art. 60 Abs. 1 OR und für Bereicherungsansprüche nach Art. 67 OR. Neben die eben genannte **relative Verjährungsfrist** von einem Jahr (ab Kenntnis von Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen bzw. Kenntnis vom Anspruch) tritt hier eine **absolute Verjährungsfrist** von zehn Jahren, vom Tage der schädigenden Handlung bzw. von der Entstehung des Bereicherungsanspruchs an gerechnet. Nach Ablauf der absoluten Verjährungsfrist ist die Verjährung definitiv eingetreten, unabhängig vom Lauf der relativen Verjährungsfrist.

Merke

Der Anspruch aus vorvertraglicher Haftung (c.i.c.) verjährt nach Art. 60 OR.

3.5.3 Der Fristenlauf bei der Verjährung

Der Fristenlauf **beginnt** bei der ordentlichen Verjährung **mit der Fälligkeit der Forderung** zu laufen (Art. 130 OR). Bei sofort fälligen Forderungen beginnt die Verjährungsfrist demnach mit dem Zeitpunkt, in welchem das Schuldverhältnis entsteht. Dies gilt sowohl für Forderungen aus Vertrag als auch für Ansprüche aus unerlaubter Handlung und aus ungerechtfertigter Bereicherung, sofern sich der Schuldner auf die fünf- oder zehnjährige Verjährung beruft.

3.5.4 Stillstand und Unterbrechung der Verjährung

Wenn gewisse Hindernisse auftreten, wird der Fristenlauf **gehemmt** (d.h. beginnt nicht zu laufen) oder er kommt während dieser Zeit zum **Stillstand**. Sobald die Gründe der Hemmung oder des Stillstands wegfallen, nimmt die Verjährung ihren Anfang bzw. **läuft weiter**. Die bereits abgelaufene Zeitspanne der Verjährungsfrist wird im Falle eines Stillstandes mit in die Gesamtfrist eingerechnet, die Verjährungsfrist beginnt nicht von Neuem zu laufen.

Bsp.: Art. 134 Abs. 1 Ziff. 3 OR sieht den Stillstand der Verjährung für Forderungen zwischen den Ehegatten während der Dauer der Ehe vor. Dies bedeutet, dass die Verjährung für Forderungen zwischen den Ehegatten, die während der Ehe entstehen, erst nach dem Ende der Ehe (Tod eines Ehegatten, Scheidung) zu laufen beginnt. Bei Forderungen, die vor der Ehe entstanden sind, zählt die Dauer der Ehe für die Berechnung der verstrichenen Verjährung nicht mit. Mit dieser Regelung soll verhindert werden, dass die Ehegatten Unterbrechungshandlungen gegeneinander vornehmen müssen, wenn sie die Durchsetzbarkeit ihrer Forderungen nicht gefährden wollen.

Bei der **Unterbrechung der Verjährung** nach Art. 135 bis 138 OR beginnt die Verjährungsfrist im Zeitpunkt der Unterbrechung nach Art. 137 Abs. 1 OR **von Neuem zu laufen**. Die Unterbrechung wirkt demnach stärker als die Hemmung. Eine bloße Mahnung oder der Hinweis auf den Bestand einer Forderung ist jedoch für die Unterbrechung der Verjährung nicht ausreichend. Vielmehr ist eine der im Gesetz (Art. 135 OR) genannten Unterbrechungshandlungen erforderlich: Anhebung der Betreibung in ausreichendem Betrag; Schuldanerkennung durch den Schuldner, Erwirkung eines Arrestes; Eingabe im Konkurs; Begehren um amtliche Vorladung des Schuldners zu einem Sühneversuch; Klageanhebung, etc.

4. Beteiligung mehrerer Personen an der Obligation

4.1 Vertrag zugunsten Dritter

Bei den besonderen Vertragstypen von Art. 111 bis 113 OR handelt es sich um Fälle, in welchen jemand nicht eine eigene Leistung, sondern die Leistung eines Dritten oder an einen Dritten versprechen lassen will. In solchen Fällen ist weder eine Vollmacht des betroffenen Dritten vorhanden noch eine nachträgliche Genehmigung durch diesen Dritten nötig.

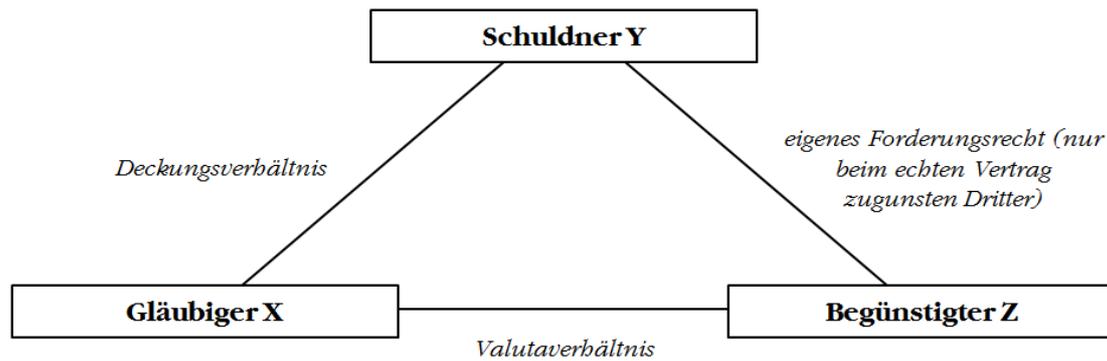


Abb. 33: Rechtsverhältnisse beim Vertrag zugunsten Dritter

Beim Vertrag zugunsten Dritter liegt ein Vertragsabschluss zwischen dem Gläubiger X und dem Schuldner Y vor. X lässt sich von Y eine Leistung an den Dritten Z versprechen. Dabei handelt X im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. X kann nach Art. 112 Abs. 1 OR ohne weiteres von Y Vertragserfüllung verlangen und somit Leistung an den Dritten fordern.

Wie aber sieht die Rechtslage für den Begünstigten Z aus? Kann Z ohne weiteres aus dem Vertrag zwischen X und Y Leistung von Y fordern?

Die Rechtsstellung von Z hängt in erster Linie von der Willensmeinung der beiden Vertragsschliessenden X und Y sowie der Verkehrsübung ab (Art. 112 Abs. 2 OR).

Beim **unechten Vertrag zugunsten Dritter** hat der **Begünstigte kein eigenes Forderungsrecht** gegenüber dem Schuldner. Gemäss Art. 112 Abs. 1 OR kann in diesem Fall lediglich der Gläubiger verlangen, dass an den Dritten geleistet wird. *Im Zweifelsfall ist ein solcher unechter Vertrag zugunsten Dritter anzunehmen.*

Bsp.: X verkauft ein Auto zu einem Verkaufspreis von CHF 8'000 an Y. Zufälligerweise beträgt die Höhe der Darlehenssumme, welche X dem Z schuldet, genau CHF 8'000. Nun können X und Y vereinbaren, dass Y den Kaufpreis in Höhe von CHF 8'000 an Z zu zahlen hat, um dabei gleichzeitig die Darlehensschuld von X gegenüber Z zu tilgen. In einem solchen Fall wird man annehmen dürfen, dass Z aus dem Vertrag zwischen X und Y kein eigenes Forderungsrecht erhalten soll.

Nach Art. 112 Abs. 2 OR liegt ein **echter Vertrag zugunsten eines Dritten** dann vor, wenn der Dritte nicht bloss die Stellung eines Begünstigten hat, sondern dem **begünstigten Dritten ein eigenständiges Forderungsrecht** zuerkannt wird. Beim echten Vertrag zugunsten Dritter entspricht diese Rechtsfolge genau den Willensmeinungen der beiden Vertragsparteien sowie der Verkehrsübung. Dass ein echter Vertrag zugunsten Dritter vorliegt, kann sich ergeben aus:

- einer Gesetzesbestimmung: z.B. Art. 113 OR, Art. 65 SVG.
- einer Vereinbarung: z.B. Kreditauftrag (Art. 408 ff. OR).
- den Umständen.

Bsp.: Die Eltern eröffnen für das Studium der Tochter ein Bankkonto. Man darf annehmen, dass die Tochter selbständig fordern können soll. Weitere Beispiele sind die Hinterlegung von Geld im Interesse eines Dritten sowie die Verträge im Rahmen der Personalvorsorge (Pensionskasse).

Beim echten Vertrag zugunsten Dritter bestehen grundsätzlich zwei Grundverhältnisse: X lässt sich als Gläubiger vom Schuldner Y die Leistung an den Dritten Z versprechen (*Deckungsverhältnis*). X handelt in eigenem Namen und auf eigene Rechnung. Zwischen Z und X besteht kein Stellvertretungsverhältnis nach Art. 32 ff. OR, sondern ein Zuwendungsverhältnis (*Valutaverhältnis*). Aufgrund dieses Valutaverhält-

nisses zwischen X und Z wird ein Anspruch von Z gegen Y geschaffen. Beim Valutaverhältnis kann es sich um eine Schenkung, um die Erfüllung einer Verpflichtung oder um irgendeine andere Art von vertraglicher oder gesetzlicher Zuwendung handeln. Y seinerseits verspricht zu leisten, weil gemäss Grundverhältnis zwischen ihm und X eine rechtliche Beziehung besteht, die diese Leistung von ihm verlangt.

4.2 Vertrag über die Leistung eines Dritten (Garantievertrag)

Verspricht eine Vertragspartei (Promittent) der anderen Vertragspartei (Promissar) im eigenen Namen die Leistung eines Dritten, dann will die versprechende Partei durch Ersatzleistung dafür einstehen, dass der Dritte die versprochene Leistung erbringen wird (Art. 111 OR). In solchen Fällen liegt regelmässig ein **Garantievertrag** vor. Dabei können **rechtliche Konsequenzen** aus dem Garantievertrag **nur für die versprechende Partei selbst** (Promittent) erzeugt werden, nicht aber für den Dritten. Demnach wird der Promittent aus Art. 111 OR schadenersatzpflichtig, wenn die versprochene Leistung durch den Dritten nicht erfolgt. Der Promittent hat diesfalls das positive Vertragsinteresse zu ersetzen.

Bsp.:

A verspricht B, dass C ihn mit seinem Auto von Zürich nach Bern chauffieren werde. Da C seine Verpflichtung nicht wahrnimmt und B seine Termine einzuhalten hat, muss B ein Taxi nehmen, um rechtzeitig nach Bern zu gelangen. B kann für die entstandenen Auslagen von A Ersatz verlangen.

Bank X verspricht dem Unternehmen Y, dass ihr Kunde Z den Kaufpreis zahlen wird, sobald die Ware geliefert ist (sog. Bankgarantie). Falls Z nicht bezahlt, kann Y die Bankgarantie einlösen.

Im Gegensatz zur **Bürgschaft** (Art. 492 ff. OR) kann der Abschluss eines Garantievertrags formlos erfolgen. Wenn der Dritte zum vereinbarten Zeitpunkt nicht leistet, tritt der Garantiefall ein. Die Garantieverträge lassen sich wie folgt unterteilen:

- Reine Garantien: Z.B. die Übernahme einer Defizitgarantie.
- Bürgschaftsähnliche Garantien: Z.B. Verpflichtungen, die sich in irgendeiner Weise auf ein Schuldverhältnis beziehen, das dem Begünstigten einen Anspruch auf Leistung eines Dritten gibt.

Ob im Einzelfall eine Bürgschaft oder ein Garantieverprechen vorliegt, ist durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist im Zweifel bei Verpflichtungen dieser Art durch Privatpersonen eine Bürgschaft anzunehmen (Schutz durch Formvorschrift), während Banken in der Regel Garantien im Sinne von Art. 111 OR abgeben.

4.3 Mehrheit von Schuldern

In der einfachsten Konstellation stehen einander bei einem Vertrag ein Schuldner und ein Gläubiger gegenüber. Gemäss der Vertragsfreiheit (insbesondere der Partnerwahlfreiheit) können aber sowohl auf Schuldner- als auch auf Gläubigerseite mehrere Personen beteiligt sein. Eine Schuldnermehrheit kann dabei bereits im Zeitpunkt des Entstehens der Forderung vorliegen (z.B. wenn zwei Personen zusammen ein Auto kaufen) oder erst zu einem späteren Zeitpunkt eintreten (z.B. wenn ein Schuldner verstirbt und von mehreren Personen beerbt wird).

Bedeutsam ist die solidarische Haftung: Diese besteht, wenn mehrere Personen einen Schaden gemeinsam verursacht haben.

Das **Aussenverhältnis** zwischen den Solidarschuldnern und den Gläubigern ist in den Art. 144 bis 147 OR geregelt. Der **Gläubiger kann** gemäss Art. 144 Abs. 1 OR **nach seiner Wahl von allen Solidarschuldnern je nur einen Teil oder das Ganze fordern**. Bis zur Tilgung der ganzen Forderung bleiben alle Solidarschuldner verpflichtet (Art. 144 Abs. 2 OR). Begleicht einer der Schuldner die gesamte Schuld,

werden die anderen von ihrer Verpflichtung befreit. Der Gläubiger wird sich daher i.d.R. an den finanzkräftigsten Schuldner halten wollen.

Grundsätzlich haben die Solidarschuldner im **Innenverhältnis jeder den gleichen Teil** der an den Gläubiger geleisteten Zahlung zu übernehmen (Haftung nach Köpfen gemäss Art. 148 Abs. 1 OR). Es bestehen aber zahlreiche abweichende gesetzliche Bestimmungen von diesem **Prinzip**, zudem hat der Richter einen grossen Ermessensspielraum. Die Solidarschuldner können auch durch Vereinbarung selbst bestimmen, in welchem Umfang der Rückgriff erfolgen soll.

| Mehrheit von Schuldern | | |
|--|---|---|
| Teilschuld | gemeinschaftliche Schuld | Solidarschuld |
| <p>Jeder Schuldner ist lediglich zur Leistung eines Teils der insgesamt geschuldeten Leistung verpflichtet. Der Gläubiger kann von jedem Schuldner nur die Erfüllung der geschuldeten Teilleistung verlangen. Teilobligationen liegen grundsätzlich dann vor, wenn keine Solidarität nach Art. 143 ff. OR gegeben ist.</p> <p>Bsp.:</p> <p>A und B wollen gemeinsam eine Investition tätigen und nehmen zu diesem Zweck ein Darlehen in der Höhe von CHF 300'000.– auf. A und B verpflichten sich je zur Hälfte zur Rückzahlung.</p> | <p>Mehrere Schuldner sind zu einer ungeteilten Leistung verpflichtet. Die geschuldete Leistung kann nur durch ein Zusammenwirken aller Schuldner erbracht werden.</p> <p>Sonderfall: Art. 70 Abs. 2 OR.</p> <p>Bsp.:</p> <p>Wird eine Musikband verpflichtet an einem Fest musikalische Unterhaltung zu leisten, kann die geschuldete Leistung nur gemeinsam durch alle Schuldner erfolgen.</p> | <p>Jeder Schuldner ist zur Erbringung der ganzen Leistung verpflichtet. Der Gläubiger ist aber nur zur einmaligen Forderung berechtigt.</p> <p>Bsp.:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Die Mitglieder der Musikband randalieren auf der Bühne und beschädigen die Einrichtungen. Sie haften solidarisch. ▪ Der Malerlehrling beschädigt den Teppich. Er haftet aus unerlaubter Handlung (Art. 41 OR), sein Arbeitgeber haftet für Handlungen seiner Hilfspersonen (Art. 101 OR) und beide haften dem Geschädigten solidarisch. |

Abb. 34: Mögliche Konstellationen bei Schuldverhältnissen mit mehreren Schuldern

4.4 Wechsel der Beteiligten

4.4.1 Abtretung (Zession)

In der Regel steht dem Schuldner bis zur Erfüllung der Obligation der gleiche Gläubiger gegenüber. Aufgrund veränderter Bedürfnisse im heutigen Wirtschaftsleben werden Forderungen insbesondere zu Finanzierungs- oder Sicherungszwecken auf neue Gläubiger übertragen.

4.4.1.1 Begriff

Die Abtretung einer Forderung (**Zession**) ist die **rechtsgeschäftliche Übertragung einer Forderung** (nicht eines Vertrages!) gegen einen Schuldner **vom ursprünglichen Gläubiger (Zedent) auf einen neuen Gläubiger (Zessionar)**. Die Zession führt somit zu einem Gläubigerwechsel, ohne dass der Schuldner am Vertrag beteiligt ist. Der Schuldner braucht von der Zession nicht einmal Kenntnis zu haben. Der Zessionar ist berechtigt, vom Schuldner Erfüllung zu verlangen. Bsp.: Diskontgeschäft, Inkassozession, etc.

Bsp.: Anton (Zedent) verkauft seine Lederjacke an den Nachbarn Paul (Schuldner). Der Kaufpreis beträgt CHF 150. Da Anton gerade nicht «flüssig» ist und sein Sohn neue Fussballschuhe braucht, beschliesst Anton, die Forderung an die Bank Moneymaker (Zessionarin) zu zedieren, und erhält dabei von ihr das Bargeld. Die Bank kann nun den Betrag von Paul einfordern.

Eine Zession muss nicht immer auf einem Rechtsgeschäft beruhen. Es gibt auch Fälle, in denen eine Forderung ohne Zessionsvertrag auf einen neuen Gläubiger übergeht, so bei der **gesetzlichen Zession** (z.B.

Art. 170 und Art. 401 OR; Art. 560 Abs. 2 und Art. 289 Abs. 2 ZGB); bei der **Zession durch richterliche Anordnung** (z.B. bei Teilungsklagen und richterlicher Liquidation) oder bei der **Zession durch amtliche Verfügung** (z.B. im Betreibungsrecht).

4.4.1.2 Rechtsnatur

Die Zession ist ein **Verfügungsgeschäft**, da sich dadurch die Forderungszuständigkeit ändert. Eine rechtsgültige Zession setzt somit die **Verfügungsmacht** des Zedenten voraus.

Bsp.: Zediert ein Gläubiger dieselbe Forderung an mehrere Zessionare, ist nur die erste Zession gültig zustande gekommen, weil für die Vornahme der weiteren Zessionen der Gläubiger keine Verfügungsmacht hatte.

Von der Abtretung als Verfügungsgeschäft ist das Verpflichtungsgeschäft zu unterscheiden, wodurch sich der bisherige Gläubiger gegenüber dem neuen Gläubiger zum Abschluss eines Abtretungsvertrags verpflichtet (Art. 165 Abs. 2 OR). Als Verpflichtungsgeschäft kann z.B. ein Kaufvertrag, eine Schenkung oder ein Auftrag fungieren.

4.4.1.3 Gegenstand der Zession

Die **Abtretbarkeit einer Forderung** ist Voraussetzung für eine wirksame Zession. Gemäss Art. 164 Abs. 1 OR sind grundsätzlich alle Forderungen abtretbar.

Gemäss Art. 164 Abs. 1 OR kann die Abtretbarkeit einer Forderung durch Gesetz, Vereinbarung oder aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses ausgeschlossen sein. Folgende Forderungen können z.B. nicht abgetreten werden:

- Wenn die **Abtretbarkeit durch Gesetz ausgeschlossen** ist: Z.B. Forderungen des Mieters und Pächters (Art. 262, 291 OR), des Arbeitgebers (Art. 333 Abs. 4 OR), der Rentenanspruch aus der AHV (Art. 20 Abs. 1 AHVG), Ansprüche aus der obligatorischen Unfallversicherung (Art. 50 Abs. 1 UVG).
- Wenn die Abtretbarkeit durch Vereinbarung ausgeschlossen wurde.
- Wenn die Abtretbarkeit der Forderung der **Natur des Rechtsgeschäfts widerspricht**: Beispiele sind Ansprüche aus Familienrecht (Unterhaltsansprüche), Lohnforderungen (vgl. Art. 325 OR).

4.4.1.4 Formvorschriften für eine Zession

Das Gesetz hat für die Abtretung das Formerfordernis der **einfachen Schriftlichkeit** aufgestellt (Art. 165 Abs. 1 OR). Die abgetretene Forderung muss individualisiert sein, was durch die Nennung von Gläubiger und Schuldner sichergestellt werden kann. In der so genannten Blankozession genügt die Bestimmbarkeit der Person des Schuldners und auch des Zedenten; dabei kann offen bleiben, wer der neue Gläubiger ist.

Die Verpflichtung zum Abschluss eines Abtretungsvertrags kann gemäss Art. 165 Abs. 2 OR formlos begründet werden.

4.4.1.5 Die Wirkung der Zession

Durch den Zessionsvertrag hat der Zedent über seine Forderung verfügt. Demnach ist er nicht mehr Gläubiger, kann die Forderung nicht nochmals abtreten und kann vom Schuldner auch nichts mehr fordern. Weil aber die Abtretung ohne Mitwirkung und oftmals auch ohne Kenntnis des Schuldners durchgeführt wird, bedarf es des Schuldnerschutzes. So ist der Schuldner, der an den früheren Gläubiger leistet,

trotzdem gültig befreit, sofern er von der Zession nicht in Kenntnis gesetzt wurde und in gutem Glauben war und sein konnte (Art. 167 OR).

Die Gewährleistung und die Haftung des Zedenten gegenüber dem Zessionar bei Abtretung einer nicht bestehenden oder einer nicht einbringlichen Forderung wird durch das Gesetz selbst in den Art. 171 bis 173 OR geordnet.

Bei der **entgeltlichen Abtretung** muss für die Bestimmung der Gewährleistung die Parteiabrede beachtet werden. Mangels einer solchen **haftet** der Zedent **nur für den Bestand der Forderung (Verität)** zur Zeit der Abtretung (Art. 171 Abs. 1 OR). Dabei kommt es nicht auf das Verschulden an. Für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners (Bonität) haftet der Zedent gemäss Art. 171 Abs. 2 OR nur, wenn er sich dazu explizit verpflichtet hat.

Bei der **unentgeltlichen Abtretung** haftet der Zedent gemäss Art. 171 Abs. 3 OR weder für die Verität noch für die Bonität.

4.4.2 Schuldübernahme

Bei der Schuldübernahme – als Gegenstück zur Zession – findet ein **Wechsel des Schuldners** statt. Die Interessenlage ist hier eine andere als bei der Zession: Während bei der Zession dem Schuldner grundsätzlich gleichgültig ist, an wen er zu leisten hat, ist für den Gläubiger beim Schuldübernahmevertrag bedeutsam, wer sein neuer Schuldner sein wird, da der Wert der Forderung wesentlich von der Leistungsfähigkeit und -willigkeit des Schuldners abhängt. Deshalb ist eine Vereinbarung zwischen dem Schuldner und einem Dritten mit Bezug auf eine Schuldübernahme nur mit Zustimmung des Gläubigers verbindlich.

Es können folgende Arten der Schuldübernahme unterschieden werden: Die interne, die externe bzw. private und die kumulative Schuldübernahme. Allen drei Formen ist gemeinsam, dass das Schuldverhältnis dabei grundsätzlich keine Änderung erfährt.

4.4.2.1 Interne Schuldübernahme (Befreiungsversprechen)

Die interne Schuldübernahme ist ein Vertrag zwischen dem Schuldner und einem Dritten («Übernehmer»), bei welchem der **Dritte dem Schuldner verspricht, ihn von seiner Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger zu befreien.**

Durch das Befreiungsversprechen verpflichtet sich der Dritte nur im Innenverhältnis gegenüber dem Schuldner. Der Gläubiger kann kein eigenes Forderungsrecht gegenüber dem Dritten geltend machen.

Bsp.: Ein Befreiungsversprechen liegt vor, wenn z.B. bei einem Kaufvertrag der Käufer an Stelle des Kaufpreises dem Verkäufer das Versprechen abgibt, für die Befreiung seiner Schuldpflicht gegenüber einem Dritten besorgt zu sein.

4.4.2.2 Externe Schuldübernahme (private Schuldübernahme)

Die externe Schuldübernahme nach Art. 176 ff. OR kommt durch Vertrag des Übernehmers mit dem Gläubiger zustande und besteht im Eintritt eines Schuldübernehmers in das Schuldverhältnis mit Befreiung des bisherigen Schuldners (Art. 176 Abs. 1 OR). Der **bisherige Schuldner** ist am Vertrag **nicht beteiligt**, so dass der Schuldnerwechsel selbst gegen seinen Willen stattfinden kann.

4.4.2.3 Kumulative Schuldübernahme (Schuldbeitritt)

Bei der kumulativen Schuldübernahme (Schuldbeitritt) tritt der Übernehmer zu einem bestehenden Schuldverhältnis als neuer Schuldner hinzu. Durch diese **solidarische Schuldmitübernahme** wird der alte Schuldner aber von seiner Schuld nicht befreit. Der Gläubiger erhält einen zweiten Schuldner dazu.

Grundsätzlich erfolgt die kumulative Schuldübernahme durch einen Übernahmevertrag zwischen dem Gläubiger und dem beitretenden Schuldner. Denkbar wäre auch die Ausgestaltung des Übernahmevertrags in Form eines Vertrages zugunsten Dritter (nämlich zugunsten des Gläubigers) gemäss Art. 112 OR. Gesetzlich vorgesehen ist ein Schuldbeitritt u.a. in Fällen der Vertragsübernahme sowie in Art. 181 Abs. 2 OR und in Art. 569 OR.

Schwierig – aber wichtig – ist die **Abgrenzung zur Bürgschaft**, da das Gesetz bei der kumulativen Schuldübernahme im Gegensatz zur Bürgschaft keine Formvorschriften vorsieht. Um eine Umgehung der Formvorschriften des Bürgschaftsrechts zu verhindern, wird im Zweifelsfall eher Bürgschaft als kumulative Schuldübernahme anzunehmen sein; dies insbesondere dann, wenn der Übernehmer keine Gegenleistung erhält. Der Schuldübernehmer verspricht eine eigene Leistung und begründet daher eine selbständige Verpflichtung.

Bsp.:

Schuldbeitritt: Der Ehemann nimmt zur Anschaffung von Möbeln für die Einrichtung der gemeinsamen Wohnung ein Darlehen bei der Bank auf, für das die Ehefrau die Mitschuld übernimmt.

Bürgschaft: Der Ehemann nimmt für sein Unternehmen einen Betriebskredit bei der Bank auf, für den die Ehefrau die Mitschuld übernimmt.

4.4.3 Vertragsübernahme

Im Gegensatz zur Zession, bei welcher nur eine einzelne Forderung übertragen wird, **tritt** bei einer Vertragsübernahme an die Stelle der bisherigen Partei **eine neue Partei in das gesamte Vertragsverhältnis** (bestehend aus sämtlichen Forderungen, Schulden und Gestaltungsrechten) **ein**. Die Vertragsübernahme ist nicht im OR geregelt und gilt als ein Vertrag eigener Art (Innominatkontrakt).

Fragen und Fälle für das Selbststudium, Teil C

1. Liegt in den folgenden Fällen Schlechterfüllung oder Aliud- bzw. Falschlieferung vor?
 - a) Bauer Hugentobler bestellt bei der Chriesi AG 100 KG rote Kirschen, es werden ihm jedoch schwarze Kirschen geliefert.
 - b) Es werden dem Bauern faule rote Kirschen geliefert.
 - c) Der Kunstliebhaber Anton schloss mit einem privaten Sammler einen Kaufvertrag über einen Picasso ab, der in einem speziellen Goldrahmen geliefert werden sollte. Anton wird aber nun ein Rembrandt zugestellt.
 - d) Der vereinbarte Picasso wird nicht in dem Goldrahmen geliefert und zudem hat sich der Zustand des Bildes durch unvorsichtige Behandlung des privaten Sammlers verschlechtert.
2. Was unterscheidet die Fälligkeit von der Erfüllbarkeit?
3. Ein berühmter Tenor ist für eine Galavorstellung in Zürich engagiert worden. Wegen einer unvorhersehbaren Terminkollision möchte er sich durch einen Kollegen vertreten lassen. Ist dies möglich?
4. Sie kaufen beim TicketCorner ein Ticket für das nächste Konzert von Bon Jovi. Das Ticket wird Ihnen am nächsten Tag per Post zugestellt. In der Zwischenzeit ist in allen Medien die Nachricht zu hören, dass Bon Jovi am vergangenen Samstag verstorben ist. Welche Art der Vertragsstörung liegt vor?
5. Können die Verzugswirkungen auch ohne vorangehende Mahnung eintreten?
6. Welche allgemeinen Verzugswirkungen kennen Sie? Inwiefern ist es bezüglich der allgemeinen Verzugsfolgen von Bedeutung, ob der Verzug vom Schuldner verschuldet ist?
7. Was für spezielle Verzugsfolgen gibt es? Wo sind sie geregelt?
8. Welche Gläubigerwahlrechte können unterschieden werden?
9. Welches sind die Rechtsfolgen von
 - a) anfänglicher objektiver Unmöglichkeit?
 - b) anfänglicher subjektiver Unmöglichkeit?
 - c) nachträglicher objektiver oder subjektiver Unmöglichkeit?
10. P hat bei der Weinhandlung Bonvin 10 Flaschen Wein bestellt. Nach einigen Tagen wird der Wein geliefert. Die beiliegende Rechnung setzt eine Zahlungsfrist bis zum 30. des nächsten Monats. P bezahlt jedoch nicht. Was kann die Weinhandlung tun?
11. Welche Voraussetzungen müssen gegeben sein, damit eine Verrechnung zulässig ist?
12. Was verstehen Sie unter Verjährung? Was ist Verwirkung?
13. Wie heissen die Parteien eines Vertrags zugunsten Dritter? Welche Rechtsverhältnisse bestehen zwischen den Beteiligten?
14. Wie entsteht eine Solidarschuldnerschaft?
15. Z schuldet R CHF 250'000. Nach diversen Mahnungen, die unbeantwortet blieben, beschliesst R, die Forderung an die Intrakasso GmbH abzutreten. Die Intrakasso GmbH einigt sich mit R, für

die abgetretene Forderung CHF 50'000 zu bezahlen, da man befürchten muss, dass Z ziemlich sicher Konkurs gehen würde.

- a) Wie sähen nun aber die Chancen für R aus, an die restlichen CHF 200'000 zu kommen, falls Z doch wieder liquide würde?
- b) Variante: Könnte die Intrakasso GmbH für die bezahlten CHF 50'000 auf R zurückgreifen, falls sie gegenüber Z leer ausgehen würde?

D. Besondere Vertragsverhältnisse (OR BT)

1. Der Kaufvertrag

1.1 Allgemeines

1.1.1 Begriff

Art. 184 OR enthält keine Definition des Kaufs, sondern umschreibt lediglich die Pflichten der Vertragsparteien. Danach hat der Verkäufer den Kaufgegenstand dem Käufer zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen. Im Gegenzug hat der Käufer den Kaufpreis zu bezahlen. Kauf ist die entgeltliche Übertragung eines Gegenstandes (Sache, Grundstück oder Recht); der Austausch von Waren gegen Geld.

1.1.2 Anwendbare Bestimmungen

Neben den Bestimmungen im besonderen Teil (Art. 184 ff. OR) sind auch die Vorschriften des allgemeinen Teils anwendbar, namentlich über:

- Zustandekommen, Erfüllung und Erlöschen des Vertrages;
- Art. 107 bis 109 OR (Schadenersatz und Rücktritt bei Verzug und Nichterfüllung);
- Art. 119 OR (nachträgliche unverschuldete Unmöglichkeit).

1.1.3 Abgrenzung von anderen Verträgen

- Werkvertrag (Art. 363 OR):

Der Kaufvertrag ist vom Werkvertrag zu unterscheiden. Wird eine Sache «individuell» angefertigt, handelt es sich um einen Werkvertrag, wird sie hingegen serienmässig hergestellt (Möbel, Autos etc.), dann liegt ein Kaufvertrag vor.

Bsp.:

Werkvertrag: Der Bau eines Einfamilienhauses nach den Plänen des Architekten.

Kaufvertrag: Der Kauf einer Parfümflasche, die in einem Regal eines Einkaufsladen steht.

- Leasing:

Leasing ist ein Innominatvertrag (nicht im Gesetz geregelt). Der Leasingnehmer erhält eine Sache zum Gebrauch auf Zeit und hat u.U. am Ende der Vertragszeit eine Kaufoption. Während der Leasingdauer bleibt der Leasinggeber Eigentümer der Leasing Sache. Im Gegensatz dazu geht die Sache beim Kauf endgültig ins Eigentum des Käufers über.

- Schenkung (Art. 239 OR):

Die Unentgeltlichkeit ist das massgebende Kriterium bei der Schenkung.

1.1.4 Form des Kaufvertrags

Grundsätzlich kann der Kaufvertrag **formfrei** abgeschlossen werden. Das Gesetz sieht Ausnahmen vor, bei welchen Formvorschriften zu beachten sind, wie z.B. beim Grundstückkauf (Art. 216 Abs. 1 OR).

1.1.5 Inhalt des Kaufvertrags

Gemäss dem Grundsatz der Vertragsfreiheit können Rechtssubjekte Verträge mit beliebigem Inhalt schliessen. Allerdings sind die gesetzlichen Schranken der Inhaltsfreiheit, die sich aus Art. 19 und Art. 20 Abs. 1 OR ergeben, auch für Kaufverträge zu beachten. Bei Verstössen gegen diese Schranken tritt die Rechtsfolge der Nichtigkeit ein.

Nach dem Wortlaut von Art. 184 OR sind Gegenstände, an denen Eigentum übertragen werden kann, mögliche Objekte eines Kaufvertrages. Es handelt sich hierbei insbesondere um bewegliche Sachen (**Fahrniskauf**) und unbewegliche Sachen (**Grundstückkauf**), körperliche und unkörperliche Sachen (elektrische Energie oder sonstige Naturkräfte) oder Sachgesamtheiten (z.B. ein Warenlager, Bibliothek). Entgegen dem Wortlaut des Gesetzes können auch absolute (z.B. Patente, Urheberrecht, Markenrecht) und relative Rechte (Forderungen), aber auch rechtlich nicht absolut geschützte Immaterialgüter, wie z.B. Know-how, Produktionsgeheimnisse oder der sog. Goodwill, Gegenstand eines Kaufvertrages sein.

Der Kaufpreis muss ziffernmässig nicht genau bestimmt sein, Bestimmbarkeit genügt. Ist ein Kaufvertrag abgeschlossen worden, ohne dass ein Kaufpreis explizit genannt wurde, wird bei Waren mit Marktpreis vermutet, dass der Vertrag zum mittleren Preis abgeschlossen ist, der zur Zeit und am Ort der Erfüllung gilt (Art. 212 Abs. 1 OR).

Der **Grundsatz der freien Preisbestimmung** durch die Parteien, wonach es keinen «gerechten» oder «ungerechten» Preis gibt, wird durch die gesetzliche Bestimmung in Art. 21 OR (Übervorteilung) beschränkt.

Beim Kaufvertrag muss der Kaufpreis in Geld lauten. Selbstverständlich kann es sich dabei auch um eine ausländische Währung handeln. Wurde allerdings als Kaufpreis eine Sache vereinbart, handelt es sich nicht um einen Kauf-, sondern um einen Tauschvertrag nach Art. 237 ff. OR.

1.2 Der Fahrniskauf im Allgemeinen

Nach Art. 187 Abs. 1 OR ist als Fahrniskauf jeder Kauf zu betrachten, der nicht eine Liegenschaft oder ein in das Grundbuch als Grundstück aufgenommenes Recht zum Gegenstand hat. Der Fahrniskauf (Art. 187 ff. OR) kann in **Stück-** (Spezieskauf) und **Gattungskauf** unterschieden werden.

1.2.1 Stückkauf und Gattungskauf

Beim **Stückkauf** einigen sich die Parteien auf einen ganz bestimmten (oder bestimmbaren), konkret spezifizierten Kaufgegenstand. Dabei werden bestimmte Merkmale der Kaufsache spezifiziert, wodurch sie als solche individualisiert werden kann.

Bsp.: Das Bild «Der Schrei» von Edvard Munch; ein Occasionsauto; das Handy, das als Ausstellungsmodell diente; der Anzug von Brad Pitt bei der jüngsten Oscarverleihung.

Geht der Kaufgegenstand beim Stückkauf unter, besteht kein Anspruch auf Ersatzlieferung (Art. 119 Abs. 1 OR).

Beim **Gattungskauf** ist der Kaufgegenstand nur nach Qualität und Quantität bestimmt (sog. Gattungsmerkmale). Der Verkäufer schuldet demnach keine vertraglich individualisierte, sondern eine nur der Gattung nach bestimmte Sache (vgl. dazu BGE 121 III 454). Sofern sich aus dem Rechtsverhältnis nichts anderes ergibt, steht die Auswahl der Kaufsache innerhalb der Gattung dem Verkäufer zu (Art. 71 Abs. 1 OR). Die Sache muss mindestens mittlerer Qualität sein.

Bsp.: Ein schwarzes Auto «smart» mit Standardausrüstung; 2 Flaschen Evian-Wasser; 100 t Steinkohle; ein Buch Harry Potter Band I «Stein der Weisen».

Zur Unterscheidung im Einzelfall, ob ein Stück- oder ein Gattungskauf vorliegt, wird in erster Linie auf den Willen der Vertragsparteien abgestellt.

1.2.2 Nutzen und Gefahr

Gefahr bezeichnet die Wahrscheinlichkeit einer Vermögensverminderung durch den Eintritt eines zufälligen Ereignisses. Als **Nutzen** werden die Früchte und sonstige Vorteile bezeichnet.

Der **Zufall** ist jener Umstand, für den weder die eine noch die andere Vertragspartei verantwortlich gemacht werden kann (auch nicht deren Hilfspersonen).

Grundsätzlich trägt der Eigentümer einer Sache das Risiko für deren zufälligen Untergang. Nutzen und Gefahr gehen also prinzipiell mit der Eigentumsübertragung auf den Erwerber über. Im Kaufrecht gilt diese Regelung jedoch nicht absolut. Nach Art. 185 Abs. 1 OR gehen Nutzen und Gefahr beim **Stückkauf** grundsätzlich mit dem Abschluss des Kaufvertrages auf den Käufer über, auch wenn die Übergabe bzw. der Eigentumsübergang noch nicht stattgefunden hat (Waren reisen auf Gefahr des Käufers). Dagegen unterscheidet man beim Gattungskauf zwischen Platz- und Distanzkauf (Art. 185 Abs. 2 OR). Beim **Platzkauf** gehen Nutzen und Gefahr mit der Ausscheidung (z.B. Abschneiden der 10m Seide vom Ballen) über, beim **Distanzkauf** (auch Versendungskauf genannt) jedoch erst mit der Übergabe der Sache zur Versendung.

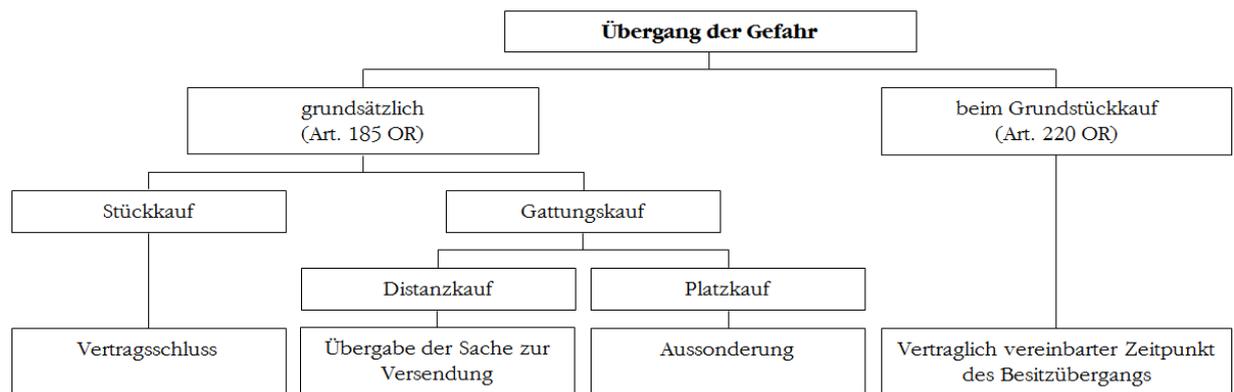


Abb. 35: Gefahrtragung beim Kauf

Von der allgemeinen Regel in 185 OR gelten folgende **Ausnahmen**:

Beim Grundstückskauf (Art. 220 OR) gehen Nutzen und Gefahr mit der Besitzübergabe auf den Käufer über.

- Bei Verträgen mit **aufschiebender Bedingung** (Art. 185 Abs. 3 OR) gehen Nutzen und Gefahr erst mit Eintritt der Bedingung auf den Käufer über.
- Wurden **spezielle Abmachungen** getroffen, wie etwa die Vereinbarung eines Erfüllungsortes, gehen Nutzen und Gefahr erst dann auf den Käufer über, wenn die Sache am Erfüllungsort eingetroffen ist.
- Bei Versendung einer **Stückschuld** wird Art. 185 Abs. 2 OR analog angewendet.

Die Regelung der Gefahrtragung ist eine Belastung für den Käufer. Unter Umständen hat der Käufer nämlich die untergegangene Sache auch dann zu bezahlen, wenn er noch gar nicht deren Eigentümer geworden ist.

Bsp.: Romeo hat eine chinesische Vase gekauft. Nach der Bezahlung lässt er die Vase im Geschäft stehen. Später wird die Vase vom Kunden Ralf versehentlich beschädigt. Romeo kann den bezahlten Kaufpreis

vom Geschäftsführer Rudolf nicht zurückverlangen, da Nutzen und Gefahr bereits mit dem Abschluss des Kaufvertrages auf Romeo übergegangen sind, auch wenn die Vase noch im Geschäft verblieben ist.

1.2.3 Incoterms

Im internationalen Handelsverkehr werden häufig die verbreiteten «International Commercial Terms» (Incoterms) der Internationalen Handelskammer (IHK) vereinbart, welche Regelungen über Transport und Gefahrtragung sowie Transport- und Versicherungskosten enthalten. Diese Klauseln regeln die Gefahrtragung von Art. 185 OR abweichend, z.B.:

- CIF-Geschäft (cost, insurance, freight): Der Verkäufer trägt die Kosten der Versicherung und des Transportes sowie die Gefahr bis zum Verschiffungshafen.
- FOB-Geschäft (free on board): Der Verkäufer trägt die Kosten und Gefahr, bis die Ware die Schiffsreling überschritten hat.
- FAS-Geschäft (free alongside ship): Der Verkäufer trägt die Kosten und Gefahr, bis die Ware am Kai längsseits des Schiffes abgeladen ist.

1.3 Pflichten der Parteien

Sofern nichts anderes vereinbart ist, sind die Parteien gemäss Art. 184 Abs. 2 OR verpflichtet, sofort und gleichzeitig Zug zum Zug zu erfüllen.

1.3.1 Pflichten des Käufers

Hauptpflicht des Käufers ist die **Zahlung des Kaufpreises**. Dieser ist am Wohnsitz des Verkäufers zu bezahlen (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR: Geldschulden sind Bringschulden). Der Käufer ist zudem verpflichtet, den Kaufgegenstand am **Erfüllungsort** anzunehmen (Annahmepflicht). Mangels Vereinbarung ist dies beim *Gattungskauf* der Wohnsitz des Verkäufers zur Zeit der Entstehung des Vertrags (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 3 OR: Warenschuld ist eine Holschuld), beim *Speziesskauf* der Ort, an dem sich die Sache zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses befunden hat (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 OR).

Falls nichts anderes vereinbart wurde, muss der Käufer die Transportkosten übernehmen. Wird Frankolieferung vereinbart, trägt der Verkäufer die Transportkosten (Art. 189 Abs. 2 OR).

1.3.2 Pflichten des Verkäufers

Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer das **Eigentum** am Kaufgegenstand zu verschaffen. Bei beweglichen Sachen erfolgt der Eigentumsübergang durch Kaufvertrag und Besitzübertragung. Der Besitz wird durch Übergabe der Kaufsache nach Art. 922 ZGB übertragen. Der Käufer muss die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Kaufsache erhalten. Bei bestimmten beweglichen Sachen, wie z.B. Auto, Motorrad, kann das Eigentum auch durch Übertragung des Mittels zur Sachherrschaft (z.B. der Schlüssel) dem Käufer übertragen werden.

1.4 Sachgewährleistung

Unter **Gewährleistung** versteht man die Haftung des Verkäufers für die Mangelfreiheit der zu liefernden Sache. Ist die Kaufsache mangelhaft, haftet der Verkäufer. Das Gesetz unterscheidet zwischen Sachgewährleistung (Art. 197 ff. OR) und Rechtsgewährleistung (Art. 192 ff. OR).

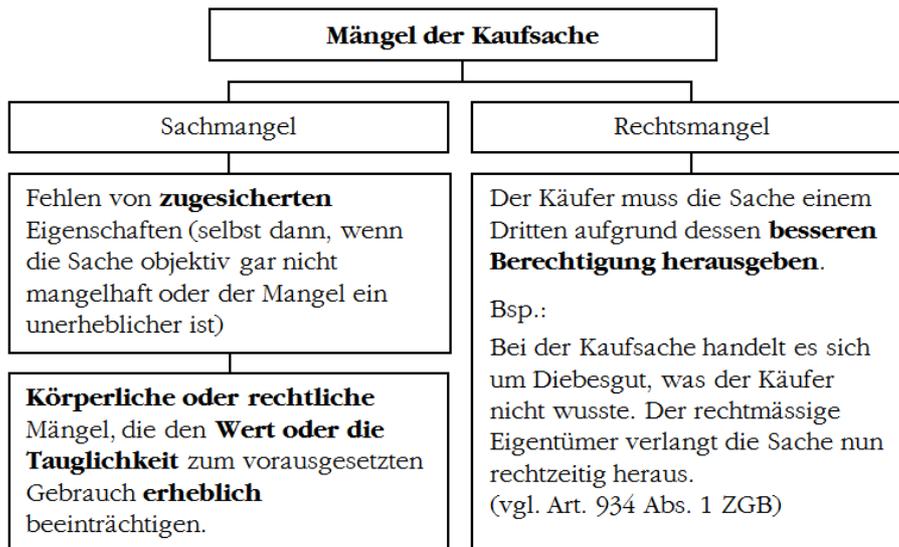


Abb. 36: Sach- und Rechtsmängel: Gegenüberstellung

1.4.1 Allgemeines

Sachgewährleistung ist die Haftung für Sachmängel. Die Sache ist mangelhaft, wenn zum Zeitpunkt des Gefahrenübergangs die im Kaufvertrag zugesicherten Eigenschaften fehlen oder der Kaufgegenstand Mängel aufweist, die seinen Wert oder seine Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern (Art. 197 Abs. 1 OR). Die Sachgewährleistung ist eine **verschuldensunabhängige** Haftung. Der Verkäufer muss für das Vorhandensein der allgemein vorausgesetzten und zugesicherten Eigenschaften der Kaufsache einstehen, unabhängig davon, ob der Verkäufer den Mangel gekannt hat oder nicht (Art. 197 Abs. 2 OR).

Es ist zwischen Falsch- und Schlechtlieferung beim Gattungs- und Stückkauf zu unterscheiden. Liefert der Verkäufer eine Sache, die nicht zu der vereinbarten Gattung gehört, so liegt eine **Falschlieferung** vor (**aliud**). Während bei der **Slechtlieferung** das Gewährleistungsrecht anwendbar ist, kommen bei der Falschlieferung die Art. 97 ff. OR (Nichterfüllung) zur Anwendung.

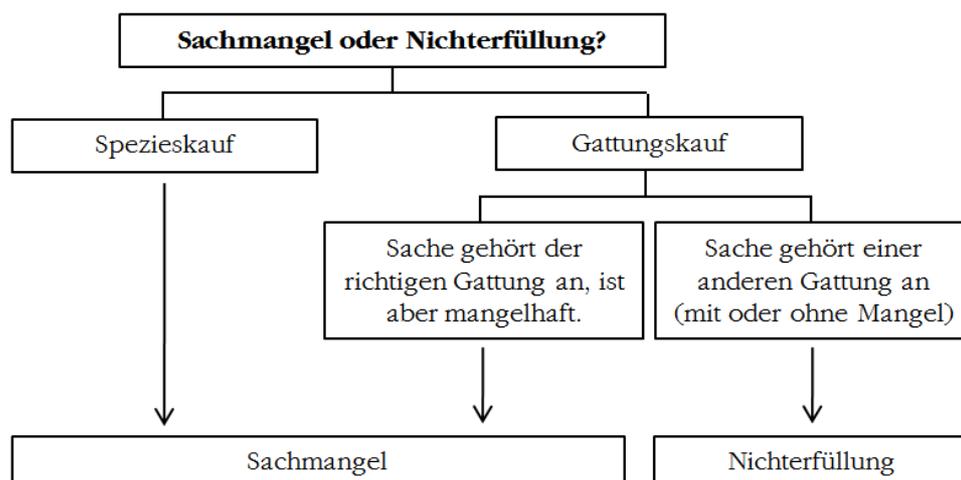


Abb. 37: Das Verhältnis von Sachmangel und Nichterfüllung

Bsp.: Liefert ein Tierhändler dem Bauern anstelle des bestellten Truthahns eine Ente, handelt es sich (sofern eine Gattungsschuld vereinbart ist) um eine Nichterfüllung (es ist eben kein Fehler der Ente, dass sie

kein Truthahn ist). Eine Schlechtlieferung liegt dagegen dann vor, wenn der Truthahn tot beim Käufer eintrifft.

Wenn der Bauer ein individualisiertes Tier bestellt hat («den Truthahn Jakob»), und es handelt sich bei Jakob gar nicht um einen Truthahn, sondern eben um eine Ente, dann liegt ebenfalls ein Mangel vor, da zwar die richtige Sache, jedoch mit anderen als den zugesicherten Eigenschaften geliefert wurde (Spezieskauf).

Beispiele für Mängel:

- **Fahrzeuge:** Konstruktions- oder Verarbeitungsfehler BGE 91 II 350; ein früherer Unfall stellt beim Occasionswagen einen Mangel dar und muss angegeben werden; nach einer Standzeit von mehr als einem Jahr darf ein Fahrzeug nicht mehr als fabrikneu verkauft werden; Lieferung eines älteren Baujahres (Baujahr 1997 statt 1999; BGE 94 II 35).
- **Kunst- und Antiquitätenhandel:** Unechtes Kunstwerk (BGE 82 II 420); Die Zusicherung der Echtheit kann sich konkludent aus dem hohen Preis ergeben (BGE 102 II 100).
- **Quantitätsmangel:** Z.B. wenn die angegebene Grösse zum Vertragsinhalt gehört und für den Verwendungszweck des Käufers eine grosse Rolle spielt, z.B. Lieferung eines zu langen oder zu kurzen Tischtuches.

Nach Art. 197 Abs. 1 OR haftet der Verkäufer nicht für unerhebliche Mängel (z.B. ein Eselsohr in einem Buch, kleinere Lackschäden am Wagen). Zur Beurteilung der Erheblichkeit werden folgende Kriterien herangezogen:

- Erkennbarkeit eines Mangels;
- Zeit- und Geldaufwand zur Beseitigung usw.

Allerdings kann die Unerheblichkeit nicht geltend gemacht werden, wenn es sich um zugesicherte Eigenschaften handelt.

1.4.2 Haftungsvoraussetzungen

Gemäss Art. 201 OR besteht eine **Prüfungs- und Rügeobliegenheit** des Käufers. Danach hat der Käufer die Ware unmittelbar nach Empfang zu prüfen und allfällige Mängel sofort anzuzeigen (sog. **Mängelrüge**). Unterlässt der Käufer die Mängelrüge, gilt die Ware als genehmigt und der Käufer verliert sowohl Gewährleistungs- als auch Schadenersatzansprüche. Hingegen ist eventuell eine Irrtumsanfechtung möglich. **Versteckte Mängel** (auch geheime oder verborgene Mängel genannt), die bei Abnahme und ordentlicher Prüfung nicht erkennbar sind oder erst später zutage treten, müssen sofort nach Entdeckung gerügt werden, spätestens jedoch nach Ablauf eines Jahres (Art. 210 Abs. 2 OR). Als entdeckt gilt ein Mangel erst dann, wenn er zweifelsfrei festgestellt wurde. Bei **offenen Mängeln** muss der Käufer die Mängelrüge sofort, d.h. innert der handelsüblichen Frist erheben.

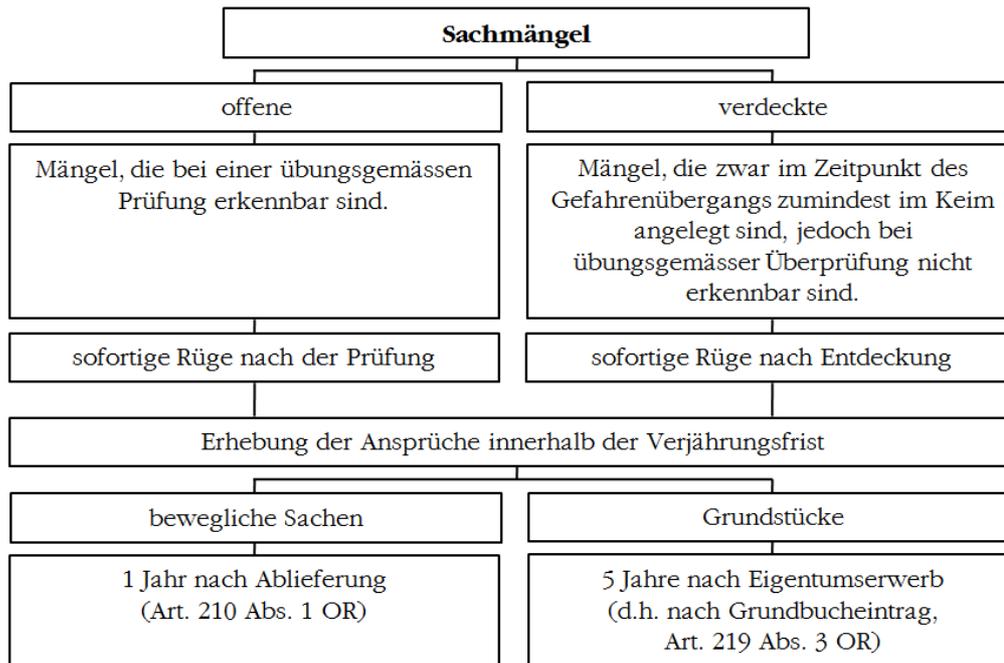


Abb. 38: Offene und verdeckte Mängel

Hat der Käufer im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses Kenntnis der Mängel, sind Gewährleistungsansprüche ausgeschlossen (Art. 200 Abs. 1 OR). Grundsätzlich kann die Mängelrüge in beliebiger Form erhoben werden. Aus beweistechnischen Gründen ist allerdings Schriftlichkeit zu empfehlen.

Die Haftungsvoraussetzungen im Überblick

- Vorhandensein des Sachmangels (bei beweglichen Sachen im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs, d.h. bei Vertragsschluss, und bei Grundstücken im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs, d.h. bei Eintragung im Grundbuch);
- Unkenntnis des Mangels seitens des Käufers;
- rechtzeitige Prüfung und Mängelrüge;
- Gewährleistungsanspruch muss innerhalb der Frist geltend gemacht werden;
- keine Wegbedingung der Gewährleistungspflicht.

1.4.3 Vertraglicher Gewährleistungsausschluss (Wegbedingung)

Das Gewährleistungsrecht findet nur Anwendung, wenn die Parteien keine davon abweichende Regelung getroffen haben. Durch Allgemeine Geschäftsbedingungen, «Garantieabsprachen» und dergleichen kann die Gewährleistung erweitert, eingeschränkt oder ganz ausgeschlossen werden. Weit verbreitet sind Freizeichnungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), in denen der Verkäufer seine Gewährleistung mehr oder weniger beschränkt (z.B. Ausschluss von Schadenersatzansprüche oder Ersetzung der gesetzlichen Ansprüche durch ein vom Gesetz nicht vorgesehenes Nachbesserungsrecht). Typische Klauseln sind «wie besehen», «wie besichtigt» und «jede Nachwährschaft ist ausgeschlossen». Ungültig ist freilich eine Wegbedingung bei arglistigem Verschweigen von Mängeln (Art. 199 OR).

Bsp.: Verkauf eines Occasionsautos «ab Platz» bedeutet in der Regel den Ausschluss jeglicher Gewährleistungsansprüche. Verschweigt der Verkäufer aber ihm bekannte erhebliche Mängel, ist die Haftungsbeschränkung «ab Platz» ungültig.

1.4.4 Ansprüche des Käufers im Allgemeinen

Der Käufer einer mangelhaften Sache hat nach Art. 205 OR ein Wahlrecht. Durch die sog. **Wandelungsklage** kann er den Kaufvertrag rückgängig machen. Er kann Ersatz des Minderwertes durch die sog. **Minderungsklage** verlangen, und beim Gattungskauf besteht zusätzlich die Möglichkeit, eine Ersatzlieferung zu verlangen. Überdies hat der Käufer Anspruch auf Schadenersatz.

Im Gegensatz zum Werkvertrag (Art. 368 Abs. 2 OR) sieht das Gesetz beim Kaufvertrag keinen Anspruch des Käufers auf Nachbesserung vor (ein solcher wird aber oftmals vertraglich vereinbart).

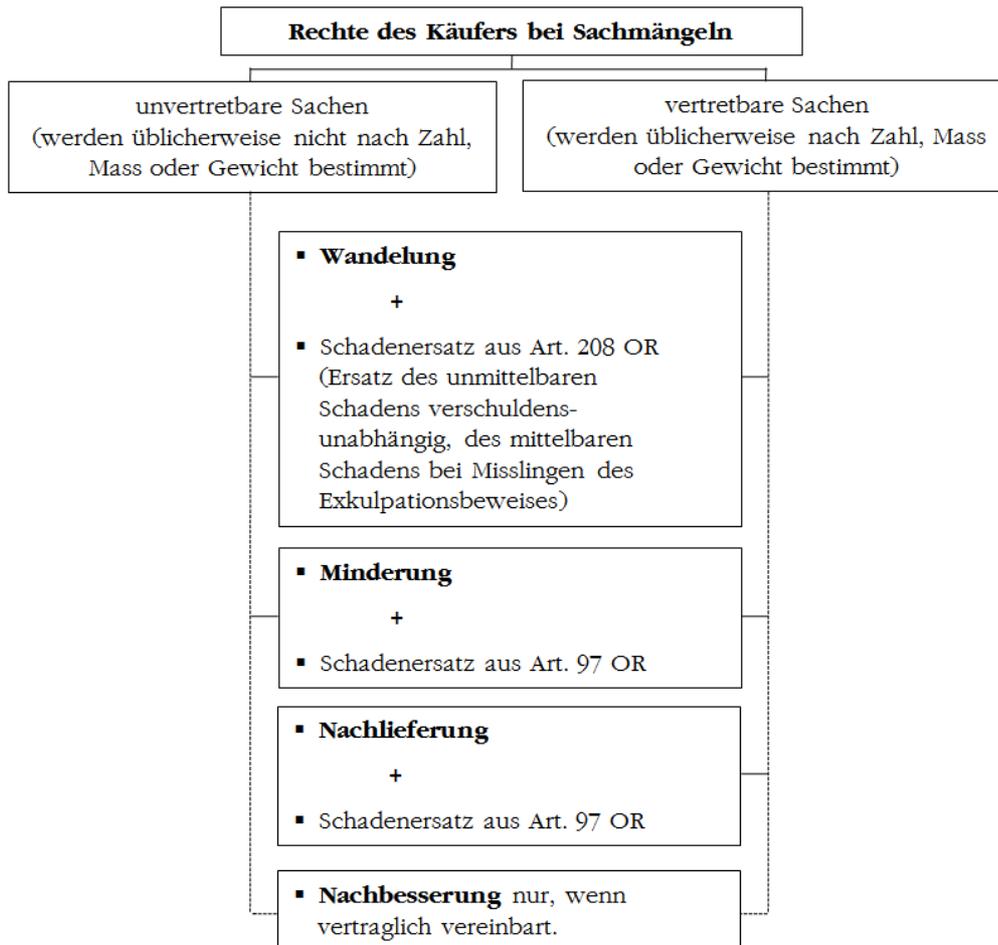


Abb. 39: Mängelrechte

1.4.5 Wandelung

Wandelung bedeutet grundsätzlich die Rückgängigmachung des Kaufvertrages. Demnach müssen geschuldete Leistungen nicht mehr erbracht und bereits erbrachte Leistungen können zurückgefordert werden. Die Rückerstattung der gegenseitigen Leistungen erfolgt Zug zum Zug.

Bsp.: Auf Wandelung kann der Käufer eines neuen Wagens klagen, wenn der Motor aufgrund einer fehlerhaften Nockenwelle im Leerlauf nicht rund dreht und auch sonst ruckartig läuft. Eine Minderung des Kaufpreises kommt in einem solchen Falle nicht in Frage (auch nicht, wenn die Nockenwelle inzwischen ersetzt wurde), denn es lässt sich schwerlich ermitteln, ob und inwiefern die bereits gefahrenen Kilometer mit einer unpassenden Nockenwelle dem Motor geschadet haben (vgl. BGE 91 II 344 ff.).

Eine Wandelungsklage ist angemessen, wenn die Mängel wesentlich sind oder wenn eine für den Käufer subjektiv wesentliche Eigenschaft zugesichert war. Sind bei mehreren gemeinsam verkauften Sachen bloss einzelne Stücke mangelhaft, kann die Wandelung nur für diese mangelhaften Stücke verlangt werden.

Zwei Ausnahmen von dieser Regel sind in Art. 209 Abs. 2 und 3 OR enthalten. Nach Art. 209 Abs. 2 ist eine sog. Gesamtwandelung zulässig, wenn sich die fehlerhaften Stücke nicht ohne erheblichen Nachteil für den Käufer oder den Verkäufer aussondern lassen bzw. wenn eine Aussortierung unzumutbar ist.

Bsp.: Die Swisscom AG bestellt bei Siemens 1200 Telefone «Classic C24». Bei einer Stichprobe stellt sich heraus, dass bei einem erheblichen Teil der Geräte ein Wackelkontakt beim Mikrofonkabel besteht. Grundsätzlich obliegt die Aussonderung der fehlerhaften Stücke dem Käufer. Da es der Swisscom aber nicht zumuten ist, jedes Telefon einzeln zu testen, kann sie Gesamtwandelung nach Art. 209 Abs. 2 geltend machen.

1.4.6 Minderung

Der Käufer kann anstelle der Wandelung auch Minderung des Kaufpreises verlangen. Zur Berechnung des Minderwertes nach Art. 205 Abs. 1 OR können verschiedene Methoden herangezogen werden. Die einfachste Berechnungsmethode ist die Differenz zwischen dem objektiven Wert der mangelfreien Sache und dem objektiven Wert der Sache in mangelhaftem Zustand. Eine andere Methode ist die Ermittlung der Kosten zur Mängelbeseitigung. Nach herrschender Meinung ist der Minderwert nach der sog. **relativen Methode** zu berechnen. Aufgrund dieser Berechnungsmethode wird das von den Vertragsparteien ausgehandelte Preis/Leistungsverhältnis durch die Minderung nicht beeinflusst. Wer eine Sache günstig erworben hat, muss sich beim Vorliegen eines Mangels nicht den Einwand entgegenhalten lassen, er habe die Sache ohnehin unter dem Marktwert erstanden und habe daher keinen Anspruch auf Preisminderung. Berechnung:

$$\begin{array}{l}
 \frac{\text{objektiver Wert des} \\
 \text{mangelfreien Kaufgegenstandes}}{\text{objektiver Wert des} \\
 \text{Kaufgegenstandes im tatsächlichen Zustand}} = \frac{\text{vereinbarter Kaufpreis}}{\text{herabgesetzter Preis}} \\
 \\
 \frac{\text{objektiver Wert des} \\
 \text{Kaufgegenstandes im tatsächlichen Zustand} * \text{vereinbarter Kaufpreis}}{\text{objektiver Wert des} \\
 \text{mangelfreien Kaufgegenstandes}} = \text{herabgesetzter Preis}
 \end{array}$$

Abb. 40: Berechnung des Minderungspreises nach der relativen Methode

Bsp.:

Obj. Wert des Autos mit vereinbartem Kilometerstand von 20'000 km: CHF 18'000

Obj. Wert des Autos mit tatsächlichem Kilometerstand von 50'000 km: CHF 12'000

Vereinbarter Preis = CHF 15'000

Minderungspreis (X) = $15'000 \times 12'000 / 18'000 = 10'000$

Die Minderung beträgt CHF 5'000 (vereinbarter Preis abzüglich herabgesetzter Preis).

1.4.7 Nachlieferung

Bei Gattungssachen hat der Käufer gemäss Art. 206 OR einen Nachlieferungsanspruch.

Bsp.: Der neu erworbene Computer-Bildschirm ist zerkratzt. Der Käufer kann Wandelung, Minderung oder Nachlieferung verlangen. Handelt es sich dagegen um eine Speziessache (z.B. Occasions-Computer), so kann der Käufer bloss Wandelung oder Minderung verlangen.

1.4.8 Schadenersatz

Neben der Wandelung, Minderung oder Nachlieferung kann der Käufer auch Schadenersatz verlangen.

Bei der Wandelung sieht Art. 208 OR eine Sonderregelung vor. Der Ersatz des unmittelbaren Schadens ist verschuldensunabhängig (Art. 208 Abs. 2 OR). Für den weiteren Schaden haftet der Verkäufer jedoch nur bei Verschulden. Dieses wird vermutet, d.h. der Verkäufer muss beweisen, dass ihn kein Verschulden trifft, um der Haftung zu entgehen (Exkulpationsbeweis, Art. 208 Abs. 3 OR). Umstritten ist, was zum unmittelbaren und was zum mittelbaren Schaden gehört. Die Abgrenzung bezieht sich auf die Länge der Kausalkette zwischen Schadensursache und Schaden, wobei nicht exakt geklärt ist, wo die Grenze zu ziehen ist. Einig ist man sich, dass der Mangelschaden (Schaden, der infolge des Fehlers unmittelbar an der Sache selbst entsteht) zum unmittelbaren Schaden gehören; der entgangene Gewinn und die höheren Kosten für den Erwerb einer mangelfreien Sache stellen dagegen einen mittelbaren Schaden dar. Umstritten ist die Einordnung der Mangelfolgeschäden (Schäden, die an anderen Sachen des Käufers entstehen): Überwiegender Ansicht nach gehören diese zum unmittelbaren Schaden, richtiger Ansicht nach aber zum mittelbaren Schaden (d.h. der Mangelfolgeschaden ist nur bei Verschulden zu ersetzen).

Bsp.: Aufgrund eines defekten Kühlschranks verderben verschiedene Nahrungsmittel. Der Käufer kann hinsichtlich des Kühlschranks Wandelung verlangen. Zählt man den Mangelfolgeschaden zum unmittelbaren Schaden, so muss der Kühlschrankverkäufer auch Schadenersatz für die verdorbenen Nahrungsmittel bezahlen, selbst wenn ihn kein Verschulden am Defekt trifft.

Bei der Minderung und Ersatzlieferung fehlt eine Spezialregelung. Hier beruht der Schadenersatzanspruch daher auf Art. 97 OR. Der Verkäufer haftet somit, sofern er nicht nachweisen kann, dass ihn kein Verschulden trifft.

Bsp.: Ein Computerhändler erhält die Rechner, die sein Kunde auf Termin bestellt hat, vom Lieferanten zwar rechtzeitig, aber völlig zerkratzt, weil sie der Lieferant unzureichend verpackt hatte. Der Händler muss für den Kunden anderswo neue Geräte ordern und gerät deswegen beim Kunden in Verzug. Er entschliesst sich, die zerkratzten Rechner für den Discountverkauf zu behalten, und macht deshalb Minderung geltend. Dennoch kann er zudem den Verzugsschaden, den sein Kunde nun geltend macht, von seinem Lieferanten, der den Mangel verschuldet hatte, erstattet bekommen.

1.4.9 Konkurrierende Ansprüche

Schadenersatzansprüche nach Art. 97 ff. OR: Ansprüche nach Art. 97 OR können nur geltend gemacht werden, soweit nicht eine Spezialnorm vorgeht; also bei Nichtlieferung oder Falschlieferung, nicht aber bei Schlechtlieferung, wenn die Wandelung gefordert wird (wegen Art. 208 OR).

Irrtumsanfechtung: Der Käufer kann im Fall des Stückkaufs bei schweren Mängeln den Vertrag auch wegen Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR anfechten. Er kann dann geltend machen, jene wesentliche Eigenschaft der Sache, in der der Mangel liegt, bei der Auswahl des Stücks nicht gekannt zu haben. Die Willensmängelanfechtung ist insbesondere bei versäumter Rügefrist oder abgelaufener Verjährungsfrist von Nutzen.

Bsp.: Ein als echt geltendes Werk eines berühmten Künstlers stellt sich im Nachhinein als Fälschung heraus; die Sachmängel-Gewährleistungsfristen sind verstrichen. Der Käufer kann aber noch einen Irrtum über die Echtheit geltend machen.

1.4.10 Verjährung

Nach Art. 210 Abs. 1 OR verjähren die Gewährleistungsansprüche wegen Mängel der Sache (Wandelung, Minderung, Nachlieferung, Schadenersatz) ein Jahr nach Ablieferung der Kaufsache. Mängel, die erst nach Ablauf der Verjährungsfrist auftauchen, hat der Käufer selber zu tragen. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um einen offenen oder verdeckten Mangel handelt. Für Grundstücke beträgt die Verjährungsfrist fünf Jahre (Art. 219 Abs. 3 OR). Die Verjährungsfrist beginnt mit der Ablieferung der Kaufsache; beim Grundstückskauf mit der Eintragung ins Grundbuch (Art. 219 Abs. 3 OR). Die gesetzliche Verjährungsfrist kann gemäss Art. 210 Abs. 1 OR durch Vereinbarung abgeändert werden. Allerdings kann die zehnjährige Frist aus Art. 127 OR nicht verlängert werden. Im Falle einer absichtlichen Täuschung (Art. 210 Abs. 3 OR) tritt die Verjährung erst nach 10 Jahren ein (Art. 127 OR).

1.5 Rechtsgewährleistung

Die Rechtsgewährleistung ist in den Art. 192 bis 196 OR geregelt. Es regelt diejenigen Fälle, in denen jemand die Sache vom Käufer herausverlangt, da sie ihm gehöre. Anders ausgedrückt hat der Verkäufer dem Käufer eine Sache verkauft, die einem anderen gehört. Die Sache hat nicht einen Sachmangel, sondern einen so genannten Rechtsmangel.

Muss der Käufer die Sache einem Dritten herausgeben, so haftet der Verkäufer verschuldensunabhängig für den Schaden, der dem Käufer entsteht.

Bsp.: Markus kauft von Daniel ein Fahrrad. Beide wissen nicht, dass es sich um ein gestohlenen Fahrrad handelt, das Prof. Othello gehörte. Auf dem HSG-Parkplatz entdeckt Prof. Othello sein Fahrrad wieder und verlangt von Markus die Herausgabe. Markus hat einen Anspruch aus Rechtsgewährleistung gegenüber Daniel und kann den bezahlten Kaufpreis zurückverlangen.

1.6 Verzug und Nichterfüllung

Ist der **Käufer** mit der Bezahlung des Kaufpreises in Verzug, so kommen die Bestimmungen von Art. 214 f. OR zur Anwendung. Die möglichen Vorgehensweisen des Verkäufers hängen von der Art des vereinbarten Kaufs ab. Bei Vorauszahlung oder Barkauf hat der Verkäufer das Recht, ohne weiteres vom Vertrag zurückzutreten. Beim Kreditkauf ist dies dagegen nicht möglich, es sei denn, das Rücktrittsrecht wurde vertraglich vereinbart.

Kommt der **Verkäufer** mit der Lieferung der Sache in Verzug, so gelten die allgemeinen Regeln gemäss Art. 102 ff. OR. Handelt es sich dagegen um einen Kaufvertrag im kaufmännischen Verkehr, so gelten die Bestimmungen in Art. 190 f. OR. Im Gegensatz zu den allgemeinen Verzugsregeln wird im kaufmännischen Verkehr vermutet, dass der Käufer auf die Lieferung verzichte und Schadenersatz wegen Nichterfüllung beansprucht. Wünscht der Käufer, entgegen der Vermutung, Erfüllung, so hat er dies dem Verkäufer unverzüglich mitzuteilen. Kaufmännischer Verkehr liegt dann vor, wenn es sich um einen Kauf zum Zweck des Weiterverkaufs handelt.

1.7 Besondere Arten von Kaufverträgen

1.7.1 Der Grundstückkauf

- Der Grundstückkauf ist in den Art. 216 ff. OR geregelt.

Nach Art. 216 Abs. 1 OR ist für den Grundstückkauf die qualifizierte Formvorschrift der **öffentlichen Beurkundung** vorgesehen. Dadurch sollen der Verkäufer und der Käufer vor übereilten Entschlüssen geschützt und unter Mitwirkung der Urkundsperson eine Inhaltsklarheit beim Registereintrag gewährleistet werden.

Alle objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkte müssen von der öffentlichen Beurkundung erfasst sein. Demnach muss zumindest der **Kaufgegenstand** und **Kaufpreis** öffentlich beurkundet werden und bestimmbar sein. Das **Nichteinhalten** der **Formvorschriften** bewirkt grundsätzlich **Ungültigkeit** des Geschäftes (Art. 657 Abs 1 ZGB i. V. m Art. 11 Abs. 2 OR, Art. 216 OR), d.h. der Kaufvertrag kann keine Rechtswirkungen entfalten.

Unter bestimmten Umständen kann aber die Berufung auf den Formmangel rechtsmissbräuchlich sein und gegen das Gebot von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr verstossen (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Dies betrifft folgende Fälle:

- Beide Parteien haben den Vertrag freiwillig und irrtumsfrei erfüllt.
- Diejenige Partei, welche sich auf den Formmangel beruft, hat ihn arglistig herbeigeführt.
- Es handelt sich um eine zweckwidrige Berufung auf den Formmangel, z.B. aus Reue.

Wird bei einem Grundstückkauf nicht der vereinbarte Kaufpreis beurkundet (um die Steuerlast zu reduzieren wird oftmals ein zu niedriger Preis beurkundet), liegt ein sog. **«Schwarzkauf»** vor. Die Rechtsfolgen eines Schwarzkaufs gestalten sich nach Lehre und Rechtsprechung wie folgt:

Das beurkundete Geschäft ist wegen **Simulation nichtig** (Art. 18 OR), da nicht der von den Parteien gewollte Kaufpreis, sondern ein fiktiver «Simulationspreis» beurkundet wurde.

Das vereinbarte Geschäft ist wegen **Formmangels ungültig** (Art. 11 Abs. 2 und Art. 216 OR). Demnach ist auch das effektiv gewollte Geschäft ungültig, da ein Verstoss gegen die gesetzlichen Formvorschriften diese Rechtsfolge nach sich zieht.

Bsp.: Richard verkauft sein Grundstück an Anton. Der vereinbarte Kaufpreis von CHF 600'000 wird bezahlt. Im Grundbuch wird aber nur CHF 400'000 beurkundet. Der Restbetrag von CHF 200'000 wird «unter der Hand» bezahlt. Als Richard von seinem Nachbarn Peter ein Angebot über CHF 900'000 bekommt, beruft sich Richard auf die Ungültigkeit des simulierten Vertrages mit Anton, um auf das neue Angebot eingehen zu können.

In einem solchen Fall ist die Berufung auf den Formmangel rechtsmissbräuchlich (gegen Treu und Glauben, Art. 2 Abs. 2 ZGB), zumal der Vertrag bereits beidseitig erfüllt wurde. Anton ist trotz Schwarzkauf rechtmässiger Eigentümer des Grundstücks (es drohen ihm freilich Steuer- und Straffolgen).

Nach Art. 656 Abs. 1 ZGB bedarf es zum Erwerb von Grundeigentum der Eintragung in das Grundbuch. Das Grundbuch ist öffentlich und gibt Auskunft über Inhalt und Berechtigung von dinglichen Rechten an Grundstücken.

1.7.2 Steigerungskauf (Art. 229 bis 236 OR)

Beim Steigerungskauf (auch Versteigerung oder Auktion genannt) veranstaltet der Auktionator unter den Kaufinteressenten eine Art Wettbewerb. Der Vertragsschluss kommt gemäss Art. 229 Abs. 2 OR durch

Zuschlag (Annahme des letzten, höchsten Angebots) zustande. Vom Steigerungskauf zu unterscheiden ist die Ausschreibung (Submission). Der Besteller holt im Rahmen eines Werkvertrages mehrere Angebote (Offerten) ein und erteilt demjenigen den Zuschlag, der das günstigste Angebot abgibt.

Versteigerung i. S. v. Art. 229 OR ist nicht mit der Zwangsversteigerung im Rahmen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes zu verwechseln, die eine Verwertungshandlung darstellt.

1.8 Das UN-Kaufrecht (Wiener Kaufrecht, WKR)

Das UN-Übereinkommen über den internationalen Warenkauf ist für die Schweiz am 1.3.1991 in Kraft getreten. In der Zwischenzeit sind mehr als 40 Staaten diesem Vertragswerk beigetreten. Das Abkommen ist in sechs authentischen Sprachen verfasst: Englisch, Französisch, Spanisch, Russisch, Arabisch und Chinesisch. Das WKR kommt zum Zuge, wenn die Parteien Niederlassungen in verschiedenen Staaten haben. Das Abkommen ist nur für den kaufmännischen Verkehr anwendbar. Der Konsumentenkau, welcher Waren für den persönlichen Gebrauch zum Gegenstand hat, wird vom WKR nicht erfasst.

2. Der Mietvertrag

2.1 Allgemeines

2.1.1 Begriff und Geltungsbereich

Durch den Mietvertrag verpflichtet sich der Vermieter, dem Mieter eine Sache auf bestimmte oder unbestimmte Zeit gegen Entgelt (Mietzins) zum Gebrauch zu überlassen (Art. 253 OR). Die Miete ist ein **Dauerschuldverhältnis** (vgl. Kap. A.5.2.2). Als Mietobjekt kommen bewegliche oder unbewegliche Sachen in Frage. Anders als beim Kaufvertrag können **Rechte** oder andere Wirtschaftsgüter als «Mietobjekt» **nicht** Vertragsgegenstand sein.

Bsp.: Miete einer Wohnung, eines Geschäftsgebäudes, eines möblierten Zimmers, eines Autos, eines Smokings, einer Ski- oder Filmausrüstung; einer DVD.

Zu den **wesentlichen Vertragspunkten** gehört der **Konsens** über die **Entgeltlichkeit** der Gebrauchsüberlassung einer **bestimmten Mietsache**. Auch eine gattungsmässige Bestimmung kann genügen und betreffend Mietzins genügt die Bestimmbarkeit.

Die mietrechtlichen Bestimmungen gelten grundsätzlich für die Vermietung von **Räumlichkeiten** wie von **beweglichen Sachen**. Der Vertrag über die Miete eines Autos oder einer Videokamera untersteht den mietrechtlichen Vorschriften.

Von besonderer praktischer Relevanz ist das Mietvertragsrecht aber auf dem Gebiet der Wohn- und Geschäftsraummiete. Angesichts der existenziellen Bedeutung des Wohnens und der Tatsache, dass in der Schweiz 70% der Bevölkerung in Mietwohnungen leben, hat der Gesetzgeber **zum Schutze der Wohnungsmieterinnen und -mieter** – als in der Regel wirtschaftlich schwächere Vertragspartei – Sondervorschriften geschaffen (vgl. D.2.8). Diese Bestimmungen sind mehrheitlich zwingend, das heisst, sie dürfen durch vertragliche Abmachungen nicht geändert werden. Abänderungen zu Gunsten des Mieters sind beispielsweise in Art. 266a Abs. 1 OR möglich. Bei den hier aufgeführten gesetzlichen Kündigungsfristen handelt es sich lediglich um Minimalfristen.

Zwingendes Recht gibt es aber auch für die Miete beweglicher Sachen; hier dient es dem Konsumentenschutz: Der Mieter einer beweglichen Sache, welche ihm zum privaten Gebrauch dient, vom Vermieter aber im Rahmen seiner gewerblichen Tätigkeit vermietet wird, kann mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf

Ende einer dreimonatigen Mietdauer kündigen, ohne dass der Vermieter daraus einen Entschädigungsanspruch geltend machen kann (Art. 266k OR).

2.1.2 Abgrenzungen

Der Mietvertrag zählt zur Gruppe der **Gebrauchsüberlassungsverträge**, zu denen auch die Pacht (Art. 275 bis 304 OR), die Leihe (Art. 305 bis 311 OR) und das Darlehen (Art. 312 bis 318 OR) gehören. Während bei der **Miete** der Vertragsgegenstand der **Gebrauch** der Mietsache ist, tritt bei der **Pacht** die **Nutzung**, d.h. der Bezug der Früchte oder Erträge (Art. 275 OR) **hinzu**. Das Recht zur Nutzung bestimmter Immaterialgüter wird durch den Lizenzvertrag übertragen, der gesetzlich nicht speziell geregelt ist (Innominatvertrag).

Bsp.: Vermietung von Geschäftsräumen (Überlassen der Räume zum Gebrauch) – Verpachtung eines Restaurants (Überlassung des ganzen Betriebes inkl. Geschäftsbeziehungen zur Nutzung).

Die Miete ist begriffsnotwendig entgeltlich. Bei einer **unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung** handelt es sich um **Leihe** i.S.v. Art. 305 ff. OR.

Bsp.: A überlässt B gratis für eine Woche seine Ferienwohnung in Davos. Der Mietzins als Entgelt für den Gebrauch der Sache ist nach der Legaldefinition von Art. 253 OR ein notwendiges Kriterium, damit ein Mietvertrag vorliegt. Es liegt also ein Gebrauchsleihvertrag vor.

Abzugrenzen ist die Miete auch von der **Hinterlegung** (Art. 472 bis 492 OR). Durch den Hinterlegungsvertrag verpflichtet sich der Aufbewahrer, dem Hinterleger eine bewegliche Sache, die ihm dieser anvertraut hat, an einem sicheren Ort aufzubewahren.

Bsp.: Bei Einstellung eines Autos in einer Sammelgarage wird Hinterlegung angenommen. Bei der Einstellung eines Motorfahrzeuges in einer verschliessbaren Autobox wird hingegen Miete angenommen (BGE 76 II 156 ff.).

Auch die Benutzung eines Schliessfaches in einem Bahnhof stellt einen Mietvertrag dar (BGE 102 Ib 318).

Rechtspolitisch brisant ist die Abgrenzung des Mietvertrages vom **Leasingvertrag** (englisch: to lease = überlassen, vermieten). Der Leasingvertrag ist ein gesetzlich nicht (besonders) geregelter Vertrag (Innominatvertrag). Einzig im Konsumkreditgesetz (Art. 11 KKG) finden sich Regeln zum Leasingvertrag – diese beschränken sich jedoch auf blosse Formvorschriften. Das Leasing umfasst sowohl Elemente des Kaufs als auch der Miete. Charakteristisch ist die Überlassung einer Sache auf eine bestimmte Zeit und gegen ein regelmässig in monatlichen Teilbeträgen zu entrichtendes Entgelt. Gefahr und Instandhaltungslasten werden dem Leasingnehmer überwält. Leasing kommt in verschiedenen Formen vor, wobei in der Praxis das **Finanzierungsleasing** überwiegt.

Beim Finanzierungsleasing (teils wird die Bezeichnung indirektes Leasing verwendet) liegt ein Dreiparteienverhältnis vor: der **Leasinggeber** erwirbt den **Leasinggegenstand** vom **Verkäufer** und überlässt ihn im Rahmen des Leasingvertrags gegen Entgelt dem **Leasingnehmer**. Der Leasinggegenstand wird dabei dem Leasingnehmer nicht übereignet, sondern lediglich zum Gebrauch überlassen. Mit anderen Worten: Finanzierungsleasing verschafft dem Leasingnehmer wirtschaftlich die Stellung eines Eigentümers, belässt jedoch der Leasinggesellschaft das rechtliche Eigentum am Leasingobjekt zur Sicherung ihrer Forderung. Durch die Gebrauchsüberlassung einer Sache gegen Entgelt ist der **mietrechtliche Charakter** des Leasings offensichtlich. Im Leasingvertrag verpflichtet sich aber der Leasingnehmer entgegen den Bestimmungen des Mietrechts zur Übernahme sämtlicher Risiken und Lasten des Mietgegenstandes. Das wirtschaftliche Interesse, Leasing nicht dem Mietvertragsrecht zu unterstellen, ist nahe liegend.

Zum Teil hat der Leasingnehmer nach Ablauf der Vertragszeit eine Kaufoption. Die Leasingraten lassen sich aus einem Anteil für den Kaufpreis und einem Teil der Kreditverzinsung berechnen, was Berührungspunkte zum **Konsumkreditgesetz** (vgl. Art. 11 KKG) bringt.

Merke

Nicht jedes Überlassen einer Sache basiert auf einem Mietvertrag.

2.2 Entstehung des Mietvertrages

2.2.1 Formvorschriften

Die Entstehung des Mietvertrages richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen der Vertragseinstellung (Art. 1 ff. OR). Mietverträge als solche bedürfen nach Gesetz keiner bestimmten Form, können also auch mündlich abgeschlossen werden.

Für den Abschluss eines Wohnungsmietvertrages werden häufig Formulare der Mieter- und Vermieterverbände verwendet. Auch ein Formularvertrag darf aber nicht gegen die zwingenden Mieterschutzbestimmungen verstossen.

Formbedürftig sind aber einzelne Willenserklärungen der Mietparteien, so insbesondere die Kündigung bei Wohn- und Geschäftsräumen (Art. 266l ff. OR).

2.2.2 Die Parteien eines Mietverhältnisses

Ganz allgemein bestimmen sich die Parteien eines Mietvertrags wie bei jedem anderen Vertrag auch. Fragen können sich ergeben, wenn eine Mietwohnung von mehreren Personen bewohnt wird. Grundsätzlich ist auch hier nur Mieter, wer den Vertrag selbst oder durch Vertretung geschlossen hat – bei einem schriftlichen Mietvertrag, wer darin als Mieter aufgeführt ist.

Das gilt auch bei Ehepaaren: Der nicht im Mietvertrag aufgeführte Ehepartner ist nicht Vertragspartei und haftet deshalb insbesondere auch nicht für den Mietzins. Allerdings gelten zwei Sonderregeln für die Beendigung des Mietverhältnisses: Ein Ehegatte kann den Mietvertrag über die Familienwohnung nur mit ausdrücklicher Zustimmung seines Ehepartners kündigen (Art. 266m OR); kündigt der Vermieter, muss er die Kündigung dem Mieter und seinem Ehegatten separat zustellen (Art. 266n OR). Seit in Kraft treten des Partnerschaftsgesetzes (Bundesgesetzes über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare, SR 211.231) am 1. Januar 2007 gelten diese Bestimmungen auch für den eingetragenen Partner/die eingetragene Partnerin.

Mieten mehrere Personen, die nicht miteinander verheiratet sind, gemeinsam eine Wohnung, bilden sie im Innenverhältnis in aller Regel eine einfache Gesellschaft nach Art. 530 ff. OR. Im Aussenverhältnis sind diejenigen Personen Vertragspartei, die im Vertrag als Mieter aufgeführt werden oder durch den Vermieter konkludent als Mieter behandelt werden (z.B. durch Entgegennahme des Mietzinses, Akzeptieren als Ansprechperson usw.). Wer nicht im Vertrag aufgeführt ist, steht zum Mieter in einem Untermietverhältnis. Die Auflösung der Wohn- oder der Lebensgemeinschaft hat grundsätzlich für die Geltung des Mietvertrages keine Auswirkungen; auch nach der Trennung haften alle im Vertrag aufgeführten Partner weiterhin für den Mietzins.

2.3 Die Pflichten des Vermieters

2.3.1 Übergabe und Überlassen einer gebrauchstauglichen Sache

Die Hauptpflicht des Vermieters besteht in der Überlassung der Mietsache zum Gebrauch. Die Mietsache ist **zum vereinbarten Zeitpunkt** und in einem zum **vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand** zu übergeben und zu erhalten (Art. 256 OR).

2.3.2 Mängelhaftung des Vermieters

Anders als im Kaufrecht wird im Mietrecht nicht systematisch zwischen (Vermieter-)Verzug, Rechts- und Sachgewährleistung unterschieden. Das Gesetz trifft lediglich die Unterscheidung zwischen **ursprünglichen Mängeln** und solchen, die **während der Mietdauer** aufgetreten sind.

Wenn die Mietsache zum vereinbarten Zeitpunkt überhaupt nicht oder in mangelhaftem Zustand übergeben wird (ursprüngliche Mängel), kann der Mieter nach seiner Wahl die Übernahme der Mietsache verweigern oder die Sache übernehmen und auf gehörige Vertragserfüllung beharren (Art. 258 OR).

Bsp.: Rosa Arens schloss per 1.11.2000 einen Mietvertrag für eine 3-Zimmer-Dachwohnung in Zürich ab. Als sie die Wohnung übernehmen will, sind die vertraglich zugesicherten umfangreichen Renovationsarbeiten in Küche und Bad noch nicht ausgeführt, der Parkettboden im Wohnzimmer trägt noch immer die Folgen eines Wasserschadens, der Balkon ist wegen Einsturzgefahr nicht betretbar und die Heizung funktioniert nicht. Der Vermieter vertröstet Rosa Arens auf den kommenden Frühling. In einem solchen Fall ist die Wohnung zum Bewohnen nicht tauglich und Rosa Arens kann die Übernahme der Wohnung verweigern und nach den Art. 107 bis 109 OR vorgehen.

Treten die Mängel während der Mietdauer auf, steht dem Mieter ein ganzes Bündel von Mängelrechten zur Verfügung. Nach Art. 259a OR kann der Mieter vom Vermieter die **Mängelbeseitigung**, eine **Herabsetzung des Mietzinses**, Schadenersatz sowie die Übernahme eines allfälligen Rechtstreites mit einem Dritten verlangen. Dem Mieter einer unbeweglichen Sache steht zudem die Möglichkeit der Mietzinshinterlegung offen (Art. 259a Abs. 2 und Art. 259g Abs. 1 OR).

Während der Mietdauer muss der Mieter Mängel an der Mietsache, die durch kleine, für den gewöhnlichen Unterhalt erforderliche Reinigung oder Ausbesserung behoben werden können, nach Ortsgebrauch auf eigene Kosten beseitigen (Art. 259 und Art. 259a OR).

Bsp.: Bei Wohnungen sind kleinere Mängel z.B. defekte Schlüssel, Sicherungen, Glühlampen, Steckdosen, WC-Brillen, Duschschläuche, Dichtungen oder das Entrussen von Zimmeröfen und Cheminées. Umstritten ist, bis zu welchem Geldbetrag die genannten kleineren Mängel übernommen werden müssen. Zum Teil ist in Mietvertragsformularen vorgesehen, eine solche Reparatur dürfe nicht mehr als 1% des Jahresmietzinses betragen.

Die **Mängelhaftung des Vermieters** ist grundsätzlich **verschuldensunabhängig**. Nur die Schadenersatzansprüche des Mieters setzen ein Verschulden des Vermieters voraus (Art. 259e OR).

Bsp.: In einem Atelier eines Malers fällt ohne Mitverantwortung des Mieters die Heizanlage aus. Der Vermieter unterlässt trotz Aufforderung des Mieters eine sofortige Reparatur und an einigen Bildern entsteht Schaden. Der Vermieter haftet auch ohne Verschulden für die Instandstellung der Heizung. Für den Bilderschaden muss er ebenfalls aufkommen, da ihn für den Schaden an den Bildern durch die verzögerte Reparatur ein Verschulden trifft. Der Vermieter kennt den Mangel und beseitigt ihn nicht innert angemessener Frist. Da das Atelier für den Maler ohne funktionierende Heizung praktisch unbenutzbar ist, kann der Mieter nach Art. 259b lit. a OR auch fristlos kündigen oder nach Art. 259b lit. b OR die Heizung auf Kosten des Vermieters reparieren lassen.

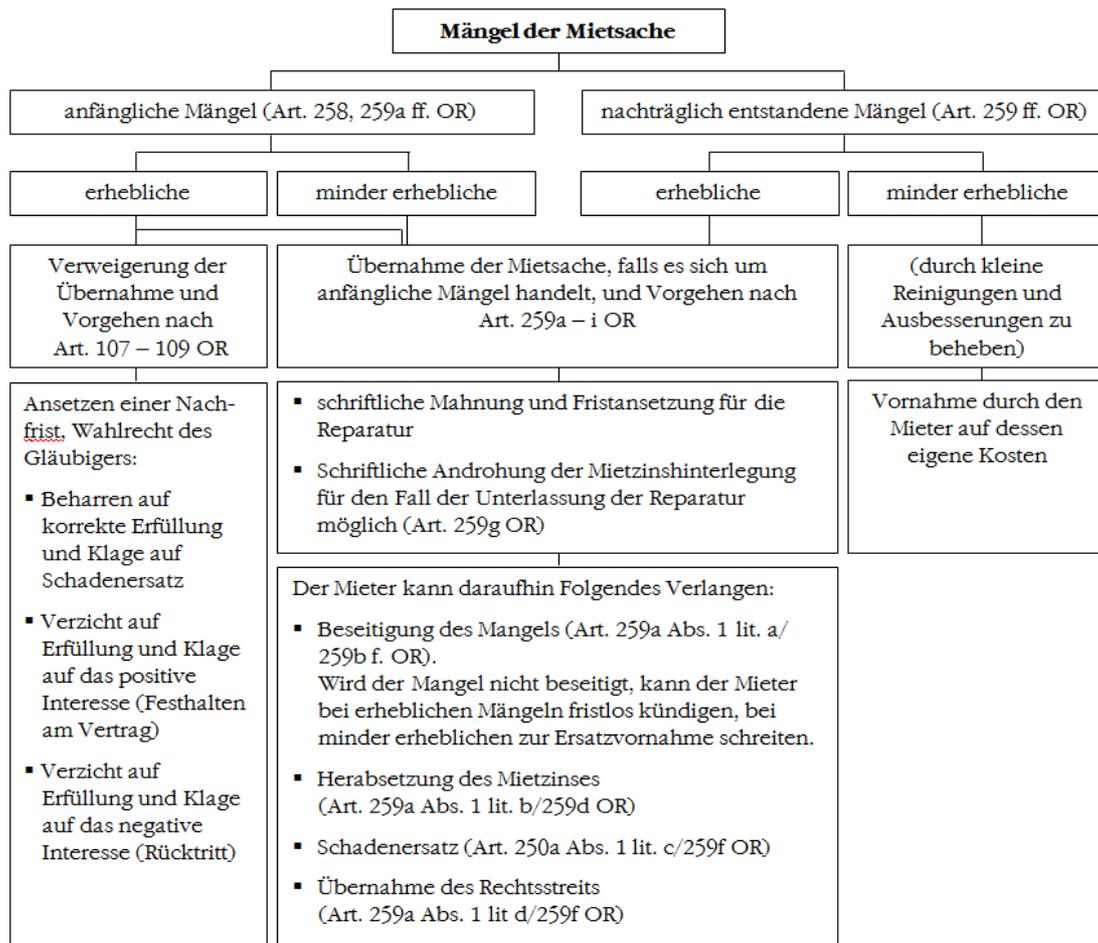


Abb. 41: Mängelrechte im Mietrecht

2.4 Die Pflichten des Mieters

2.4.1 Zahlung des Mietzinses

Nach der Legaldefinition in Art. 257 OR ist der Mietzins «(...) *das Entgelt, das der Mieter dem Vermieter für die Überlassung der Sache schuldet*». Bei Wohn- und Geschäftsräumen sind die **Nebenkosten** wie Heiz-, Warmwasser und ähnliche Betriebskosten nur dann vom Mieter zu übernehmen, wenn dies **besonders vereinbart** wurde.

Bsp.: Mangels einer besonderen Vereinbarung sind die Nebenkosten im Nettomietzins inbegriffen. Eine allfällige Vereinbarung muss die tatsächlichen Aufwendungen, die als Nebenkosten zu bezahlen sind, einzeln auflisten (BGE 121 III 462 Erw. a/aa).

Mangels anderer Vereinbarung sind Mietzins und Nebenkosten am Ende eines Monats zu bezahlen. Bei **Zahlungsrückstand** des Mieters kann der Vermieter mit Androhung der Kündigung schriftlich eine **Zahlungsfrist** von 10 – bei Wohn- und Geschäftsräumen 30 – Tagen setzen und bei ungenutztem Ablauf **fristlos** bzw. mit einer Frist von dreissig Tagen (Wohnung- und Geschäftsräume) **kündigen**.

Bsp.: Die 30-tägige Zahlungsfrist beginnt mit dem Empfang der Zahlungsaufforderung durch den Mieter zu laufen (BGE 119 II 149 Erw. 2).

2.4.2 Weitere Mieterpflichten

Der Mieter ist zum **sorgfältigen Gebrauch** der Mietsache verpflichtet. Bei Wohnungsmietern gehört dazu auch eine **Rücksichtnahme auf Hausbewohner und Nachbarn** (Art. 257f Abs. 1 und 2 OR). Lehre und Rechtsprechung dehnen die Pflicht zum sorgfältigen Gebrauch allgemein auf einen vertragsgemässen Gebrauch der Mietsache aus.

Für Mängel, die der Mieter nicht selber zu beseitigen hat, besteht eine **Meldepflicht** (Art. 257g OR). Unterlässt der Mieter die Meldung, haftet er für den Schaden, der dem Vermieter daraus entsteht (Art. 257g Abs. 2 OR).

Eine angemessene **Duldungspflicht** trifft den Mieter für Arbeiten, die der Beseitigung von Mängeln (Art. 257h OR) dienen. Das gilt auch bei Erneuerungen und Änderungen an der Mietsache (Art. 260 OR).

Bsp.: Bemerkt der Wohnungsmieter aufgrund vom Wassereinfluss, dass das Dach des Hauses nicht mehr dicht ist, muss er den Vermieter informieren. Der Mieter muss diesen Schaden nicht selber übernehmen. Die im Rahmen der Dachreparatur entstehenden Umtriebe muss der Mieter in den Grenzen von Art. 257h Abs. 3 OR (Rücksichtnahme auf den Mieter, allfällige Herabsetzung des Mietzinses, Schadenersatz) erdulden.

2.5 Beendigung des Mietverhältnisses

2.5.1 Die Kündigung

Das Mietverhältnis ist ein Dauerschuldverhältnis (vgl. Kap. A.5.2.2). Es kann befristet oder unbefristet eingegangen werden. Das **befristete Mietverhältnis** endet **ohne Kündigung** mit Ablauf der vertraglich vereinbarten Dauer (Art. 266 OR). Setzen die Parteien aber das **Mietverhältnis stillschweigend fort**, gilt es als **unbefristetes Mietverhältnis** und es gelten die entsprechenden Kündigungsfristen und Termine (Art. 266a bis 266k OR).

Merke

Zwischen **Kündigungstermin** und **Kündigungsfrist** muss strikt unterschieden werden. Kündigungsfrist bezeichnet die Mindestzeit zwischen Abgabe der Kündigungserklärung und dem Vertragsablauf. Beim Kündigungstermin handelt es sich um das in der Kündigungserklärung angegebene Datum des Vertragsablaufs.

Bei Wohnungen beträgt die **Kündigungsfrist** drei Monate auf einen ortsüblichen **Kündigungstermin**. Gibt es keine Ortsüblichkeit, kann das Mietverhältnis auf das Ende einer dreimonatigen Mietdauer gekündigt werden.

Bsp.: Am 1. Januar 2001 wurde ein unbefristetes Mietverhältnis begründet. Es fragt sich, wann erstmals eine Kündigung möglich ist. Angenommen, die ortsüblichen Kündigungstermine wären 31. März und 30. September, kann bis am 30. Juni (Beginn der Dreimonatsfrist) auf den 30. September (Ortsüblicher Termin) gekündigt werden.

Viel kürzer ist mit nur drei Tagen die gesetzliche Kündigungsfrist für die Miete beweglicher Sachen (Art. 266f OR).

Nach Art. 266g OR kann beim Vorliegen **wichtiger Gründe**, welche die **Erfüllung** des Vertrages **unzumutbar** machen, das Mietverhältnis **sowohl vom Vermieter wie vom Mieter** mit der gesetzlichen Frist auf einen beliebigen Zeitpunkt (Termin) gekündigt werden. Der kündigende Teil muss dem Vertragspartner eine Entschädigung nach Ermessen des Richters leisten.

2.5.2 Kündigungsförm

Während die Kündigung des Mietvertrags allgemein formlos ist, gelten auch insoweit besondere Vorschriften bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen: Hier muss die **Kündigung** sowohl durch den Mieter als auch durch den Vermieter **schriftlich** erfolgen (Art. 266l OR). Der Vermieter muss hierfür ein vom Kanton genehmigtes Formular verwenden (Art. 266l Abs. 2 OR). Darin muss angegeben sein, wie der Mieter vorzugehen hat, wenn er die Kündigung anfechten oder eine Erstreckung des Mietverhältnisses verlangen will. Eine **Familienwohnung** kann durch den Mieter nur mit ausdrücklicher **Zustimmung des Ehegatten** gekündigt werden (Art. 266 Abs. 1 OR). Kündigt der Vermieter dem verheirateten Mieter, muss die Kündigung beiden Ehegatten separat zugestellt werden (Art. 266n OR).

2.5.3 Rückgabe der Mietsache

Gemäss Art. 267 OR ist die Sache in dem Zustand zurückzugeben, der sich aus dem vertragsgemässen Gebrauch ergibt. Die gewöhnliche Abnutzung geht also zu Lasten des Vermieters. In der **Praxis** werden für die Bestimmung der gewöhnlichen Abnutzung von Teppichen, Tapeten u.ä. **Tabellen** verwendet. Der **Mieter haftet** nur für Schäden an der Mietsache und für **übermässige Abnutzung**.

Bsp.: Der Wohnungsmieter muss nicht für durch normalen Gebrauch abgelaufene Spannteppiche oder vergilbte Wände einstehen. Hingegen muss er beim Auszug Kosten übernehmen, die entstehen, weil der Farb- anstrich an Wänden und Decken durch unsachgemässe oder unsorgfältige Nutzung bereits nach kurzer Zeit erneuert werden muss.

2.5.4 Rückgabe der Sache vor Vertragsablauf

Nach Art. 264 OR kann der Mieter das Mietobjekt, sei es eine Wohnung oder eine bewegliche Sache, **ohne Einhalten einer Kündigungsfrist** oder eines Kündigungstermins **zurückgeben**, wenn er einen für den Vermieter **zumutbaren neuen Mieter** vorschlägt. Der neue Mieter muss bereit und in der Lage sein, den Mietvertrag zu den gleichen Bedingungen zu übernehmen.

Bsp.: Der Vermieter ist nicht verpflichtet, einen Ersatzmieter zu akzeptieren, dessen Zahlungsfähigkeit mit jener des aktuellen Mieters überhaupt nicht vergleichbar ist. Dem blossen Verhältnis zwischen Mietzins und Einkommen des Ersatzmieters ist jedoch nicht übermässige Bedeutung beizumessen (BGE 119 II 38).

2.6 Untermiete

Nach Art. 262 OR ist es grundsätzlich zulässig, eine gemietete Sache weiter zu vermieten (sog. **Untermiete**); jedoch nur mit **Zustimmung des Vermieters**. Allerdings kann diese nur verweigert werden, wenn sich der Mieter weigert, die Bedingungen der Untermiete bekannt zu geben, dem Vermieter durch die Untermiete wesentliche Nachteile erwachsen oder der Mieter aus der Untermiete einen übermässigen Gewinn erzielt. Hat der Vermieter die Zustimmung (berechtigterweise) verweigert, so hat er einen **ausserordentlichen Kündigungsgrund** (vgl. Art. 266g OR), wenn der Mieter gleichwohl untervermietet.

Zwischen Mieter und Untermieter besteht ein normales Mietverhältnis. Gegenüber dem (Haupt-)Vermieter haftet der (Haupt-)Mieter für etwaige durch den Untermieter verursachte Schäden an der Mietsache.

Bsp.: Beat Hugentobler ist seit dem 1.1.2000 Mieter einer Fünfzimmerwohnung der Firma «Schöner Wohnen» mit einem monatlichen Mietzins von CHF 2'850. Er will die Wohnung untervermieten, will jedoch die Bedingungen der Untermiete nicht bekannt geben. «Schöner Wohnen» verweigert die Zustimmung zur Untermiete. Dennoch vermietet Hugentobler die fünf Zimmer sogleich zu je CHF 900 an Asylbewerber. Am 30. April 2000 erfährt «Schöner Wohnen» davon und kann gestützt auf Art. 266g OR (ausserordentliche Kündigung aus wichtigen Gründen) das Mietverhältnis mit der gesetzlichen Dreimonatsfrist auf den 30. Juli

kündigen. Hugentobler haftet gegenüber «Schöner Wohnen» für allfällige durch die Untermieter verursachte Schäden. Der Untermietvertrag ist trotz verweigerter Zustimmung des Vermieters gültig. Die Untermieter können den Zins für die Untermiete als missbräuchlich anfechten (entweder Anfechtung des Anfangsmietzinses nach Art. 270 OR innert Frist oder Anfechtung während der Mietdauer nach Art. 270a OR).

2.7 Eigentümerwechsel

Beim Eigentümerwechsel durch Verkauf, Schenkung, Tausch oder Zwangsvollstreckung geht das Mietverhältnis grundsätzlich mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber über (Art. 261 Abs. 1 OR). Dies entspricht dem Grundsatz «Kauf bricht nicht Miete». Dieser Grundsatz ist aber nicht voll verwirklicht. Nach Art. 261 Abs. 2 OR kann der neue Eigentümer nämlich bei Wohn- und Geschäftsräumen das Mietverhältnis auf den nächsten gesetzlich zulässigen Termin kündigen. Voraussetzung hierfür ist, dass er einen dringenden Eigenbedarf, einen Bedarf für nahe Verwandte oder Verschwägte geltend machen kann.

2.8 Mieterschutz

2.8.1 Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen

Nur in sehr wenigen Fällen greift das Gesetz direkt in das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung ein (vgl. zur Übervorteilung Kap. B.5.6). Für die Miete von **Wohn- und** auch von **Geschäftsräumen** hat der Gesetzgeber dagegen eine Missbrauchsregelung geschaffen, mit der überhöhte Mietzinse bekämpft werden sollen. Das hat seinen Grund darin, dass am Mietwohnungsmarkt regelmässig ein Nachfrageüberhang zu hohen Mietzinsen führt, während das Wohnen ein existentielles Bedürfnis ist. Der Eingriff in die Vertragsautonomie der Parteien beschränkt sich aber auf Fälle, in denen die vereinbarten bzw. einseitig diktierten Mietzinse als missbräuchlich gelten. Das ist nach Art. 269 OR der Fall, wenn mit dem Mietzins ein **übersetzter Ertrag** aus der Mietsache erzielt wird **oder** wenn der Mietzins auf einem **offensichtlich übersetzten Kaufpreis** beruht. Die beiden sehr allgemeinen Definitionen des Missbrauchs wurden durch zahlreiche Gerichtsentscheidungen konkretisiert.

Unter diesen Umständen kann zum einen schon ein missbräuchlicher **Anfangsmietzins** angefochten werden (Art. 270 OR), wenn der Mieter sich wegen einer persönlichen oder familiären Notlage oder wegen der Verhältnisse auf dem örtlichem Markt für Wohn- und Geschäftsräume zum Vertragsabschluss mit der überhöhten Miete gezwungen sah; oder wenn der Vermieter den neuen Anfangsmietzins gegenüber dem vorherigen Mietzins erheblich erhöht hat. Ebenso kann eine missbräuchliche **Mietzinserhöhung** angefochten werden (Art. 270b OR). Die Frist hierfür beträgt dreissig Tage ab Mitteilung; zuständig ist eine der Schlichtungsbehörde (Art. 274a OR), die von den Kantonen bestimmt wird (Art. 274 OR).

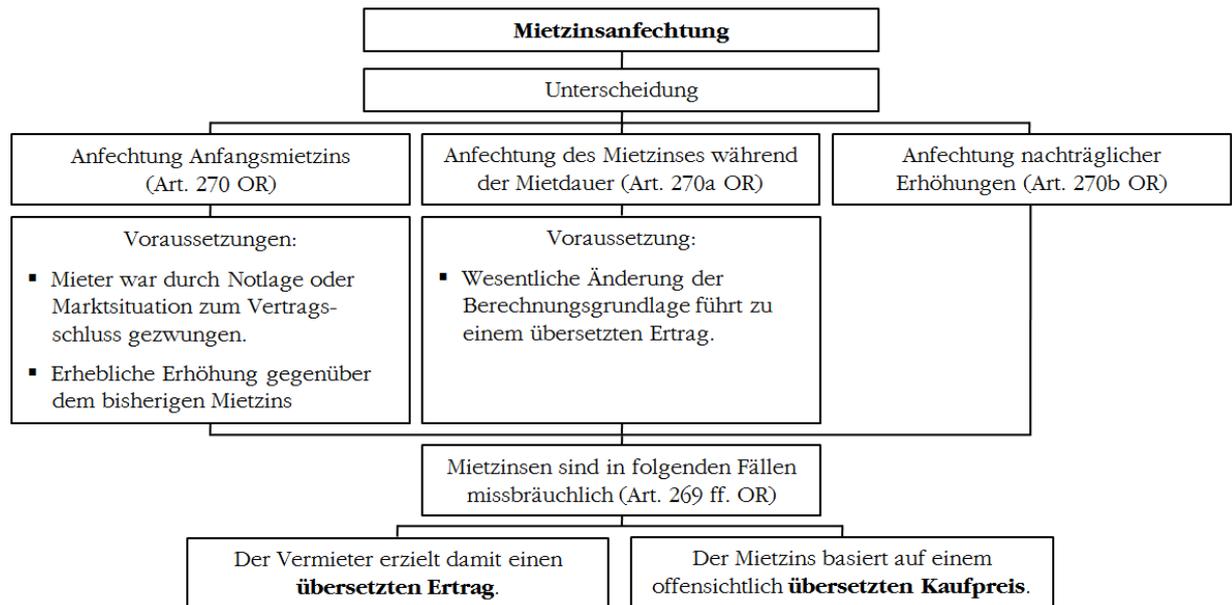


Abb. 42: Anfechtung des Mietzinses am Anfang und während des Mietverhältnisses, sowie von Mietzins erhöhungen

2.8.2 Kündigungsschutz

Sozialpolitisch motiviert sind auch die Bestimmungen zum **Kündigungsschutz** beim Mieten von **Wohn- und Geschäftsräumen**. Die Kündigung eines Mietvertrags über Wohn- oder Geschäftsräume ist **anfechtbar**, wenn sie **gegen Treu und Glauben** verstösst (Art. 271 Abs. 1 OR). Das ist beispielsweise der Fall, wenn der Vermieter kündigt, weil der Mieter nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Mietverhältnis geltend macht (dies und weitere – nicht abschliessende – Beispiele sind in Art. 271a OR aufgeführt). Auf Verlangen muss die Kündigung begründet werden (Art. 271 Abs. 2 OR).

Bsp.: In die Wohnung von Kuno Müller zieht seine dunkelhäutige Freundin ein. Darauf spricht der Vermieter die Kündigung aus. Kuno Müller verlangt eine Begründung. Der Vermieter schreibt, er dulde keine Schwarzen in seinem Haus. Diese Kündigung verstösst gegen Treu und Glauben und ist anfechtbar.

Nichtig ist die Kündigung, wenn sie die vorgeschriebene Form nicht einhält. Nichtig ist auch die Kündigung durch einen Mieter, wenn der mitwohnende Ehegatte nicht zugestimmt hat.

Schliesslich kann in besonderen Härtefällen das Mietverhältnis trotz Zeitablauf oder wirksamer Kündigung zugunsten des Mieters erstreckt werden; hierfür ist eine Interessenabwägung vorzunehmen (Art. 272 Abs. 1 OR).

3. Der Werkvertrag

3.1 Begriff und Geltungsbereich

Beim Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer gegenüber dem Besteller zur entgeltlichen Herstellung eines Werkes (Art. 363 OR). Der Unternehmer schuldet das Werk, der Besteller die Vergütung.

Grundmerkmal des Werkvertrages bildet das Versprechen des Werkunternehmers, gegen Vergütung einen bestimmten **Arbeitserfolg** zu erbringen. Der Arbeitserfolg besteht in einem **Werk**. Der Werkbegriff ist weit zu verstehen und kann körperlicher oder unkörperlicher Natur sein. Demnach können nicht nur die Herstellung von Bauwerken oder Reparaturarbeiten ein Werk darstellen, sondern auch ein Konzert, ein Vortrag oder ein Gutachten.

Bsp.: Die Vereinbarung über die Reparatur eines Fahrzeuges ist ein Werkvertrag (BGE 113 II 421)

Das Werkvertragsrecht ist grundsätzlich dispositives Recht. Aus diesem Grund ist auch die Abgrenzung zum vorwiegend zwingenden Arbeitsrecht und zum teilweise zwingenden Auftragsrecht von Bedeutung (vgl. hinten). Insbesondere im Bereich des Bauwesens wird das dispositive Werkvertragsrecht teilweise durch die Richtlinien des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins, die sog. SIA-Normen, verdrängt. Die Abweichungen sind in der Regel zu Gunsten des Unternehmers. Die SIA-Normen gelten aber nur dann, wenn sie ausdrücklich Teil des Vertrages geworden sind.

Im Bauwesen spielen der Werkvertrag und die SIA-Normen eine überragende Rolle. Zwischen den verschiedenen an einem Bauwerk beteiligten Parteien werden eine ganze Reihe von Werkverträgen abgeschlossen, wobei zahlreiche Varianten werkvertraglicher Bindungen vorkommen (Bauherr – Werkunternehmer; Bauherr – Generalunternehmen – verschiedene Werkunternehmer; Bauherr – Werkunternehmer – Subunternehmer 1 – Subsubunternehmer 2 usw.).

Bsp.: Der Vertrag zwischen Totalunternehmer und Bauherr, der Totalunternehmervertrag, ist ein Werkvertrag (vgl. dazu BGE 117 II 274; 114 II 53 ff.)

3.2 Abgrenzungen

3.2.1 Zum Kaufvertrag

Ein Kaufvertrag liegt vor, wenn der Vertragspartner zwar eine Sache herstellt (oder hergestellt hat), aber auch ohne den konkreten Vertrag tätig geworden wäre. Allfällige Arbeitsleistungen gelten beim Kaufvertrag als untergeordnete Nebenpflichten.

Bsp.: Der Kauf eines Fahrrades aus einem Katalog mit kleineren Anpassungen ist ein Kaufvertrag. Wird dagegen das Fahrrad mit individuellen Komponenten (Rahmen, Schaltung, Räder usw.) bestellt und erfordert dies erhebliche Arbeitsleistungen, dann liegt ein Werkvertrag vor.

3.2.2 Zum Auftrag

Das massgebende Abgrenzungskriterium zum Auftrag bildet der Erfolg des Arbeitsergebnisses. Der Unternehmer schuldet ein (erfolgreiches) Werk, der Auftragnehmer «nur» ein **sorgfältiges Tätigwerden** im Interesse des Auftraggebers.

Bsp.: Zum Auftragsrecht gehört der Vertrag mit dem Rechtsanwalt oder der Vertrag mit einem Arzt. Der Dienstleistungsvertrag mit einem Coiffeur ist aber ein Werkvertrag.

Der Behandlungsvertrag zwischen Zahnarzt und Patient ist auch dann kein Werkvertrag, wenn er die Anfertigung von Brücken und Kronen umfasst (vgl. BGE 110 II 376 Erw. 1).

3.2.3 Zum Arbeitsvertrag

Die Abgrenzung gegenüber dem **Arbeitsvertrag** beruht einerseits auf der Erfolgsbezogenheit des Werkvertrages (der Arbeitnehmer schuldet lediglich ein sorgfältiges Tätigwerden), andererseits ist dem Werkvertrag sowohl das **Unterordnungsverhältnis** als auch das darauf beruhende **Weisungsrecht** des Arbeitgebers fremd.

Für die Abgrenzung zwischen dem Werkvertrag und dem Arbeitsvertrag ist auf die gesamten Umstände des konkreten Falles abzustellen (BGE 112 II46)

Bsp.: Alfred Grünwald, gelernter Gärtner, ist ein Spezialist für die Baumpflege. Er arbeitet «auf eigene Rechnung», jedoch ohne Personal und ohne nennenswerte eigene Infrastruktur. Für Grossbauer Sebastian Kocher schneidet er jeweils im Frühjahr dessen 350 Obstbäume fachgerecht zurück. Als «Entlohnung» wird

jeweils eine Pauschale vereinbart. Während ungefähr zwei Monaten ist Alfred Grünewald ausschliesslich für Sebastian Kocher tätig.

Ob in diesem Fall ein Werkvertrag, ein Auftrag oder ein Arbeitsvertrag vorliegt ist fraglich. Ein Auftrag kann dann nicht vorliegen, wenn das fachgerechte «Zurückschneiden» der Obstbäume als Arbeitserfolg gewertet wird. Trotz der wirtschaftlichen Abhängigkeit Grünewalds von Kocher (während zweier Monate) kann auch kein eigentliches Unterordnungsverhältnis angenommen werden. Grünewald ist beispielsweise nicht in die Arbeitsorganisation von Kocher eingebunden. Auch hat Kocher gegenüber Grünewald kein Weisungsrecht. Deshalb liegt auch kein Arbeitsvertrag vor. Am ehesten kommt wohl ein Werkvertrag in Betracht.

3.3 Pflichten des Unternehmers

3.3.1 Im Allgemeinen

Die Hauptpflicht des Unternehmers besteht in der Herstellung (Art. 363 OR) und allenfalls Ablieferung (Art. 367 OR) des vertraglich bestellten Werkes. Der Unternehmer ist verpflichtet, bei der Ausführung des Werkes und dessen Ablieferung sorgfältig vorzugehen (BGE 96 II 61).

Die Sanktion bei Sorgfaltspflichtverletzungen (Art. 364 Abs. 1 OR) erfolgt nach den Regeln von Art. 97 ff. OR. Die Hilfspersonenhaftung des Unternehmers richtet sich nach Art. 101 OR.

Der Unternehmer muss das Werk nur dann persönlich herstellen, wenn es auf seine persönlichen Eigenschaften ankommt (Art. 364 Abs. 2 OR). Hilfsmittel, Geräte und Werkzeuge hat der Unternehmer bereit zu stellen (Art. 364 Abs. 3 OR), sofern nichts anderes bestimmt wird.

Bsp.: Das Verhalten von Subunternehmern wird dem Unternehmer gem. Art. 101 OR wie eigenes Verhalten zugerechnet. Das gilt grundsätzlich auch dann, wenn der Subunternehmer auf Weisung des Bestellers zugezogen wurde (BGE 116 II 305 Erw. 2c).

3.3.2 Sorgfaltspflicht betreffend den Stoff

Liefert der Besteller das Material, muss es der Unternehmer mit Sorgfalt behandeln (Art. 364 Abs. 1 OR), darüber Rechenschaft ablegen und die Reste zurückgeben (Art. 365 Abs. 2 OR). Allfällige Mängel des Materials oder des angewiesenen Baugrundes muss der Unternehmer sofort melden. Unterlässt er dies, hat er die Folgen zu tragen (Art. 365 Abs. 3 OR).

Bsp.: Rosa Müller (Bestellerin) lässt beim Sattler Carl Heller ein antikes Sofa neu überziehen. Während der Restaurationsarbeiten stellt sich heraus, dass das Sofa vom Holzwurm befallen ist und vor dem Neubezug eine Reparatur durch einen Antikschreiner notwendig ist. Carl Heller muss Rosa Müller über diesen Mangel am Material informieren.

Merke

Bei allen Formen von Reparaturwerkverträgen (die auch Werkverträge sind) erfolgt die Lieferung des Stoffes (der zu reparierenden Sache) durch den Besteller.

3.3.3 Rechtzeitige Vornahme und vertragsgemässe Ausführung der Arbeit

Der Unternehmer ist verpflichtet, das Werk rechtzeitig und entsprechend der vereinbarten Qualität zu liefern. Liefert der Unternehmer das Werk verspätet ab, gelten die allgemeinen Vorschriften über den Schuldnerverzug (Art. 102 ff. OR). Wenn der Unternehmer mit dem Werk schon nicht rechtzeitig beginnt, die Ausführung entgegen vertraglichen Abmachungen verzögert oder mit der Ausführung offensichtlich im Rückstand ist und den Vollendungstermin vorhersehbar nicht einhalten kann, ist der Besteller

berechtigt, vom Verträge zurückzutreten, ohne erst den Lieferungstermin abzuwarten (sog. Herstellungs-
verzug, Art. 366 Art. 1 OR). Ergänzend gelten aber auch hierfür die allgemeinen Bestimmungen der
Art. 102 f. und Art. 107 ff. OR.

Bsp.: Ein Filmproduzent beauftragt eine Modellwerkstatt mit der Gestaltung eines Sauriermodells, das in
zwei Monaten für die Dreharbeiten bereit sein muss. Nach sechs Wochen sitzen die Designer noch immer
über ihren Entwurfszeichnungen; der Bau des Modells ist in der verbleibenden Zeit nicht mehr zu schaffen.
Der Produzent muss nun nicht den Ablieferungstermin abwarten, sondern kann seine Verzugsrechte
sogleich geltend machen; diese – und ihre Voraussetzungen – bestimmen sich aber nach dem AT.

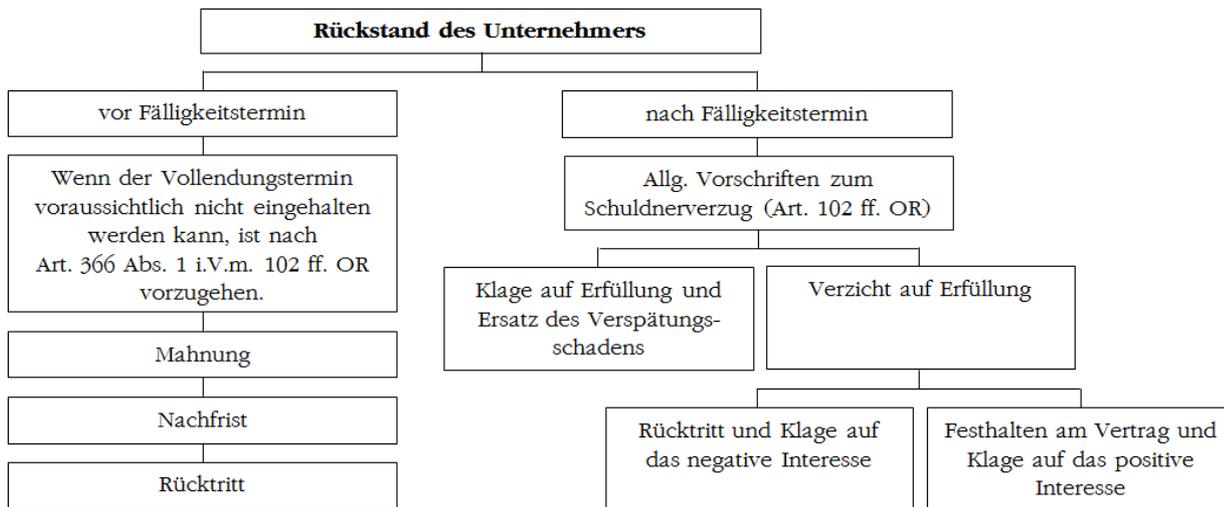


Abb. 43: zeitlicher Rückstand bei der Erfüllung des Werkvertrags

3.3.4 Voraussetzungen der Gewährleistungspflicht

Unter den folgenden Voraussetzungen wird der Unternehmer gewährleistetungspflichtig:

- Werkmangel
- Ablieferung des Werks
- rechtzeitige Prüfung des Werks und Rüge des Mangels durch den Besteller.

3.3.4.1 Werkmangel

Beim Werkvertrag besteht, ähnlich wie beim Kaufvertrag, eine vom Verschulden unabhängige Haftung für Werkmängel. Ein **Werkmangel** liegt vor, wenn das Werk nach der **Verkehrsauffassung fehlerhaft** ist oder von der **vertraglich geschuldeten Beschaffenheit abweicht** (Art. 368 Abs. 1 und Abs. 2 OR); ob eine Sorgfaltspflicht verletzt wurde, ist unerheblich.

Bsp.: Ein Kunde bestellt einen Bürostuhl auf Rollen mit einem grauen Stoffbezug in Einzelanfertigung. Sind die Rollen blockiert, liegt ein mangelhaftes Werk vor. Funktioniert der Stuhl einwandfrei, wird aber nicht wie vereinbart in grauer, sondern in roter Farbe geliefert, weicht das Werk von der vertraglich geschuldeten Beschaffenheit ab.

3.3.4.2 Ablieferung des Werkes

Der Unternehmer muss das Werk nach Fertigstellung abliefern. Vor der Ablieferung haftet der Unternehmer nach Art. 97 ff. OR. Die Ablieferung setzt die Vollendung des Werkes voraus. Ein Bauwerk wird abgenommen oder abgeliefert, wenn der Unternehmer dem Besteller mitteilt, das Werk sei fertig und der

Besteller das Werk seinerseits als beendet betrachtet. Davon zu unterscheiden ist die Genehmigung des Werkes im Sinne von Art. 370 Abs. 1 OR. Hier geht es um die Qualität des Werkes.

Bsp.: Wenn alle im Vertrag vorgesehenen Arbeiten ausgeführt sind, ist das Werk beendet. Bei Bauwerken ist der Einzug des Bestellers grundsätzlich nicht entscheidend. Erfolgt er vor der vollständigen Vollendung aller Arbeiten, wie dies häufig zutrifft, so liegt noch keine Ablieferung im Sinne des Gesetzes vor. Das Bauwerk wird abgenommen oder abgeliefert, wenn der Unternehmer dem Besteller mitteilt, das Werk sei fertig, und der Besteller seinerseits es als beendet betrachtet (BGE 94 II 161).

3.3.4.3 Prüfpflicht

Den Besteller trifft die Obliegenheit, das Werk bei Ablieferung auf allfällige Mängel zu prüfen und offensichtliche Mängel dem Unternehmer zu melden (Art. 367 Abs. 1 OR). Ein Unterbleiben der Rüge offenkundiger Mängel hat zur Folge, dass der Unternehmer von der Mängelhaftung befreit ist (Art. 370 Abs. 1 und 2 OR). Versteckte Mängel (zur Unterscheidung offener und versteckter Mängel vgl. D.1.4.2) müssen sofort nach Entdeckung gerügt werden. Gemäss Art. 367 Abs. 2 OR ist jede Partei berechtigt, das Werk auf ihre Kosten durch Sachverständige prüfen zu lassen.

3.3.5 Die Ansprüche des Bestellers

In Art. 368 OR sind **vier Rechtsbehelfe** geregelt, die der Besteller beim Vorliegen von Werkmängeln hat: Wandelung, Minderung, Nachbesserung und Schadenersatz.[^]

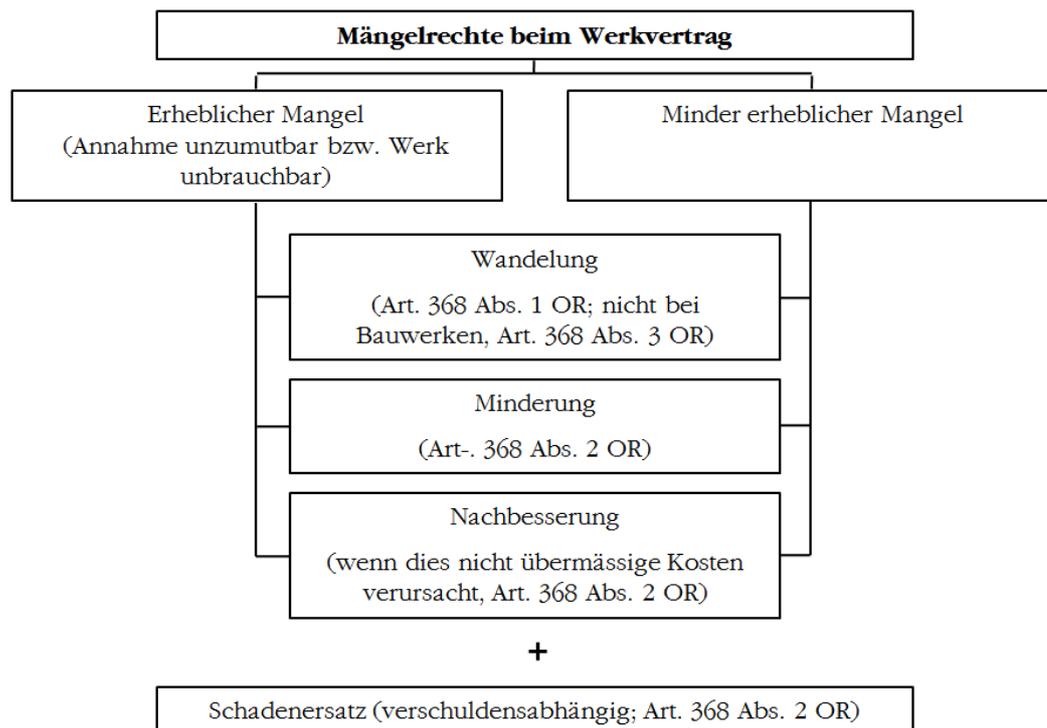


Abb. 44: Mängelrechte beim Werkvertrag

3.3.5.1 Wandelung

Wandelung bedeutet Aufhebung des Vertrages und **Rückforderung** der bereits erbrachten Leistungen. Die Rückleistungspflichten sind Zug um Zug zu erfüllen.

Die **Wandelung** setzt voraus, dass schwerwiegende Werkmängel vorliegen. Die Annahme des Werkes muss dem Besteller schlicht unzumutbar sein.

Bsp.: Eine Kundin lässt bei der Schreinerin Berta AG einen Küchentisch anfertigen. Die Länge des Tisches weicht um 20 cm von der vertraglich geschuldeten ab (zu lang). Der Tisch passt somit nicht an den vorgeesehenen Ort. Die Annahme dieses Werkes ist für die Kundin unzumutbar. Sie kann ihr Wandelungsrecht geltend machen.

Das Gesetz sieht in Art. 368 Abs. 3 OR folgende Einschränkung vor: Die Wandelung ist bei Werken, die auf dem Grund und Boden des Bestellers errichtet sind und nur mit unverhältnismässigen Nachteilen entfernt werden können, ausgeschlossen.

Bsp.: Ob dem Hersteller unverhältnismässige Nachteile drohen, beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalles, insbesondere nach dem Wert, den das Werk in Verbindung mit dem Grundstück hat und nach der Wertverminderung, die es im Fall einer Trennung erleiden würde (BGE 98 II 123 Erw. b).

3.3.5.2 Minderung

In Art. 368 Abs. 2 OR ist das **Minderungsrecht** als Recht des Bestellers umschrieben, «einen dem Minderwerte des Werkes entsprechenden Abzug am Lohne» vorzunehmen. In der Praxis erfolgt die Berechnung der **Herabsetzung nach der relativen Methode**, d.h. die volle Vergütung ist im Verhältnis des Wertes des mangelfreien zum mangelhaften Werk zu kürzen (vgl. Kap. D.1.4.6).

3.3.5.3 Nachbesserung

Das **Nachbesserungsrecht** aus Art. 368 Abs. 2 OR ist in der Praxis von grosser Bedeutung. Demnach hat der Unternehmer die **unentgeltliche Mängelbeseitigung** und nachträgliche Erwirkung des vertragsgemässen Zustandes des Werkes zu gewähren. Als Voraussetzung für die Geltendmachung des Nachbesserungsrechts verlangt Art. 368 Abs. 2 OR, dass dem Unternehmer durch die Nachbesserung nicht übermässige Kosten entstehen.

3.3.5.4 Schadenersatz

Vom Schadenersatzanspruch sind nur solche Schäden erfasst, die durch Mängel des abgelieferten Werkes verursacht worden sind (Mangelfolgeschäden). Das Gesetz verlangt auch ein Verschulden des Unternehmers (Art. 368 Abs. 2 OR).

Bsp.: Die Oberfläche des erwähnten Küchentischs wurde, anstatt wie vertraglich ausdrücklich abgemacht mit einer biologischen Lasur, mit einer hochgiftigen Lackfarbe behandelt (Werkmangel). Bereits der erste Kontakt mit der Tischplatte führt bei der Kundin zu gesundheitlichen Problemen, die eine ärztliche Behandlung notwendig machen (Mangelfolgeschaden). Die Kundin muss den Mangel rechtzeitig rügen und kann primär Wandelung oder allenfalls Nachbesserung und zusätzlich Ersatz des Mangelfolgeschadens (Arztkosten) geltend machen.

3.3.6 Freizeichnung

Die gesetzliche Gewährleistungsregelung im Werkvertragsrecht ist weitgehend dispositiver Natur. Wandelung, Minderung und Schadenersatz werden oftmals vertraglich ausgeschlossen und die Ansprüche des Bestellers auf Nachbesserung beschränkt. Diese Freizeichnung ist in den Grenzen von Art. 100 OR (d.h. keine Wegbedingung der Haftung für rechtswidrige Absicht oder Grobfahrlässigkeit) zulässig.

3.4 Die Pflichten des Bestellers

3.4.1 Annahme und Abnahme

Der **Besteller** muss das gehörig angebotene **Werk annehmen**, ansonsten er in **Annahmeverzug** gerät. Dabei handelt es sich aber nicht um eine Rechtspflicht, sondern lediglich um eine Obliegenheit. Demnach

nimmt der Besteller die für den Fall des Gläubigerverzugs (Art. 91 OR) vorgesehenen Nachteile in Kauf, wie z.B. dass der Schuldner berechtigt ist, die geschuldete Sache auf Gefahr und Kosten des Gläubigers zu hinterlegen und sich dadurch von seiner Verbindlichkeit zu befreien.

Von dieser Annahme des Werkes ist die **Genehmigung** des Werkes nach Art. 370 Abs. 1 OR zu **unterscheiden**. Mit der Genehmigung (Abnahme) entfallen alle Ansprüche des Bestellers, die bei ordnungsgemässer Prüfung hätten erkannt werden müssen. Nach Art. 370 Abs. 2 OR wird eine stillschweigende Genehmigung des Werkes dann angenommen, wenn der Besteller die Prüfung des Werkes und Anzeige nach Art. 367 Abs. 1 OR unterlässt. Falls die Mängel erst später entdeckt werden, muss die Anzeige sogleich erfolgen, andernfalls gilt das Werk als genehmigt (Art. 367 Abs. 3 OR).

Bsp.: Die Ausbildungsstätte Cleverlearn AG bestellt von der EDV-Firma Supersolution AG eine spezielle Weblösung für eine Lernplattform. Die Ablieferung des Werkes erfolgt mit der Installation der Plattform.

Variante a): Die Verantwortlichen der Cleverlearn AG prüfen die Anwendung, stellen erhebliche Mängel fest und informieren die Supersolution AG (Art. 367 Abs. 1 OR).

Variante b): Die Verantwortlichen der Cleverlearn AG vertrauen den Äusserungen der Supersolution AG, beim Test habe alles funktioniert, und verzichten ausdrücklich auf eine Prüfung. Das Werk gilt als genehmigt (Art. 370 Abs. 1 OR). Es zeigt sich aber, dass die Applikation überhaupt nicht funktioniert. Da die Mängel bei einer ordnungsgemässen Prüfung erkennbar gewesen wären, ist das Werk trotzdem genehmigt. Anders wäre zu entscheiden, wenn die Supersolution AG den Mangel arglistig verschwiegen hätte.

Variante c): Die Cleverlearn AG genehmigt nach einer Prüfung das Werk, das anfänglich auch gut funktionierte. Nach wenigen Tagen zeigen sich aber schwere Störungen. Die Cleverlearn AG muss die Supersolution AG sofort über die Mängel informieren (Art. 370 Abs. 3 OR).

3.4.2 Zahlung des Werklohnes

Die Modalitäten der Leistung einer Vergütung durch den Besteller sind in den Art. 372 bis 374 OR geregelt. Der Anspruch auf Zahlung des Werklohnes entsteht mit Abschluss des Vertrages. Die Fälligkeit tritt bei Ablieferung des Werkes in vertragsgemässigem Zustand ein. Abweichende Vereinbarungen über die Fälligkeit des Werklohnes sind zulässig und in der Praxis auch üblich, insbesondere in den SIA-Normen. Mangels anderer Vereinbarung ist der Werklohn Zug um Zug, d.h. bei Ablieferung des Werkes zu bezahlen (Art. 372 Abs. 2 OR).

3.4.3 Höhe der Vergütung

Beim Werklohn des Unternehmers geht das Gesetz vom Grundsatz des Festpreises aus. Nach Art. 373 Abs. 1 OR trägt der Unternehmer grundsätzlich die Preisgefahr. Der Unternehmer darf auch dann keine Erhöhung der Vergütung fordern, wenn er mehr Arbeit oder grössere Auslagen hatte. Andererseits muss der Besteller nach Art. 373 Abs. 3 OR auch dann den vollen Preis bezahlen, wenn der Unternehmer weniger Aufwand hatte, als vorgesehen. Dieses Unternehmerrisiko wird durch Art. 373 Abs. 2 OR eingeschränkt. Bei Vorliegen ausserordentlicher Umstände kann der Richter eine Preiserhöhung oder die Vertragsauflösung bewilligen.

Bsp.: Bei der Erstellung eines Bauwerkes stellen sich die geologischen Verhältnisse völlig anders dar, als dies der Unternehmer durch die «nach allen Regeln der Kunst» vorgenommenen Probebohrungen hat annehmen müssen und annehmen dürfen. Wenn nun die Bohrarbeiten länger dauern und dadurch Mehrkosten entstehen, kann der Richter den Werklohn angemessen erhöhen.

Falls die Höhe des Werklohnes nicht oder nur ungefähr vereinbart ist, wird er nach Art. 374 OR nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen unter Berücksichtigung eines angemessenen Unternehmergewinnes festgesetzt.

3.5 Beendigung des Werkvertrages

3.5.1 Überschreiten des Kostenansatzes

Hat der Unternehmer einen nur ungefähren Kostenvoranschlag erstellt, kann der Besteller sowohl während als auch nach der Ausführung des Werkes vom Vertrag zurücktreten, wenn eine unverhältnismässige Überschreitung vorliegt (Art. 375 Abs. 1 OR). Die Grenze der Verhältnismässigkeit liegt bei rund 10%.

Ein Vertragsrücktritt ist bei Bauten, die aufgrund und Boden des Bestellers errichtet worden sind, nicht sachgerecht. Deshalb sieht Art. 375 Abs. 2 OR vor, dass in solchen Fällen eine angemessene Herabsetzung des Lohnes verlangt werden kann, falls das Werk bereits vollendet wurde. Wenn die Baute noch nicht vollendet ist, kann der Besteller gegen eine Entschädigung für die bereits ausgeführten Arbeiten vom Vertrag zurücktreten.

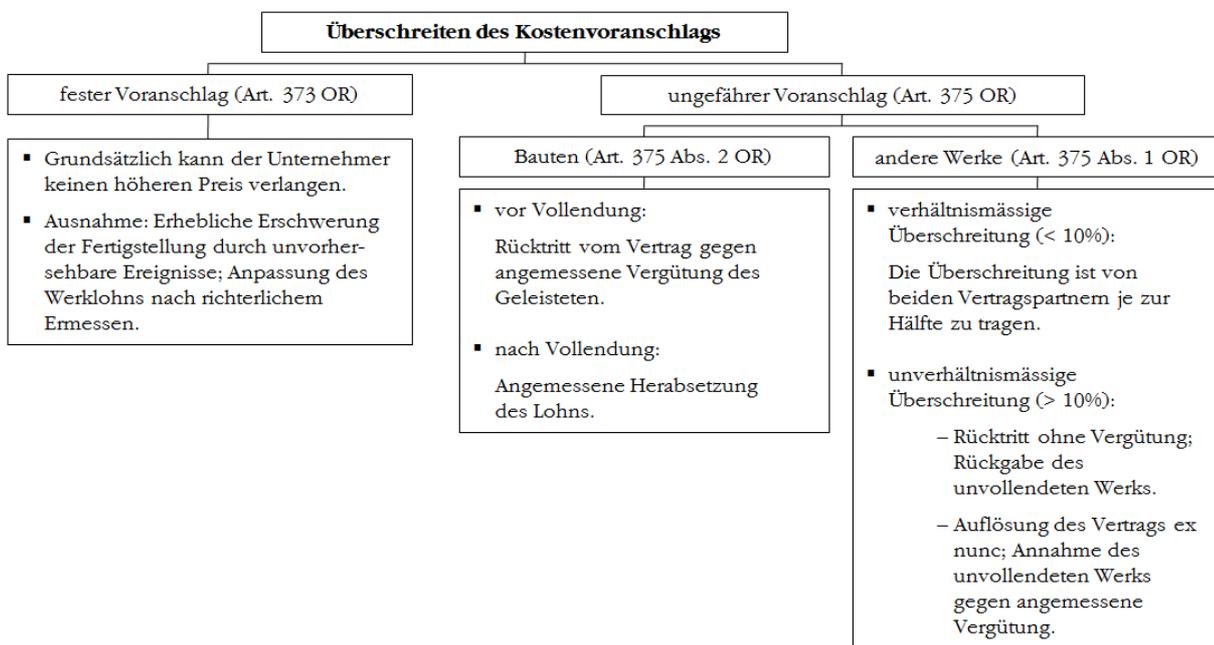


Abb. 45: Überschreiten des Kostenvoranschlags beim Werkvertrag

3.5.2 Rücktritt des Bestellers

Nach Art. 377 OR kann der Besteller vom Vertrag zurücktreten, solange das Werk noch unvollendet ist. Der Besteller muss aber die bereits geleistete Arbeit vergüten und den Unternehmer schadlos halten. Das bedeutet, dass der Werkunternehmer Ersatz des positiven Vertragsinteresses fordern kann.

3.5.3 Unmöglichkeit der Erfüllung

Während nach Art. 376 OR der Werkunternehmer die Lohngefahr für den Fall trägt, dass das Werk vor seiner Übergabe durch Zufall untergeht, regelt Art. 378 OR die objektive Unmöglichkeit der Werkausführung.

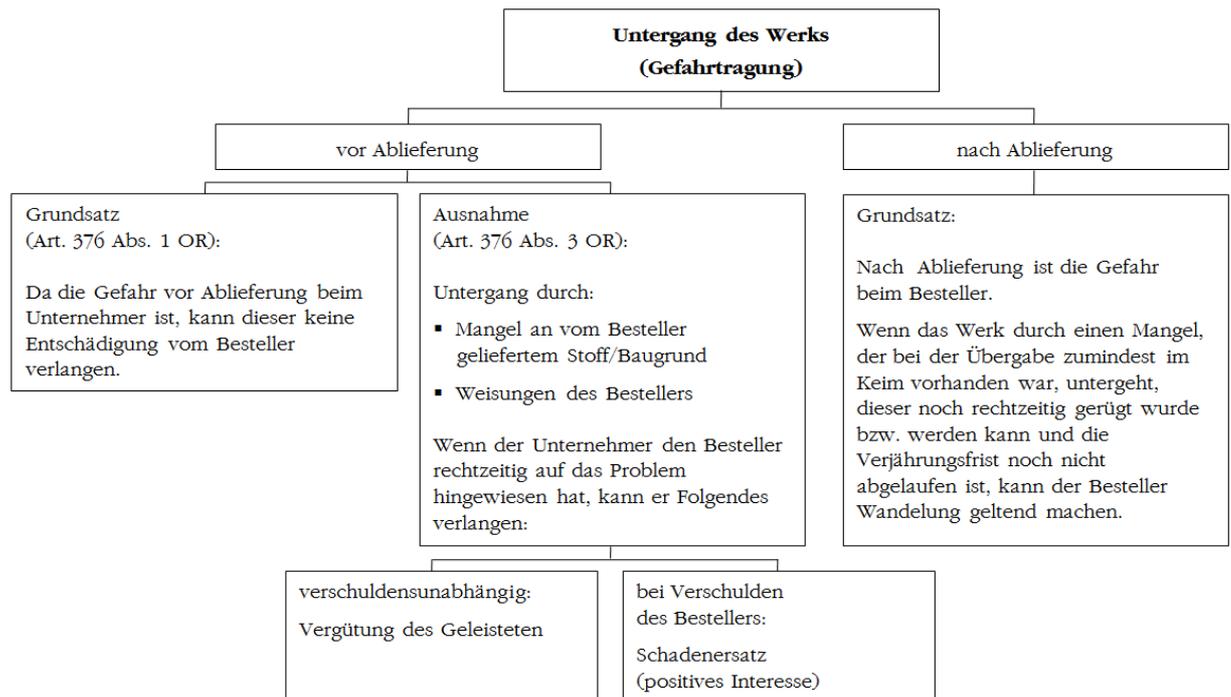


Abb. 46: Gefahrtragung beim Werkvertrag

Im Fall der objektiven Unmöglichkeit, das Werk auszuführen oder zu vollenden, hat der Unternehmer einen Anspruch auf Vergütung der geleisteten Arbeit und der im Preise nicht eingeschlossenen Auslagen, wenn der **Zufall beim Besteller** eingetreten ist (beachte auch den Randtitel von Art. 378 OR: «(...) aus Verhältnissen des Bestellers»). Liegt durch den Besteller verschuldete Unmöglichkeit vor, dann kann der Unternehmer darüber hinaus noch Schadenersatz verlangen (Art. 378 Abs. 2 OR).

Bsp.: Das dem Besteller gehörende Grundstück, auf dem ein Haus (Werk) erstellt werden soll, wird durch einen Erdbeben verwüstet. Der Zufall ist beim Besteller eingetreten. Der Werkunternehmer hat Anspruch auf Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und Auslagenersatz. Ein Schadenersatzanspruch würde nur dann bestehen, wenn der Besteller den Erdbeben selbst verschuldet hätte.

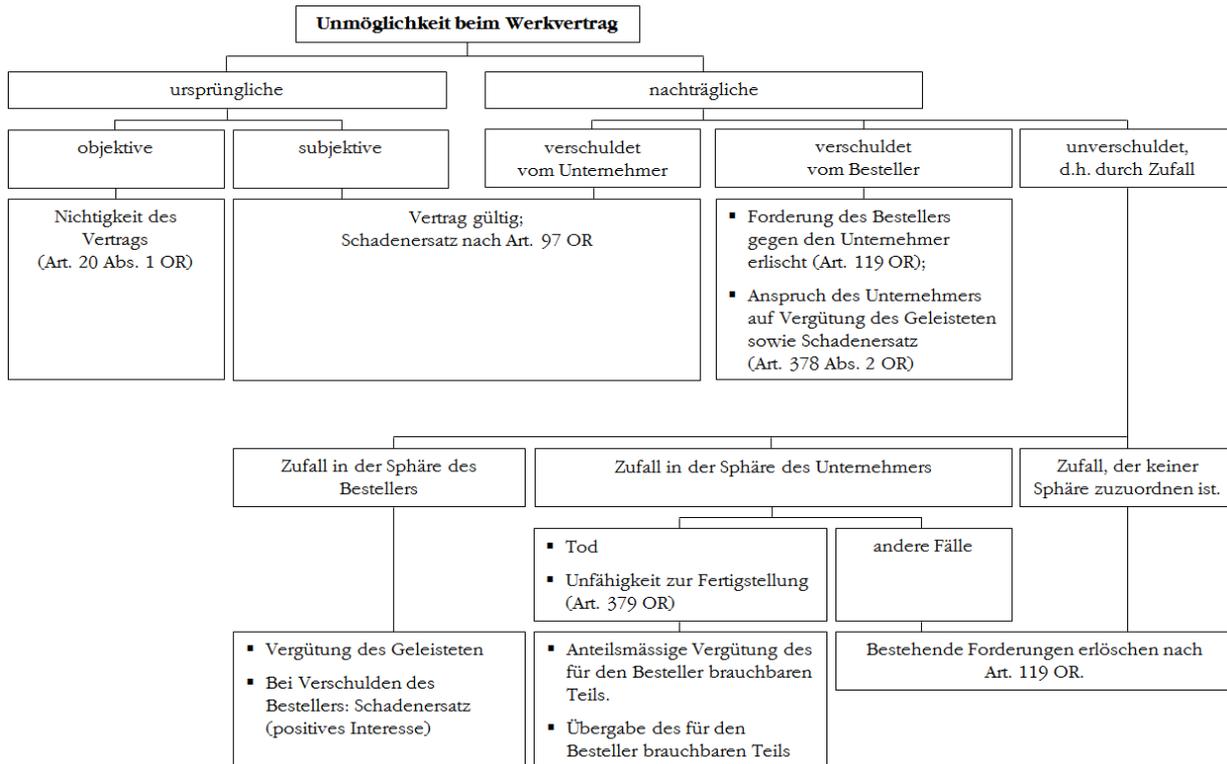


Abb. 47: Unmöglichkeit der Erfüllung des Werkvertrags

4. Der Auftrag

4.1 Allgemeines

4.1.1 Begriff und Geltungsbereich

Der **einfache Auftrag** ist in den Art. 394 bis 406 OR geregelt. Gemäss Art. 394 OR verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte im Interesse des Auftraggebers zu verrichten. Dabei kann sowohl die Vornahme eines Rechtsgeschäfts (Rechtshandlungsauftrag) als auch die Verrichtung einer Dienstleistung (Tathandlungsauftrag) als mögliches Geschäft in Frage kommen. Nach Art. 394 Abs. 3 OR ist beim Auftrag eine Vergütung geschuldet, wenn sie verabredet oder üblich ist.

Der Auftrag gehört zusammen mit dem Werkvertrag und dem Arbeitsvertrag zu den **Verträgen über Arbeitsleistungen**. Spezielle Auftragsformen sind der Kreditbrief und der Kreditauftrag (Art. 407 bis 411 OR), der Mäklervertrag (Art. 412 bis 418 OR) und der Agenturvertrag (Art. 418a bis 418v OR). Für diese Verträge ist das Auftragsrecht ergänzend heranzuziehen. Ein Verweis auf die ergänzende Geltung des Auftragsrecht findet sich auch in den Bestimmungen zur Kommission (Art. 425 Abs. 2 OR) und beim Frachtvertrag (Art. 440 Abs. 2 OR).

4.1.2 Abgrenzungen

Ein Auftrag ist rechtlich verbindlich, auch wenn er unentgeltlich ist, und verpflichtet dadurch den Beauftragten. Im Einzelfall kann die **Abgrenzung** gegenüber blossen **Gefälligkeiten** schwierig vorzunehmen sein. Ein zentrales Kriterium ist der **Rechtsbindungswille** des Beauftragten. Im Zweifel ist eher nicht von einem Auftrag auszugehen. Auch bei nicht gewerbsmässiger und **unentgeltlicher Beratung** (Erteilen von Auskünften, Gutachten o.ä.) besteht ohne rechtlichen Bindungswillen kein Raum für die Anwendung

von Auftragsrecht. Kommt es als Folge falscher Beratung zu einem Schaden, ist ausser einer Haftung nach den Regeln des Deliktrechts (Art. 41 OR) eine Haftung aus culpa in contrahendo denkbar.

Bsp.: Im BGE 124 III 369 bestätigte das Bundesgericht seine bisherige Praxis, eine Auskunft, «die weder in Ausübung eines Gewerbes noch sonst gegen Entgelt erteilt wird», nicht als Erfüllung einer vertraglich übernommenen Pflicht, sondern als ausservertragliches Handeln zu werten.

Bsp.: Anton hilft bei Bedarf, und wenn er gerade Zeit und Lust dazu hat, seinem Nachbarn bei der Gartenarbeit. Ein rechtlicher Bindungswille ist darin nicht zu erkennen, es ist deshalb von einer blossen Gefälligkeit auszugehen. Es liegt insbesondere kein Arbeitsvertrag vor, da es am Kriterium der Unterordnung fehlt. Anders verhält es sich, wenn Anton zusichern würde, beim Zurückschneiden der Bäume und Büsche zu helfen und der Nachbar daraufhin den vereinbarten Termin freihält, extra Arbeitsgeräte und einen Transport der Grünabfuhr organisiert. Darin wäre wohl ein rechtlicher Bindungswille erkennbar. In Frage kommt ein befristeter Arbeitsvertrag, Auftragsrecht oder Werkvertragsrecht (vgl. die nächsten Abschnitte).

Der Unterschied vom Auftrag zum **Werkvertrag** besteht hauptsächlich in der Qualifikation der geschuldeten Hauptleistung. Beim Werkvertrag ist der Erfolg, die Herstellung des bestellten Werkes, beim Auftrag ist ein sorgfältiges Tätigwerden im Hinblick auf den anzustrebenden Erfolg geschuldet. In französischer (Rechts)Sprache handelt es sich beim Auftrag um eine «obligation de moyen» und beim Werkvertrag um eine «obligation de résultat».

Bsp.: Nach Lehre und Rechtsprechung gilt beim **Architektenvertrag** für die Erstellung der Ausführungspläne, Kostenvoranschlag und Bauprojekt Werkvertragsrecht, für die Arbeitsvergabe und die eigentliche Bauaufsicht bzw. Bauführung Auftragsrecht. Beim Totalunternehmervertrag (der Totalunternehmer oder Generalunternehmer übernimmt die gesamte Ausführung eines Bauwerks) handelt es sich aber um einen Werkvertrag (BGE 114 II 53).

Für die Abgrenzung zum **Arbeitsvertrag** ist ein **Unterordnungsverhältnis** zum Arbeitgeber das wesentliche Merkmal. Im Gegensatz dazu ist der Beauftragte meist selbständig tätig. Zur Feststellung eines Unterordnungsverhältnisses sind u.a. die folgenden Merkmale zu beachten:

- Verpflichtung zu bestimmten Arbeitszeiten;
- Verpflichtung zur Tätigkeit an einem bestimmten Arbeitsplatz;
- Ausmass der Weisungsabhängigkeit.

Merke

Die richtige Vornahme der Abgrenzung zwischen Auftrag und Arbeitsvertrag ist ausserordentlich wichtig. Das Arbeitsvertragsrecht kennt zahlreiche zwingende Sozialschutzbestimmungen, die im Auftragsrecht nicht bestehen, wie z.B. der beschränkte Kündigungsschutz bei Krankheit (Art. 336 OR) und die zeitlich begrenzte Lohnfortzahlungspflicht bei unverschuldeter Verhinderung zur Arbeitsleistung (Art. 324a OR), sowie die Pflicht zu Sozialabgaben (AHV-Beiträge usw.) und beruflichen Vorsorgeleistungen (Pensionskassenbeiträge). Beim Auftrag muss dagegen (bei Überschreiten des Mindestumsatzes) die Mehrwertsteuer abgeliefert werden.

Bsp.: Y verpflichtet sich zur wöchentlichen Reinigung der Büroräumlichkeiten der X AG. Die Reinigung erfolgt immer zur gleichen Zeit und nach Anweisungen der X AG. Diese Merkmale deuten auf das Vorliegen eines Arbeitsvertrages hin.

Die **einfache Gesellschaft** ist ein Vertrag von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines **gemeinsamen Ziels** mit **gemeinsamen Kräften** und **Mitteln**. Bei den synallagmatischen Verträgen – dazu gehört auch der Auftrag – ist der **Interessengegensatz** zwischen den Vertragsparteien gerade das charakteristische Merkmal. Entscheidendes Kriterium zur Bestimmung, ob eine einfache Gesellschaft oder ein

Auftrag (oder ein anderer Vertrag auf Arbeitsleistung) vorliegt, ist das Vorhandensein oder Fehlen eines **gemeinsamen Zwecks**, den die Gesellschafter verfolgen. Sofern überwiegend nur Zwecke der einen Seite verfolgt werden, liegt ein Auftrag oder ein anderer Vertrag auf Arbeitsleistung vor.

Bsp.: Unter Würdigung der krassen Ungleichstellung zwischen Manager und Sängerin ist ein Managementvertrag mit einer angehenden Schlagersängerin nicht als einfache Gesellschaft, sondern als Auftrag zu qualifiziert (BGE 104 II 113).

Merke

Ob im konkreten Fall ein Auftrag, Werkvertrag, Arbeitsvertrag, eine einfache Gesellschaft oder eine blosse Gefälligkeit vorliegt, ist unter Würdigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Die **Bezeichnung des Vertrages** durch die Parteien bildet dabei höchstens ein Indiz für den Willen der Parteien, ist aber **nicht allein massgeblich**.

4.1.3 Auftrag und Vollmacht

Im Unterschied zum **Auftrag**, der das **Innenverhältnis** zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zum Inhalt hat, regelt die **Vollmacht** das **Aussenverhältnis** bzw. die Möglichkeit des Beauftragten, im Auftrag des Auftraggebers mit Dritten in rechtsgeschäftliche Beziehungen zu treten. Beim Rechtshandlungsauftrag tätigt der Beauftragte auf Rechnung des Auftraggebers Rechtsgeschäfte. Entweder handelt der Beauftragte im eigenen Namen als indirekter oder im Namen des Auftraggebers als direkter Stellvertreter. Für den zweiten Fall benötigt der Beauftragte eine Vollmacht. Nach der gesetzlichen Vermutung in Art. 396 Abs. 2 OR ist im Auftrag auch die Ermächtigung zu denjenigen Rechtshandlungen enthalten, die zu dessen Ausführung gehören. Eine besondere Vollmacht ist deshalb in der Regel nicht notwendig. Die Bestimmung dessen, was «zur Ausführung gehört», ist nach den konkreten Umständen zu beurteilen.

Bsp.: Ein zur Leitung eines grösseren Bauprojektes beauftragter Architekt beauftragt zu Lasten der Auftraggeberin für die Klärung technischer Fragen einen spezialisierten Ingenieur. Diese Rechtshandlung gehört zur Ausführung des Auftrages und bedarf deshalb keiner besonderen Ermächtigung.

Zum Schutze des Auftraggebers bestimmt das Gesetz in Art. 396 Abs. 3 OR einige Ausnahmefälle, in denen eine besondere Bevollmächtigung vorausgesetzt wird. Darunter fallen die Prozessführung, die Veräusserung von Grundstücken, der Abschluss eines Vergleichs, die Annahme eines Schiedsgerichts, das Eingehen von wechselrechtlichen Verbindlichkeiten oder die Vornahme von Schenkungen.

Bsp.: Der Rechtsanwalt benötigt also für die Vornahme von Rechtshandlungen für seine Klienten nicht nur einen Auftrag, sondern auch eine Vollmacht. Zu beachten ist aber auch das kantonale oder eidgenössische Prozessrecht.

Die **Bevollmächtigung** bewirkt den Eintritt der **Rechtswirkungen** unmittelbar beim **Vollmacht- bzw. Auftraggeber**. Im internen Verhältnis zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber wird die Vollmacht durch den Auftragsumfang begrenzt.

Merke

Auftrag und Vollmacht sind zu unterscheiden. Der Auftrag betrifft das Innen-, die Vollmacht das Aussenverhältnis.

4.1.4 Entstehung und Inhalt des Auftrages

Gemäss den allgemeinen Grundregeln kommt auch der Auftrag durch den Konsens der Parteien zustande (Art. 1 OR). Für bestimmte Geschäfte gilt der Auftrag als angenommen, sofern er nicht sofort abgelehnt wird. Nach Art. 395 OR zählen dazu Geschäfte, die der Beauftragte **kraft obrigkeitlicher Bestellung** (z.B. Pflichtenwältinnen oder Pflichtenanwälte) oder **gewerbsmässig** betreibt oder **zu deren Besorgung er sich öffentlich empfohlen** hat. Im Ergebnis bedeutet diese Bestimmung eine Konkretisierung der in Art. 6 OR stillschweigenden Annahme eines Antrages.

Bsp.: Das Treuhandbüro TAX AG preist auf Plakaten und in Zeitungsinseraten drei Wochen vor dem Termin zur Abgabe der Steuererklärung die Übernahme von Mandaten zum Ausfüllen der Steuererklärung an. A sendet unmittelbar nach Erscheinen der Werbekampagne seine Unterlagen an die TAX AG. Vier Wochen später richtet die TAX AG an A einen Absagebrief. Der Auftrag könne aus Kapazitätsgründen leider nicht angenommen werden. A stellt sich zu Recht auf den Standpunkt, der Vertrag sei zustande gekommen. Die Werbeaktion der TAX AG bildete eine «Offerte zur Offertstellung» und erfüllt das Tatbestandselement «öffentliche Empfehlung der Besorgung» von Art. 395 OR. Gestützt darauf hat A mit dem Einreichen der Unterlagen eine Offerte gestellt. Die TAX AG hätte den Auftrag sofort ablehnen müssen, was sie aber unterlassen hat. Bereits an dieser Stelle ist aber zu erwähnen, dass nach Art. 404 OR beim Auftrag ein jederzeitiges Rücktrittsrecht zwingend vorgesehen ist.

Merke

Ein Auftrag kann auch durch Stillschweigen zustande kommen.

Das Gesetz sieht für den Auftrag **keine Formvorschriften** vor. Ob der Grundsatz der Formfreiheit auch dann gelten soll, wenn der Auftrag ein formpflichtiges Geschäft, wie z.B. einen Grundstückkauf zum Inhalt hat, ist in der Lehre umstritten, wird aber vom Bundesgericht bejaht.

Bsp.: Die öffentliche Beurkundung eines Grundstückkaufes erfordert die richtige Angabe des Vertretungsverhältnisses in der Urkunde. Der Vertreter kann aber formlos ermächtigt werden (BGE 112 II 332).

Als **Inhalt eines Auftrages** kommen in den Schranken der **Vertragsfreiheit** alle denkbaren «Geschäfte» oder «Dienste» (vgl. Art. 394 Abs. 1 OR) in Frage. Die **Parteien** bestimmen den Umfang des zu besorgenden Geschäftes. Bei Vertragslücken bestimmt sich gemäss Art. 396 Abs. 1 OR der Umfang nach «der Natur des zu besorgenden Geschäfts». Für eine nähere Inhaltsbestimmung sind die Interessen des Auftraggebers an der getreuen Erfüllung des Auftrages ebenso zu berücksichtigen wie allfällige besondere Fachkenntnisse des Auftragnehmers, die einen grösseren Ermessensspielraum rechtfertigen.

Bsp.: A begibt sich wegen diffuser Schmerzen zum Arzt. Er will vom Arzt Informationen über mögliche Ursachen und Angaben über mögliche Therapien. Inhalt dieses Auftrages ist also zunächst das Stellen einer Diagnose. Dies bedingt eine Anamnese und allenfalls diagnostische Untersuchungen. Die besonderen Fachkenntnisse des Arztes rechtfertigen beispielsweise eine Rücksprache mit einem Fachkollegen oder die Anordnung von zusätzlichen Untersuchungen. Auf jeden Fall ist jeder ärztliche Eingriff nur nach Einwilligung des informierten Patienten zulässig.

Merke

Beim Vertrag zwischen **Patient und Privatarzt** handelt es sich um ein typisches Beispiel für einen **Auftrag**. Geschuldet ist das sorgfältige Tätigwerden des Arztes nach den Regeln der ärztlichen Kunst, nicht aber die Wiederherstellung der Gesundheit.

4.2 Pflichten des Beauftragten

4.2.1 Allgemeines

Das besondere **Vertrauensverhältnis** zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer ist beim Auftrag zentral. Dieses Vertrauensverhältnis kommt sowohl bei der Rechtsstellung des Auftraggebers als auch bei derjenigen des Beauftragten zum Ausdruck.

4.2.2 Vertragsgemässe Ausführung

Der Beauftragte schuldet eine Tätigkeit für den Auftraggeber gemäss Auftrag (Art. 394 Abs. 1 OR). Nach Art. 397 Abs. 1 OR ist der Beauftragte an allfällige Weisungen des Auftraggebers gebunden. Das Vertrauen, das der Auftraggeber dem Beauftragten mit der Erteilung des Auftrages entgegenbringt, verlangt, dass dieser das übertragene Geschäft nach Treu und Glauben und der gebotenen Sorgfalt ausführt (Art. 398 Abs. 2 OR). Diese **Treuepflicht** schliesst die Pflicht ein, die **Interessen des Auftraggebers** in jeder Hinsicht **zu wahren**. So ist z.B. jede Kollision mit eigenen Interessen oder solchen von anderen Mandanten zu vermeiden. Die Treuepflicht umfasst im Weiteren auch die Geheimhaltungspflicht über Informationen, die dem Beauftragten anvertraut worden sind.

Bsp.: Paul Roth will seinen innovativen Betrieb CLEVER AG verkaufen und nimmt in diesem Zusammenhang die Beratungsdienste des Treuhänders Kuno Moser in Anspruch. Dieser empfiehlt als Käufer die ihm bestens bekannte hochverschuldete FUNY AG, die eigentlich nur Interesse an Paul Roths Patent für eine ökologische WC-Spülung hat. Die FUNY AG lässt sich auch durch Kuno Moser beraten. Im Auftragsverhältnis zwischen Paul Roth (Auftraggeber) und Kuno Moser (Auftragnehmer) verletzt Kuno Moser klarerweise die Treuepflicht, da er entgegen seiner Treuepflicht nicht auf die finanzielle Situation der FUNY AG aufmerksam macht. Durch den Beratungsauftrag zwischen Kuno Moser und der FUNY AG entsteht zusätzlich eine Interessenkollision.

Zur richtigen Erfüllung der Pflichten des Auftragnehmers gehört auch die **persönliche Ausführung** des Auftrages, soweit nicht die ausdrückliche Weisung des Auftraggebers, besondere Umstände in der Person des Beauftragten oder die Übung die Besorgung des Geschäfts durch einen Dritten zulassen (Art. 398 Abs. 3 OR).

Bei der **Übertragung** des Auftrages auf einen (besser qualifizierten) **Dritten** handelt es sich dann um eine **Substitution**, wenn die Übertragung im Interesse des Auftraggebers erfolgt. Die Substitution ist vom **Beizug von Hilfspersonen** zu unterscheiden. Bei Letzterem bleibt der Beauftragte Schuldner der ganzen Leistungen, während bei der erlaubten Substitution die (dem Gläubiger) zu erbringende Leistung vom Substitut geschuldet ist. Die Unterscheidung ist insbesondere für Fragen der Haftung zentral. Bei der befugten Substitution haftet der Beauftragte nach Art. 399 Abs. 2 OR nur für gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Dritten, nicht aber für dessen Überwachung. Für die Handlungen seiner Hilfspersonen hat der Beauftragte aber im Rahmen von Art. 101 OR einzustehen.

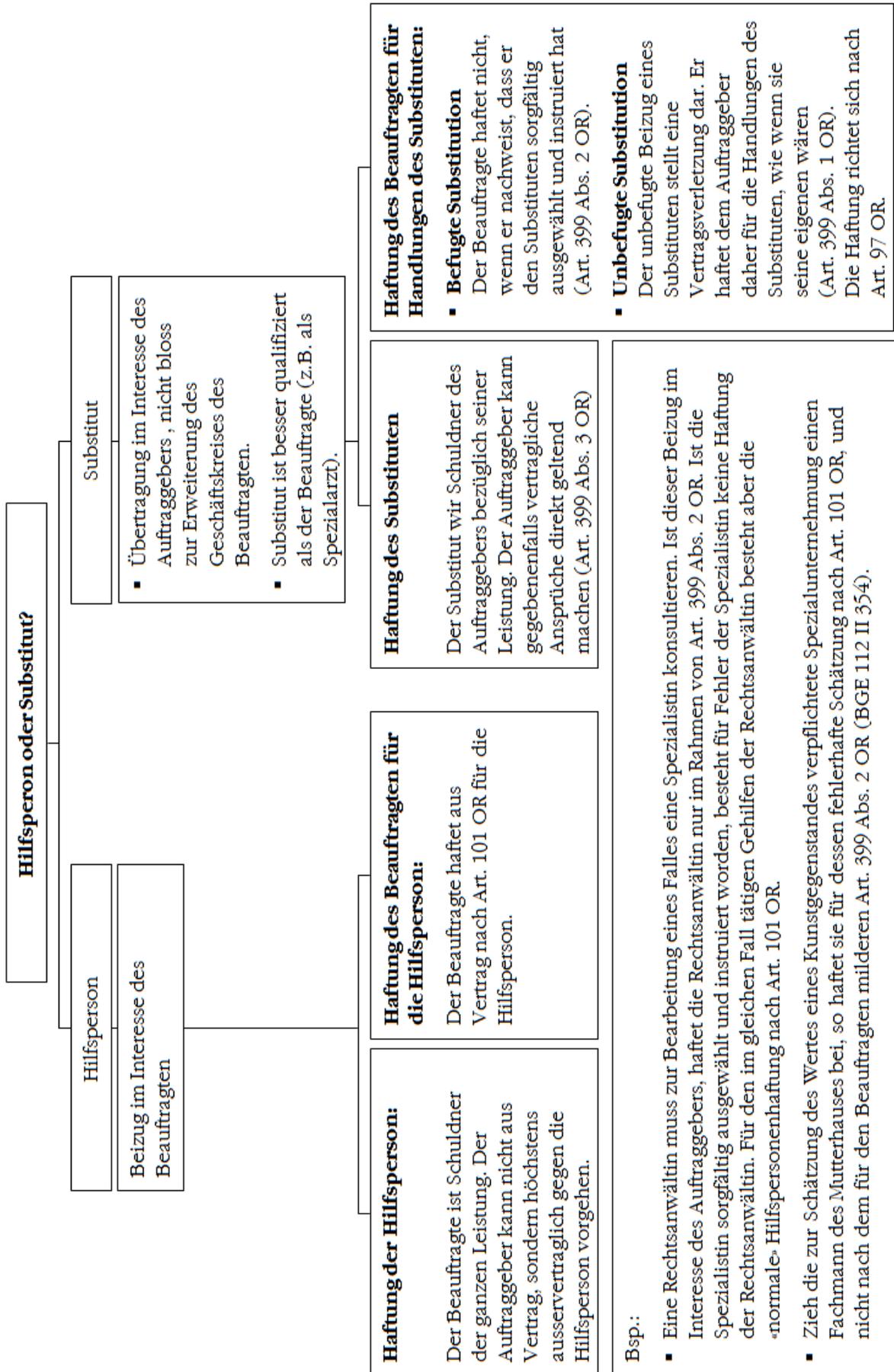


Abb. 48: Hilfsperson oder Substitut? Abgrenzung und Haftungsverhältnisse.

4.2.3 Sorgfaltsmassstab

Der Umfang der Sorgfaltspflicht bemisst sich beim Auftrag nach objektiven Kriterien. **Massstab** ist die Sorgfalt, welche ein **gewissenhafter Beauftragter in der gleichen Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte** anzuwenden pflegt. Übt der Beauftragte seine Tätigkeit berufsmässig aus, sind die Anforderungen an die Sorgfalt höher. Für bestimmte Berufsarten, wie z.B. Notare, haben die Kantone zum Schutz der Auftraggeber und der Öffentlichkeit besondere **Sorgfaltspflichten (öffentlich-rechtliche)** aufgestellt.

Bsp.: Ein Rechtsanwalt haftet gegenüber seinem Klienten, wenn er einen klar erkennbaren Irrtum in den Instruktionen zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht berichtigt (BGE 117 II 568).

Bei einem Arztvertrag handelt es sich um einen typischen Auftrag. Der Arzt schuldet nicht den Erfolg, sondern ein sorgfältiges Wirken nach den Regeln der Kunst. Unsorgfältiges Wirken ist ein Kunstfehler, für den der Arzt einzustehen hat. Zu den Sorgfaltspflichten eines Arztes gehört auch eine umfassende **Aufklärung des Patienten** vor einem ärztlichen Eingriff.

4.2.4 Rechenschafts- und Erstattungspflicht

Auf Verlangen des Auftraggebers muss der Beauftragte jederzeit über seine **Geschäftsführung Rechenschaft ablegen** und **alles erstatten**, was ihm (dem Beauftragten) im Rahmen der Geschäftsführung aus irgendeinem Grunde zugekommen ist (Art. 400 Abs. 1 OR). Nach Art. 401 Abs. 2 OR hat der Auftraggeber zudem Gelder, mit deren Ablieferung er sich in Rückstand befindet, zu verzinsen. Die Rechenschaftspflicht ist notwendige Voraussetzung für eine Erstattungspflicht.

Je nach Art des Auftrages wird die auftragsrechtliche **Rechenschaftspflicht** durch spezialgesetzliche Normen ergänzt. Im **privatrechtlichen** Verhältnis Arzt-Patient bildet Art. 400 Abs. 1 OR eine Grundlage für das Führen einer vollständigen, wahrheitsgemässen und klaren Krankengeschichte. Auch die ärztlichen Standesordnungen sehen die Pflicht zur Führung von Krankengeschichten ausdrücklich vor. Der **Patient** kann gestützt auf das Auftragsverhältnis (Art. 400 Abs. 1 OR) von seinem **Arzt** Einsicht in die Krankengeschichte verlangen.

Oft kommen dem Arzt im Rahmen einer Behandlung Gutachten, Berichte anderer Ärzte, Austrittsberichte von Spitälern, Röntgenbilder usw. zu. Gestützt auf die Pflicht in Art. 400 Abs. 1 OR hat der Patient einen Herausgabeanspruch.

Bsp.: Reto hat vor fünf Jahren einen schweren Unfall erlitten und liess sich während eines Monats in einem Privatspital und danach bei zahlreichen privaten Ärztinnen und Ärzten behandeln. Er will nun nach Paraguay auswandern und möchte im Hinblick auf eine allenfalls notwendige Fortsetzung der Behandlung wichtige Unterlagen mitnehmen. Reto Blaser kann gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR Einsicht in die jeweiligen Krankengeschichten verlangen. Nach Einsicht in die Unterlagen kann er die ihm geeignet scheinenden Unterlagen wie Röntgenbilder oder wichtige Berichte herausverlangen.

4.3 Pflichten des Auftraggebers

4.3.1 Allgemeines

Bei der Rechtsstellung des Auftraggebers ist zwischen den Beziehungen des Auftraggebers zum Beauftragten und den Beziehungen zu etwaigen Dritten zu unterscheiden. Gegenüber **Drittpersonen** entstehen für den Auftraggeber überall dort Rechte und Pflichten, wo die Ausführung des Auftrages die Vornahme von Rechtsgeschäften, wie z.B. den Abschluss von Verträgen durch den Beauftragten, mit einschliesst.

Der Auftraggeber hat gegenüber dem Beauftragten folgende zentralen Verpflichtungen:

- Leisten einer Vergütung (Art. 394 Abs. 3 OR);
- Ersatz von Auslagen (Art. 402 Abs. 1 OR);
- Befreiung von Verbindlichkeiten (Art. 402 Abs. 1 OR);
- Ersatz eines Schadens (Art. 402 Abs. 2 OR).

4.3.2 Leisten einer Vergütung und Auslagenersatz

Nach Art. 394 Abs. 3 OR kann der Auftrag **entgeltlich oder unentgeltlich** sein. Bei berufsmässiger Dienstleistung ist der Auftrag in der Regel entgeltlich. Wurde eine Vergütung verabredet, nicht aber ein konkreter Betrag festgesetzt, ist ein solcher nach allfälliger Übung oder im Streitfall durch den Richter nach allgemeinen Grundsätzen und nach den Umständen des Einzelfalls festzulegen. Die Vergütung ist auch dann geschuldet, wenn der Auftrag nicht erfolgreich war, wie z.B. wenn der Anwalt den Prozess verloren hat oder der medizinische Eingriff misslungen ist. Der Honoraranspruch entfällt nur dann, wenn der Auftrag unsorgfältig ausgeführt wurde (vgl. vorne, Sorgfaltsmassstab).

Von der Vergütung zu unterscheiden ist die Pflicht des Auftraggebers, **Auslagen und Verwendungen** des Beauftragten, die dem Beauftragten in korrekter Ausführung des Auftrages entstanden sind, zu **ersetzen** (Art. 402 OR). Musste der Beauftragte im Rahmen der Ausführung des Auftrages einen Kredit aufnehmen, sind auch die Zinsen zu ersetzen. Diese Verpflichtung ist auch dann wirksam, wenn eine Vergütung weder verabredet noch üblich ist.

Achtung

Ein unentgeltlicher Auftrag ist (aus der Perspektive des Auftraggebers) nicht notwendigerweise ein «Gratisauftrag» (gratis ist nur die Arbeit).

Bsp.: Die fünfjährige Sara fällt vom Kirschenbaum und verletzt sich dabei. Ihre Mutter hat kein Auto und bittet die Nachbarin, mit ihr und Sara ins 15 Kilometer entfernte Spital zu fahren. Nach drei Stunden sind alle drei wieder zu Hause. Eine Abmachung über eine Entschädigung wurde nicht getroffen und ist in solchen Notfallsituationen auch nicht üblich. Hier liegt ein Auftrag nach Art. 394 Abs. 1 OR vor. Die Nachbarin kann auf jeden Fall gestützt auf Art. 402 OR die Kosten für das Benzin und Parkgebühren geltend machen.

4.4 Beendigung des Auftrages

4.4.1 Jederzeitiger Widerruf

Für die Beendigung des Auftragsverhältnisses gelten die üblichen Regeln über den Untergang der Obligation. Eine auftragsrechtliche Besonderheit stellt aber Art. 404 OR dar, wonach der Auftrag von jeder Partei jederzeit widerrufen oder gekündigt werden kann. Der **Widerruf** bezieht sich auf einen Auftrag, mit dessen Umsetzung noch gar nicht begonnen worden ist. Die **Kündigung** (durch Auftraggeber oder Auftragnehmer) erfolgt während der Ausführung des Auftrages. Das freie Widerrufs- und Kündigungsrecht darf weder vertraglich ausgeschlossen noch beschränkt werden, da es sich um eine zwingende Bestimmung handelt. In der Rechtsprechung und einem Teil der Lehre wird der **zwingende Charakter** von Art. 404 OR mit der besonderen **Vertrauensstellung** zwischen dem Beauftragten und dem Auftraggeber begründet. Bei einem zerstörten oder gestörten Vertrauensverhältnis ist die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht mehr sinnvoll.

Bsp.: Das jederzeitige Rücktrittsrecht ist zwingend und gilt sowohl für den reinen Auftrag als auch für gemischte Verträge, für welche hinsichtlich der zeitlichen Bindung der Parteien die Bestimmungen des Auftragsrechts als sachgerecht erscheinen (BGE 115 II 464).

Kündigung und Widerruf wirken ex nunc. Für bereits geleistete Arbeit besteht Anspruch auf Vergütung.

4.4.2 Schadenersatz bei Widerruf oder Kündigung zur Unzeit

Die Folgen des jederzeitigen Widerrufsrechts werden in Art. 404 Abs. 2 OR insoweit gemildert, als die Vertragspartei, die den Auftrag widerruft oder kündigt, gegenüber der anderen Partei schadenersatzpflichtig wird, wenn der **Widerruf oder die Kündigung zur Unzeit** erfolgt ist. Unzeitig ist ein Widerruf oder eine Kündigung ohne Vorliegen wichtiger Gründe in einem für die andere Partei ungünstigen Zeitpunkt, wie z.B. wenn der Auftraggeber aus zeitlichen Gründen keine anderen Dispositionen (Wahl eines anderen Beauftragten) mehr treffen kann. Der Schadenersatz umfasst nur den Ersatz des negativen Vertragsinteresses.

Bsp.: Unzeitig ist der Widerruf des Bauherrn, wenn der Architekt zum Widerruf keinen begründeten Anlass gegeben hat und die Vertragsauflösung hinsichtlich des Zeitpunkts und der vom Architekten getroffenen Dispositionen für diesen besonders nachteilig ist (BGE 110 II 383).

Merke

Der Auftrag kann zwar jederzeit widerrufen werden, bei Kündigung zur Unzeit ist aber Schadenersatz geschuldet.

5. Nominat- und Innominatverträge

5.1 Allgemeines

Verträge können in Nominat- und Innominatverträge unterteilt werden (vgl. B.5.1).

Nominatverträge sind gesetzlich geregelte und Innominatverträge sind gesetzlich nicht geregelte Vertragstypen. Die Nominatverträge sind vorwiegend im besonderen Teil des Obligationenrechts (Art. 184 ff. OR) enthalten. Auch zu den Nominatverträgen zählen die in Spezialgesetzen geregelten Vertragstypen.

Grundsätzlich besteht für Vertragsparteien kein Zwang, für ihre Rechtsgeschäfte die gesetzlich geregelten Vertragstypen zu verwenden, da kein numerus clausus der Verträge (Typenzwang) besteht. Als Ausnahme hiervon besteht aus Gründen der Rechtssicherheit ein numerus clausus im Gesellschafts-, Wertpapier-, Familien- und Sachenrecht.

Auf der Grundlage der im Schuldrecht herrschenden Typenfreiheit (Art. 19 Abs. 1 OR) steht es den Vertragsparteien frei, neue Vertragstypen zu schöpfen sowie auch gesetzlich geregelte Verträge zu kombinieren oder abzuändern.

Bei neuen Vertragstypen handelt es sich zumeist um Kombinationen von Elementen der gesetzlich geregelten Typen. So enthält z.B. der Leasingvertrag Elemente aus Kauf und Miete. Obwohl aus Elementen von gesetzlich geregelten Typen zusammengesetzt, ordnet man diese Vertragstypen im Hinblick auf ihre Verkehrsgeltung den Innominatverträgen zu.

Bsp.: In der Praxis werden häufig folgende Innominatverträge verwendet: Leasing, Franchising, Factoring, Alleinvertriebsvertrag, etc.

Die **Nominatverträge** regeln auf abstrakter Ebene eine grosse Zahl von möglichen Sachverhalten. Deshalb werden meistens bestehende «Rechtsgefässe» verwendet anstatt neue kreiert, und es erstaunt nicht,

dass die meisten Innominatverträge aus Elementen der Nominatverträge bestehen. Zu Neubildungen führen ändernde Bedürfnisse des Verkehrs.

Aus Gründen der Rechtssicherheit wurden einzelne früher entstandene Innominatverträge vom Gesetzgeber geregelt und gehören heute zu den Nominatverträge, wie z.B. der Werklieferungsvertrag (Art. 365 OR; zusammengesetzt aus Kauf- und Werkvertrag) und der Tausch (Art. 237 OR; bei dem beide Parteien die Hauptleistung des Verkäufers zu erbringen haben). Ferner wurden einige Vertragstypen aus der Spezialgesetzgebung ins OR geholt, wie etwa der Agenturvertrag (Art. 418a-v OR).

Nominatverträge haben eine grosse Bedeutung, da sie den Rechtsverkehr erleichtern. Die Parteien brauchen lediglich die objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkte zu verabreden. Der übrige Inhalt richtet sich dann nach den gesetzlichen Bestimmungen.

5.2 Arten von Innominatverträgen

Es ergeben sich folgende mögliche Vertragsformen und Vertragskonstellationen:

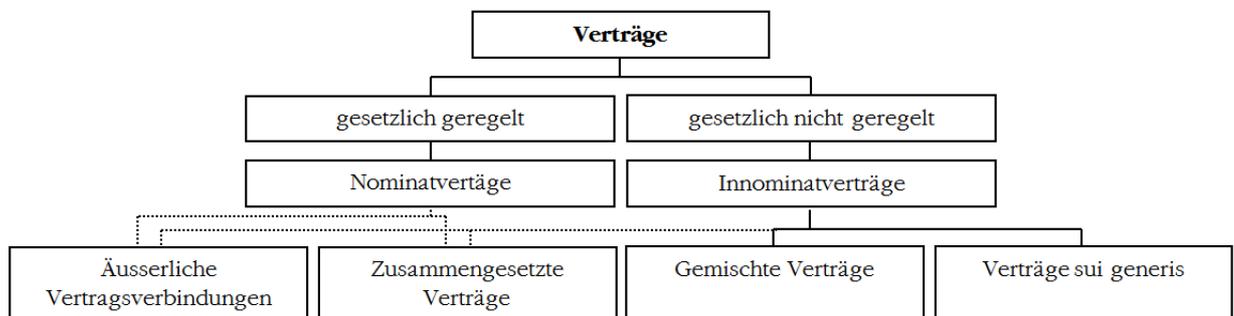


Abb. 49: Nominat- und Innominatverträge

5.2.1 Äusserliche Vertragsverbindung

Eine äusserliche Vertragsverbindung liegt vor, wenn zwei grundsätzlich unabhängige Verträge gleichzeitig abgeschlossen werden. Der zeitliche Zusammenhang ergibt sich aber rein zufällig. Der Bestand und die Wirkung der Verträge sind voneinander völlig unabhängig.

Bsp.: Herr Schuhmacher kauft beim Autohändler zwei verschiedene Fahrzeuge.

5.2.2 Zusammengesetzter Vertrag

Ein zusammengesetzter Vertrag (Vertragsverbindung oder kombinierter Vertrag) liegt vor, wenn mehrere, grundsätzlich selbständige Verträge, miteinander verbunden werden, um eine Abhängigkeit zwischen ihnen zu schaffen. Beim zusammengesetzten Vertrag handelt es sich also um Verknüpfungen verschiedener Nominat- oder Innominatverträge.

Bsp.: Der Bierlieferungsvertrag, bei welchem die Brauerei dem Gastwirt die Einrichtung unentgeltlich überlässt und ihn im Gegenzug zu einem längerfristigen Bierbezug verpflichtet.

Wenn ein Unternehmen sich verpflichtet, ein Kraftwerk zu bauen, die erforderlichen Maschinen zu liefern, das Personal in die Bedienung der Maschinen einzuweisen, das Management zu übernehmen und die Gegenleistung in der Lieferung von Rohöl besteht (BGE 97 II 390, 395).

5.2.3 Gemischter Vertrag

Ein **gemischter Vertrag** liegt vor, wenn ein einheitlicher Vertrag mehrere charakteristische Hauptleistungen oder andere Elemente verschiedener Vertragstypen enthält. Es sind demnach nicht mehrere Verträge miteinander verbunden. Die Abgrenzung zu den Vertragsverbindungen ist dabei fließend.

Bsp.: Leasingvertrag, bestehend aus kauf- und mietrechtlichen Elementen, vgl. BGE 119 II 236, 239 f.

Die gemischten Verträge können in vier Gruppen unterteilt werden:

- Verträge mit einem atypischen Element:

Ein Vertrag mit einem atypischen Element ist z.B. der Kauf einer Maschine mit Montage. Der Umfang der Nebenleistung (Montage) bestimmt, inwiefern das Recht der Nebenleistung zur Anwendung kommt. Dies wird deutlich, wenn die Montagearbeiten umfangreich sind und somit Werkvertragsrecht zur Anwendung gelangt.

- Verträge mit anderstypischer Gegenleistung:

Ein Vertrag mit anderstypischer Gegenleistung ist beispielsweise die Anstellung eines Hausmeisters mit keinem oder einem nur geringen Lohn für die Hausbesorgung, als Gegenleistung kann er unentgeltlich die Wohnung benutzen.

- Kombinationsverträge:

Ein Kombinationsvertrag enthält verschiedene Elemente, die alle den gleichen Zweck verfolgen. Beispielsweise ist der Gastaufnahmevertrag mit einem Hotel ein Kombinationsvertrag, der Hotelunterbringung sowie Verpflegung gegen einheitliches Entgelt beinhalten kann.

- Typenvermischung:

Die Typenvermischung kommt vor, wenn ein Vertrag zwischen zwei Typen des Gesetzes steht, wie z.B. die gemischte Schenkung (d.h. Kauf zu sehr tiefem Preis).

5.2.4 Vertrag sui generis

Ein Vertrag sui generis liegt vor, wenn sich ein Vertrag keiner Vertragsart des besonderen Teils des OR zuordnen lässt (Vertrag eigener Art). Er stellt eine Neuschöpfung der Vertragsparteien dar.

Bsp.: Lizenzvertrag (BGE 115 II 255, 257); oder der Vertrag über den Transfer eines Sportlers von einem Verein zum anderen.

5.3 Rechtsanwendung bei gesetzlich nicht geregelten Verträgen

Zunächst gelten die Regeln, welche die Parteien selbst im Vertrag festgelegt haben. Fehlen solche, sind die Lücken zu ergänzen, wobei primär nach dem vermuteten Willen der Partei auszugehen ist. Sodann sind die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu beachten. Bleibt der Vertrag lückenhaft, kommt das Gesetz zur Anwendung, was bei Innominatverträgen zu Problemen führen kann, zumal diese Vertragstypen sich gerade dadurch auszeichnen, dass sie nicht im Gesetz geregelt sind. Folglich stellt sich die Frage, welche Regeln des OR BT neben den Vorschriften des OR AT anzuwenden sind.

Bei der Annahme eines Innominatvertrags können auf das einzelne gesetzlich geregelte Vertrags-element nicht einfach die jeweiligen gesetzlichen Vorschriften direkt angewendet werden.

Insbesondere ist folgende Unterscheidung zu treffen: Erstens geht es um die Frage, inwieweit zwingende Bestimmungen (z.B. Formvorschriften) eines bestimmten Vertragstyps auch auf einen Innominatvertrag

anwendbar sind. Zweitens geht es um die Frage, durch welche Regeln des dispositiven Rechts der Vertrag zu ergänzen ist.

Im Hinblick auf die Frage der zwingenden Bestimmungen wird nach den allgemeinen Regeln der Analogie vorgegangen, indem geprüft wird, welchen Zweck die jeweilige zwingende Norm verfolgt. Ist die Interessenlage beim in Frage stehenden Innominatvertrag vergleichbar, so ist die zwingende Bestimmung entsprechend auch auf diesen anzuwenden.

Mit Bezug auf die Behandlung des dispositiven Rechts bzw. der Vertragsergänzung kommt eine der folgenden Theorien zur Anwendung:

Die **Absorptionstheorie** unterwirft das Vertragsverhältnis nur einem gesetzlichen Typus, der beim fraglichen Vertragsverhältnis im Vordergrund steht. Der dominante gesetzlich geregelte Vertragstyp wird angewendet. Die anderen Normen und deren Rechtsfolgen werden dabei vom dominanten Vertragstyp absorbiert.

Bsp.: Bei der gemischten Schenkung wird ausschliesslich Schenkungsrecht angewendet, wenn der Preis nur symbolisch ist. Hingegen kommt nur Kaufrecht zur Anwendung, wenn der Geldanteil vorherrscht.

Die **Kombinationstheorie** unterwirft den Vertrag nicht einem bestimmten gesetzlichen Typus, sondern es werden jeweils die passenden Einzelanordnungen herangezogen. Die gesetzlichen Regeln der verschiedenen Vertragstypen werden einzeln angewandt. Die einzelnen Elemente des Vertrages werden in die vertragstypischen Tatbestandsmerkmale zerlegt und die jeweils entsprechenden Gesetzesregeln angewandt.

Bsp.: Die Mitgliedschaft im Ärztekollegium einer Privatklinik umfasst Elemente von Miete, Gebrauchsleihe, Arbeitsvertrag und Gesellschaftsvertrag. So müsste für die gesellschaftlichen Elemente Gesellschaftsrecht, für die arbeitsrechtlichen Elemente Arbeitsrecht und für mietrechtlichen Elemente Mietrecht angewendet werden.

Die **Theorie der analogen Rechtsanwendung** unterscheidet sich von der Kombinationstheorie dadurch, dass sie die gesetzlichen Vorschriften nicht unmittelbar, sondern lediglich entsprechend angewandt wissen will. Dahinter steht die Überlegung, dass ein Innominatvertrag nicht auseinander gerissen und seine Elemente isoliert betrachtet werden dürfen.

Bsp.: Bei der Mitgliedschaft im Ärztekollegium einer Privatklinik würden bei der Auslegung der mietrechtlichen Frage das Gesellschaftselement und das Gebrauchsleiheelement eine Rolle spielen, d.h. die mietrechtlichen Normen müssten angepasst werden.

Nach der **Kreationstheorie** schafft der Richter mangels Gewohnheitsrecht selbst das für den jeweiligen atypischen Vertrag geltende Recht.

Bsp.: Schaffung neuer Verzugsregeln bei der Mitgliedschaft im Ärztekollegium einer Privatklinik.

Das Bundesgericht berücksichtigt alle Theorien (Methodenpluralismus).

Fragen und Fälle für das Selbststudium, Teil D

1. Welche Arten von Kaufverträgen gibt es?
2. Wann findet die Gefahrenübertragung bei einem Distanzkauf statt?
3. a) Was versteht man unter Sachgewährleistung und
b) Wann verjährt die Sachgewährleistung für verdeckte Mängel?
4. Nachdem Frau Kunz beim Antiquitätenhändler einen Biedermeiertisch und einen Spiegel in einem wertvollen Art-Deco-Rahmen lange besichtigt hat, entschliesst sie sich zum Kauf. Den Kaufpreis von je 10.000 Franken für Tisch und Spiegel begleicht sie nicht sofort; sie soll dafür eine Rechnung erhalten. Die Möbel sollen von einem Angestellten des Händlers transportsicher verpackt und anderntags durch einen von Frau Kunz beauftragten Spediteur abgeholt werden. Über Nacht tropft bei einem völlig zufälligen Rohrbruch Wasser auf den Tisch, der aufquillt und sich verbiegt. Er ist nur durch eine CHF 1'000 teure Reparatur zu retten. Der Spiegel wird vom Spediteur überbracht. Der Angestellte des Händlers hatte den Spiegel aber nur lose eingewickelt; die Verpackung hat sich beim Transport gleich wieder gelöst. Infolge dessen hat der Spiegel durch einen Stoss beim Transport einen Sprung erhalten. Der sehr viel wertvollere Rahmen ist unbeschädigt; der Spiegel muss ersetzt werden. Wie ist die Rechtslage?
5. Welche gesetzlichen Vertragsarten lassen sich unter den Oberbegriff «Verträge auf Gebrauchsüberlassung» subsumieren?
6. Gilt der Mieterschutz für alle Mietverträge?
7. Welche gesetzlichen Pflichten hat
a) der Vermieter,
b) der Mieter beim Mietvertrag?
8. Was ist unter einem Werk im Sinne des Werkvertrages zu verstehen? Was ist ein Werklieferungsvertrag?
9. Welches sind die wichtigsten Pflichten des Werkunternehmers, welches die des Werkbestellers?
10. Down-Hill-Spezialistin Antonia Rast bestellt bei der Firma «Bike Explorer» ein Mountainbike auf Mass. Am 30.06.2002 wird das Bike termingerecht geliefert und von Antonia Rast zugleich auf Herz und Nieren überprüft. Es sind keine Mängel ersichtlich. Eine Woche später stürzt Antonia Rast beim Training schwer und zieht sich erhebliche Verletzungen zu. Es entstehen Behandlungskosten von mehreren Tausend Franken. Zudem ist Anonia vier Monate arbeitsunfähig. Das Bike erleidet einen Totalschaden. Antonia Rast bringt, nachdem sie wieder einigermaßen gehen kann, das Bike empört zurück. Es stellt sich heraus, dass der Unfall auf ein Versagen der Bremsen zurückzuführen ist. Welche Rechte stehen Antonia Rast zu?
11. a) Wie wird der Inhalt eines Auftrages bestimmt? Begründen Sie Ihre Antwort mit dem Gesetz.
b) Welche Kriterien sind für die Abgrenzung eines Auftrages von einer blossen Gefälligkeit massgebend?
12. Wann muss der Beauftragte die versprochene Leistung persönlich erfüllen?
13. a) Worin besteht der Unterschied einer Haftung nach Art. 101 OR und Art. 399 Abs. 2 OR?
b) Welche der beiden Haftungsarten ist für den Geschädigten vorteilhafter? Weshalb?
c) Wann liegt eine befugte, wann eine unbefugte Substitution vor?

14. Was verstehen Sie unter «Qualifikation eines Vertrages»? Beschreiben Sie anhand eines von Ihnen erfundenen Beispiels, wie im Streitfall ein Gericht die Qualifikation eines Vertrages vornimmt.
15. Was ist ein Vertrag sui generis?

E. Gesellschaftsrecht I: Grundlagen und Rechtsgemeinschaften (Personengesellschaften)

1. Begriff der Gesellschaft

Die **Legaldefinition** der Gesellschaft im Rechtssinn findet sich in Art. 530 Abs. 1 OR:

Gesellschaft ist die vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln.

Der Begriff der Gesellschaft weist somit drei kennzeichnende Elemente auf:

- Es handelt sich um eine **Personenvereinigung**,
- die auf **vertraglicher Basis** beruht und
- eine gemeinsame Zweckbestimmung aufweist.

1.1 Personenvereinigung

In einer Gesellschaft schliessen sich mehrere (natürliche oder juristische) Personen oder Personengesamtheiten zusammen. Durch das Merkmal des Zusammenschlusses von Personen (*universitas personarum*) grenzt sich die Gesellschaft ab von den Vermögenszusammenfassungen (*universitas bonorum*) wie den Stiftungen, Anstalten und Anlagefonds. Solche Vermögenszusammenfassungen stellen ein von den Stiftern bzw. Anlegern losgelöstes, verselbständigt Zweckvermögen dar.

Zur Errichtung einer Gesellschaft bedarf es grundsätzlich zweier Personen. Mehr als zwei Personen verlangt das Gesetz nur für die Gründung einer Genossenschaft (sieben Personen). Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) können seit der kleinen Aktienrechtsrevision vom 1. Januar 2008 sogar von einer einzigen Person gegründet werden, womit bei diesen beiden Gesellschaftstypen das für eine Gesellschaft an sich begriffswesentliche Element der Personenvereinigung unter Umständen entfallen kann (sog. Einpersonengesellschaft; vgl. dazu Kap. F.1.3.2 und F.2.3).

Auf die **Einpersonengesellschaft** finden grundsätzlich die gesetzlichen Regeln der betreffenden Gesellschaftsform vollumfänglich Anwendung. Nur ausnahmsweise, wenn sich die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der Gesellschaft als rechtsmissbräuchlich erweist, kann auf den Einpersonengesellschafter gegriffen werden (sog. *Durchgriff*). Hat die Gesellschaft keine eigene Rechtspersönlichkeit, sind auch für deren Weiterbestehen immer mindestens zwei Gesellschafter nötig.

Bei den meisten Gesellschaftsformen können sowohl natürliche als auch juristische Personen Gesellschafter sein. Nur natürliche Personen können die Kollektivgesellschafter bei der Kollektivgesellschaft, die Komplementäre bei der Kommanditgesellschaft und die unbeschränkt haftenden Aktionäre der Kommandit-AG sein.

Gesellschafter können nicht nur natürliche Personen oder juristischen Personen mit Rechtspersönlichkeit sein, sondern unter Umständen auch Personengesamtheiten ohne eigene Rechtspersönlichkeit.

1.2 Vertragliche Basis

1.2.1 Konsensprinzip

Gesellschaften entstehen durch Vertrag, d.h. durch übereinstimmende Willenserklärung der Gesellschafter (Konsens). Der Konsens hat sich auf die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks unter Einsatz von gemeinsamen Kräften und Mitteln zu beziehen. Nur wenn eine Personenvereinigung eine vertragliche Basis hat, liegt eine Gesellschaft vor.

1.2.2 Die fehlerhafte Gesellschaft (faktische Gesellschaft)

Ist der Gesellschaftsvertrag mit einem Mangel (Willensmangel, Formfehler, rechtswidriger oder unsittlicher Gesellschaftszweck, Handlungsunfähigkeit eines Gesellschafters) behaftet, kann dies zu dessen Ungültigkeit führen.

Liegt kein gültiger Vertrag vor, hätte dies nach den Regeln des allgemeinen Vertragsrechts zur Folge, dass nie eine Gesellschaft entstanden ist (Dahinfallen der Gesellschaft ex tunc, d.h. auf den Zeitpunkt der fehlerhaften Gründung). Diese Regel kann für Dritte, die mit der Gesellschaft im Vertrauen auf deren Bestehen Geschäfte abgeschlossen haben, schwerwiegende Nachteile (insbesondere Entzug des Gesellschaftsvermögens als Haftungssubstrat) zur Folge haben. Im Gesellschaftsrecht kommt deshalb das Prinzip des Vertrauensschutzes zur Anwendung: Die mit einem Mangel behaftete Gesellschaft wird, sofern sie im Rechtsverkehr aufgetreten ist, wie eine rechtsgültige Gesellschaft behandelt. Die Beziehungen des Dritten zur Gesellschaft werden im Liquidationsverfahren ex nunc, d.h. auf den Zeitpunkt der Liquidation, aufgehoben (vgl. dazu auch Kap. B.5.5).

1.2.3 Abgrenzung von öffentlich-rechtlichen Personenvereinigungen und privatrechtlichen Interessengemeinschaften

Die vertragliche Grundlage grenzt die Gesellschaften von öffentlich-rechtlichen Personenvereinigungen und privatrechtlichen Personenvereinigungen ohne vertragliche Basis ab.

Die **öffentlich-rechtlichen Personenvereinigungen** (Bsp. Politische Gemeinden, Kirchgemeinden etc.) entstehen nicht durch privatrechtlichen Gründungsvertrag. Sie haben ihre Grundlage im öffentlichen Recht (Gesetz, Verwaltungsakt, öffentlich-rechtlicher Vertrag) und erfüllen öffentliche Aufgaben. Es sind ihnen häufig hoheitliche Befugnissen übertragen.

Bsp.: Die Nationalbank ist eine öffentlich-rechtliche Körperschaft. Sie entstand durch das Bundesgesetz über die Nationalbank und nimmt öffentlich-rechtliche Funktionen (Ausgabe von Banknoten etc.) wahr.

Die **privatrechtlichen Interessengemeinschaften** entstehen unabhängig vom Willen der Beteiligten kraft Gesetz. Als privatrechtliche Interessengemeinschaften gelten etwa die Erbengemeinschaft (Art. 602 ZGB), die Miteigentümergeinschaft der Ehegatten, die Miteigentümergeinschaft der Eigentümer verbundener und vermischter Sachen (Art. 200 Abs. 2 ZGB und Art. 727 ZGB), die Gläubigergemeinschaft im Konkurs (Art. 235 SchKG), die Gläubigergemeinschaft bei Anleiheobligationen (Art. 1157 OR) und die Gemeinschaft der Berechtigten an Genussscheinen (Art. 657 Abs. 4 OR).

Bsp.: Die Erbengemeinschaft entsteht ohne den Willen der Beteiligten im Zeitpunkt des Todes des Erblassers.

1.3 Gemeinsame Zweckbestimmung

1.3.1 *animus societatis*

Die Gesellschafter vereinbaren

- einen gemeinsamen Zweck
- unter Einsatz von gemeinsamen Mitteln und Kräften.

Zweck der Gesellschaft ist der Erfolg, den die Gesellschafter anstreben. Gemeinsam ist der Zweck dann, wenn alle Gesellschafter dasselbe Ziel verfolgen. Es muss weiter Einigkeit darüber bestehen, dass alle am Erfolg wie auch an einem etwaigen Misserfolg beteiligt sind. Zweck der Gesellschaft ist das, was die Gesellschafter als konkretes Ziel erklären. Davon abzugrenzen ist die Frage, ob die Zweckverfolgung letztlich wirtschaftliche oder ideelle Vorteile mit sich bringt (sog. Endzweck; vgl. Kap. E.2.5.1). Die Motive der Gesellschafter, die sie zum gemeinsamen Zusammenwirken bewegen, müssen nicht übereinstimmen. Die Interessengemeinschaft der Gesellschafter beschränkt sich auf den vertraglich vereinbarten Zweck.

Die Gesellschafter müssen sich nicht nur über den angestrebten Erfolg einig sein. Jeder Gesellschafter muss den gemeinsamen Zweck nicht nur anerkennen, sondern auch durch seine *Leistung* etwas zum gemeinsamen Zwecke *beitragen*, d.h. mit seiner Leistung die Verwirklichung des angestrebten Ziels fördern (*Förderungspflicht*). Art, Form und Umfang der Leistungen der einzelnen Gesellschafter können sehr verschieden sein und unterliegen der vertraglichen Festlegung der Gesellschafter. Die Verpflichtung des einzelnen Gesellschafters kann sich auf ein Tun, Dulden oder Unterlassen richten.

Ebenso können die Gesellschafter das Ausmass des Anteils an Gewinn und Verlust unterschiedlich festlegen. Als Grundsatz gilt, dass sich die Gesellschafter gleichzeitig an Gewinn *und* Verlust zu beteiligen haben.

Merke

Eine Gesellschaft ist charakterisiert durch den sog. *animus societatis*, d.h. den Willen zur Gemeinschaftsbildung.

1.3.2 Abgrenzung gegenüber zweiseitigen Schuldverträgen

Austauschverträge (Bsp. Kaufvertrag) zeichnen sich durch einen *Interessengegensatz* aus. Die eine Partei leistet, damit sie eine Gegenleistung erhält (do ut des; ich gebe dir, damit du mir gibst). Leistung und Gegenleistung stehen in einem Austauschverhältnis und sind voneinander abhängig. Beim **Gesellschaftsvertrag** besteht dagegen eine *Interessengemeinschaft*. Die Leistungen der Gesellschafter werden *nicht ausgetauscht, sondern zusammengefügt* als Beiträge zur Verwirklichung des gemeinsam angestrebten Ziels. Es besteht keine Abhängigkeit der Leistung des einen Gesellschafters von der Leistung eines anderen Gesellschafters. Jeder Gesellschafter erbringt seine Leistung im Hinblick auf den gemeinsamen Zweck und aufgrund der Bedürfnisse der Gesellschaft.

Bei **Geschäftsbesorgungsverträgen** (Bsp. Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag) besteht im Gegensatz zu den Austauschverträgen *kein Interessengegensatz*. Beide Parteien verfolgen ein gemeinsames Ziel. Das Ziel wird aber allein von einer Partei bestimmt. Die eine Partei nimmt die Interessen der anderen Partei wahr (*Interessenwahrnehmungsvertrag*). Es fehlt damit im Gegensatz zum **Gesellschaftsvertrag** an einem *gemeinsam* festgelegten Zweck (*Interessengemeinschaftsvertrag*).

Bsp.: Beim Werkvertrag haben beide Parteien ein Interesse, dass das Werk fachgerecht erstellt wird. Das Hauptinteresse des Werkunternehmers liegt aber in der Erlangung des Entgelts.

Bei **partiarischen Rechtsgeschäften** hängt das Entgelt für die Leistung der einen Partei vom Erfolg der anderen Partei ab. Es besteht somit ein gemeinsames Interesse am Erfolg des Rechtsgeschäftes. Beispiele von partiarischen Rechtsgeschäften stellen etwa der Arbeitsvertrag oder das Auftragsverhältnis mit Gewinnbeteiligung und insbesondere das partiarische Darlehen dar. Bei Letzterem ist die Vergütung (Zins) ganz oder teilweise vom Erfolg des Unternehmens oder Geschäfts, den der Darlehensnehmer mit dem Darlehen erzielt, abhängig. Die Abgrenzung zur (einfachen) **Gesellschaft** kann im Einzelfall schwierig sein. Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist, ob der *animus societatis* gegeben ist, d.h. ob eine Bereitschaft aller Parteien zum Erreichen eines gemeinsamen Zweckes vorliegt. Allein das gemeinsame Interesse am erstrebten Gewinn genügt noch nicht für die Annahme eines animus societatis. Wenn der Darleiher sich umfassende Mitbestimmungs- und Kontrollrechte einräumen lässt und/oder eine Verlustbeteiligung vereinbart wurde, sind das Indizien für das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft, nicht aber zwingende Belege.

Bsp.: Anton gründet eine Gesellschaft. Von Bert erhält er einen Betrag von CHF 100'000, welcher mit 10% des jeweiligen Jahresgewinnes zu verzinsen ist. Bert erhält gemäss Vertrag keinerlei Mitbestimmungsrechte in der Gesellschaft und hat sich an einem allfälligen Verlust nicht zu beteiligen. Es liegt ein partiarisches Darlehen vor.

1.3.3 Abgrenzung gegenüber vertraglich begründeten privatrechtlichen Personenverbindungen

Bei Gesellschaften wollen die vertraglich zusammengeschlossenen Personen auf die Erreichung eines gemeinsam vereinbarten Zieles aktiv hinwirken. Dadurch unterscheiden sie sich von vertraglichen Personenvereinigungen, deren Aufgabe weniger im *Erreichen* eines gemeinsam gesetzten Ziels, sondern vielmehr in der *Erhaltung* eines gewissen Zustandes besteht und deren Ziel das gemeinschaftliche Haben, Nutzen oder Verwalten ist. Solche Organisationsformen sind vom Gesetzgeber namentlich im Familien-, Erb- und Sachenrecht vorgesehen.

Bsp.: Der vertragliche Güterstand der **Gütergemeinschaft** (Art. 221 ZGB), welcher Nutzung und Verwaltung des Einkommens und Vermögens der Ehegatten bezweckt, oder die **Stockwerkeigentümergeinschaft** (Art. 712a ZGB), welcher die Aufgabe der gemeinsamen Verwaltung und Benutzung gemeinschaftlicher Bauteile zukommt.

1.3.4 Funktion des Gesellschaftszwecks

Dem vereinbarten und befolgten Gesellschaftszweck kommt in verschiedener Hinsicht eine besondere Bedeutung zu:

- Hinsichtlich der **Entstehung** und des **Weiterbestandes** einer Gesellschaft hat ein *erlaubter Gesellschaftszweck* vorzuliegen (vgl. Kap. E.1.3.5).
- Hinsichtlich der **Beendigung** kann dem Gesellschaftszweck eine Bedeutung zukommen, indem Personengesellschaften aufgelöst werden, wenn ihr Zweck erreicht oder dessen Erreichung unmöglich geworden ist.
- Hinsichtlich der **Geschäftspolitik und -tätigkeit** gilt, dass sich die Tätigkeit innerhalb des festgelegten Zweckes zu bewegen hat und Zweckänderungen nur aufgrund von qualifizierten Quoren unterliegenden Gesellschaftsbeschlüssen möglich sind.

- Hinsichtlich der **Vertretungsmacht** der Organe der Gesellschaft, deren Umfang durch den Gesellschaftszweck definiert ist.

1.3.5 Zulässige/Unzulässige Zwecke

Der Gesellschaftszweck kann innerhalb der gesetzlichen Schranken frei vereinbart werden. Unzulässig sind widerrechtliche und unsittliche Gesellschaftszwecke (Art. 19 und Art. 20 OR und Art. 52 Abs. 3 ZGB). Nebst dem schriftlich vereinbarten Gesellschaftszweck ist für die Feststellung der Widerrechtlichkeit oder Sittenwidrigkeit auch die durch die Gesellschaft tatsächlich ausgeübte Tätigkeit massgebend, d.h. welchem Zweck die Gesellschaft tatsächlich dient.

Bsp.: Eine Gesellschaft zum organisierten Kauf und Verkauf von Drogen ist widerrechtlich und damit nichtig.

Eine Gesellschaft, deren Zweck vom Zeitpunkt der Gründung an widerrechtlich oder sittenwidrig ist, kann gar nicht entstehen. Der Gesellschaftsvertrag ist ex tunc nichtig und eine Gesellschaft nie entstanden. Vorbehalten bleiben Fälle, in denen die Gesellschaft im Rechtsverkehr aufgetreten ist (faktische Gesellschaft, vgl. Kap. E.1.2.2).

Eine Gesellschaft, deren Zweck erst nachträglich widerrechtlich oder sittenwidrig wird, wird durch den Richter aufgelöst.

Im Falle der gerichtlichen Auflösung der Gesellschaft wegen Verfolgung unsittlicher oder widerrechtlicher Zwecke fällt ihr Vermögen gemäss Art. 57 Abs. 3 ZGB an das Gemeinwesen (Bund, Kanton, Gemeinde). Gemäss umstrittener Auffassung des Bundesgerichts (BGE 112 II 1 ff.; 115 II 401 ff.) gilt diese Regelung des ZGB auch für die Körperschaften des OR und kommt sowohl zur Anwendung, wenn die Gesellschaft von allem Anfang an widerrechtlich gewesen ist, als auch, wenn sie dies erst im Lauf der Zeit geworden ist.

2. Die verschiedenen Gesellschaftsformen: Übersicht und Charakterisierung

2.1 Organisationsfreiheit und Prinzip des numerus clausus im Gesellschaftsrecht

Im schuldrechtlichen Vertragsrecht gilt der Grundsatz der *Vertragsfreiheit* (vgl. Kap. B.1.1). An sich gilt auch im Gesellschaftsrecht das Prinzip der *Organisationsfreiheit*. Die Gestaltungsfreiheit ist aber gegenüber dem Vertragsrecht wesentlich stärker eingeschränkt.

Im schuldrechtlichen Vertragsrecht herrscht als Aspekt der Vertragsfreiheit das Prinzip der *Typenfreiheit* (vgl. Kap. B.5.1). Die Parteien müssen sich nicht eines der gesetzlichen Typen (sog. Nominatvertrag) bedienen, sondern können irgendeinen beliebigen Vertragstypus wählen. Im Gesellschaftsrecht gilt dagegen der **Formzwang**, es gibt *einen numerus clausus zulässiger Gesellschaftsformen*. Insgesamt stehen *acht* verschiedene Gesellschaftsformen zur Verfügung (vgl. Kap. E.2.2), und die Gesellschafter müssen sich einer dieser Formen bedienen.

Im Weiteren kann im Schuldrecht aufgrund der *Inhaltsfreiheit* der Inhalt des Vertrages innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig vereinbart werden (Art. 19 OR). Im Gesellschaftsrecht dagegen ist nicht nur die Zahl der zur Verfügung stehenden Gesellschaftsformen, sondern auch deren *inhaltliche Ausgestaltung beschränkt* (sog. **Formfixierung**). *Das Gesellschaftsrecht ist im Grundsatz zwingend* und nur bei abweichenden

der Anordnung dispositiv. Trotz diesem Grundsatz besteht aber für die Gesellschafter dennoch ein erheblicher Spielraum für von der gesetzlichen Regelung abweichende Ausgestaltung.

Grund für diese gegenüber dem Vertragsrecht stärkeren Einschränkungen im Gesellschaftsrecht ist primär, dass eine Gesellschaft – anders als ein schuldrechtlicher Vertrag – nicht nur für die Vertragspartner (Gesellschafter) von Bedeutung ist, sondern Wirkungen auch für Aussenstehende hat, mit denen sie in Kontakt tritt (Gläubiger, Schuldner der Gesellschaft). Es geht damit um den **Schutz des Rechtsverkehrs**: Man muss sich im Rechtsverkehr darauf verlassen können, dass eine Gesellschaft kraft ihrer Rechtsform bestimmte Eigenschaften aufweist, die nicht durch interne Abmachungen der Gesellschafter wegbedungen werden können (z.B. hinsichtlich Art und Ausmass der Haftung für Gesellschaftsschulden oder hinsichtlich Vertretungsmacht eines Organs). Sekundär geht es aber auch um den **Schutz der Gesellschafter** selbst: Der Rahmen der inneren Organisation ist durch zwingende Normen so abzustecken, dass der einzelne Gesellschafter vor willkürlicher Behandlung durch die Mehrheit geschützt wird.

Merke

Im Gesellschaftsrecht gelten Formzwang und Formfixierung.

2.2 Die Gesellschaftsformen des schweizerischen Rechts

Das schweizerische Recht sieht die folgenden acht Gesellschaftsformen vor:

- Einfache Gesellschaft
- Kollektivgesellschaft
- Kommanditgesellschaft
- Aktiengesellschaft
- Kommanditaktiengesellschaft
- Gesellschaft mit beschränkter Haftung
- Genossenschaft
- Verein

2.3 Rechtsgemeinschaften und Körperschaften

2.3.1 Grundsätzliche Unterscheidung

Gesellschaften sind entweder den **Rechtsgemeinschaften** oder den **Körperschaften** zuzuordnen.

Rechtsgemeinschaften haben *keine eigene Rechtspersönlichkeit*. Sie sind ein *Zusammenschluss* von mehreren natürlichen und/oder juristischen Personen. Die Rechte und Pflichten stehen den Gesellschaftern *gemeinschaftlich* zu: *Rechtsträger* sind bei den Gesellschaften, die eine rechtsgemeinschaftliche Struktur aufweisen, die *Gesellschafter*.

Rechtsgemeinschaftlich strukturiert sind

- die einfache Gesellschaft,
- die Kollektivgesellschaft,

- die Kommanditgesellschaft.

Der **Körperschaft** kommt dagegen *eigene Rechtspersönlichkeit* zu. Sie ist eine *Vereinigung* mehrerer natürlicher und/oder juristischer Personen. Die Rechte und Pflichten stehen ihr selbst zu: *Rechtsträgerin* ist bei den Gesellschaften, die eine körperschaftliche Struktur aufweisen, die *Gesellschaft* selbst. Körperschaften sind juristisch verselbständigt (**juristische Personen**) und handeln im Rechtsverkehr durch ihr Organe.

Körperschaftlich strukturiert sind

- die Aktiengesellschaft,
- die Kommanditaktiengesellschaft,
- die Gesellschaft mit beschränkter Haftung,
- die Genossenschaft,
- der Verein.

Merke

Körperschaften haben eigene Rechtspersönlichkeit, Rechtsgemeinschaften nicht.

2.3.2 Juristische Person

Die juristische Person besitzt:

- **Rechtsfähigkeit:** Sie ist Trägerin von Vermögens- und Persönlichkeitsrechten und im Prozess und im Betreibungsverfahren parteifähig.
- **Handlungsfähigkeit:** Sie tritt im Geschäftsverkehr durch ihre *Organe* nach aussen handelnd auf. Die Organe verpflichten die juristische Person sowohl durch den Abschluss von Rechtsgeschäften (*rechtsgeschäftliches Handeln*) als auch durch ihr sonstiges (*unerlaubtes*) *Handeln* (Art. 54 f. ZGB). Organe sind nicht Stellvertreter der juristischen Person, sie sind vielmehr ihre Verkörperung – die Organe *vertreten nicht* die juristische Person, sie *verkörpern* sie (zur Abgrenzung gegenüber der Hilfsperson vgl. Kap. C.2.5.5; zur Definition des faktischen Organs vgl. Kap. F.1.7.4).

Der **juristischen Person** kommt **rechtliche Selbständigkeit** gegenüber ihren Mitgliedern zu. Zwischen ihr und ihren Mitglieder gilt sowohl in persönlicher als auch in vermögensmässiger Hinsicht der Grundsatz der Trennung – selbst dann, wenn eine Gesellschaft zu 100% einem einzigen Gesellschafter (z.B. dem Alleinaktionär, der Konzern-Muttergesellschaft, der Holdinggesellschaft) gehört. Die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person gegenüber ihren Mitgliedern ist prinzipiell stets und konsequent zu beachten. Eine Ausnahme greift nur dann, wenn dieses Prinzip der Trennung zwischen Gesellschafter und Gesellschaft im Einzelfall *rechtsmissbräuchlich*, d.h. entgegen Treu und Glauben, verwendet wird (BGE 108 II 214). Rechtsmissbrauch kann insbesondere dann vorliegen, wenn die juristischen Person zu Umgehungsgeschäften durch ihre Eigentümer vorgeschoben wird (BGE 113 II 36). Liegt ein Fall eines Rechtsmissbrauchs vor, führt dies zum sog. **Durchgriff**: Ausnahmsweise wird durch die juristische Person hindurch auf die hinter dieser stehenden Gesellschafter durchgegriffen, und diese werden für Pflichten der juristischen Person belangt (*direkter Durchgriff*). Umgekehrt besteht auch die Möglichkeit, die juristische Person für Pflichten ihrer Gesellschafter zu belangen (*umgekehrter Durchgriff*) (vgl. auch Kap. A.3.2.6).

Juristische Personen sind nebst den **Körperschaften** auch die **Anstalten**. Eine **Körperschaft** ist eine *Vereinigung von Personen* zur Erreichung eines bestimmten Zwecks (*universitas personarum*). Eine **Anstalt** ist dagegen nicht eine Vereinigung von Personen, sondern ein rechtlich verselbständigtes, einem bestimmten

Zweck gewidmetes Vermögen (*universitas bonorum*). Die Anstalten des Privatrechts heissen **Stiftungen** und sind im ZGB geregelt (Art. 80 ff. ZGB; zum Ganzen vgl. Kap. A.3.2).

2.3.3 Unterschiede zwischen Rechtsgemeinschaften und Körperschaften

Betreffend Verhältnis Gesellschaft – Mitglied

Die *rechtsgemeinschaftlichen Gesellschaften* sind mit jedem einzelnen Mitglied eng verbunden. Die Übertragung der Mitgliedschaft ist im Grundsatz ausgeschlossen und nur in gewissen Ausnahmefällen vorgesehen. Der Eintritt oder Austritt eines Gesellschafters bedarf grundsätzlich einer Änderung des Gesellschaftsvertrages.

Demgegenüber sind die *körperschaftlichen Gesellschaften* von der jeweiligen Zusammensetzung der Mitglieder unabhängig. Die Mitgliedschaft ist im Prinzip frei übertragbar, wobei allerdings das Gesetz viele Ausnahmen zulässt.

Betreffend Gesellschaftsvermögen und -schulden

Bei den *rechtsgemeinschaftlichen Gesellschaften* sind die Gesellschafter die Träger der Vermögensrechte. Das Gesellschaftsvermögen steht im gemeinschaftlichen Eigentum (im Gesamteigentum zur gesamten Hand oder im Miteigentum nach Bruchteilen) der Gesellschafter. Für Gesellschaftsschulden haften die Gesellschafter immer auch persönlich und solidarisch.

Bei den *körperschaftlichen Gesellschaften* ist die Gesellschaft selbst die Rechtsträgerin der Vermögensrechte, das Gesellschaftsvermögen steht im (Allein-)Eigentum der Gesellschaft. Für Gesellschaftsschulden haftet in aller Regel allein die Gesellschaft, es besteht keine persönliche Haftbarkeit der Gesellschafter.

Betreffend Willensbildung

Gesellschaftsbeschlüsse bedürfen bei *den rechtsgemeinschaftlichen Gesellschaften* grundsätzlich der Zustimmung aller Gesellschafter, es sei denn, der Gesellschaftsvertrag sehe einen Mehrheitsbeschluss vor.

Bei *den körperschaftlichen Gesellschaften* bedürfen die Gesellschaftsbeschlüsse grundsätzlich der Zustimmung der einfachen Mehrheit der Gesellschafter. Qualifizierte Mehrheiten sind vom Gesetz nur für Entscheide von besonderer Tragweite vorgesehen.

Betreffend Geschäftsführung und Vertretung

(zur grundsätzlichen Unterscheidung vgl. Kap. E.4.1.4)

Die *rechtsgemeinschaftlichen Gesellschaften* haben keine Organe. Unter Vorbehalt anderer vertraglicher Regelung steht die interne Geschäftsführung allen (unbeschränkt haftenden) Gesellschaftern zu, und diese vertreten auch die Gesellschaft gegen aussen (Prinzip der *Selbstorganschaft*).

Die *körperschaftlichen Gesellschaften* haben Organe. Den Mitgliedern kommt allein aufgrund ihrer Mitgliedschaft grundsätzlich weder die Befugnis zur Geschäftsführung noch zur Vertretung zu. Die zur Geschäftsführung und Vertretung befugten Personen werden *gewählt* (Prinzip der *Drittorganschaft*), es kann sich bei ihnen auch um Nichtmitglieder (Aussenstehende) handeln.

2.4 Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften

Die *Personengesellschaften* sind Rechtsgemeinschaften (vgl. Kap. E.2.3). Sie haben kein festes Grundkapital, und es besteht eine persönliche Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsschulden. Personengesellschaften sind die einfache Gesellschaft, die Kollektivgesellschaft und die Kommanditgesellschaft.

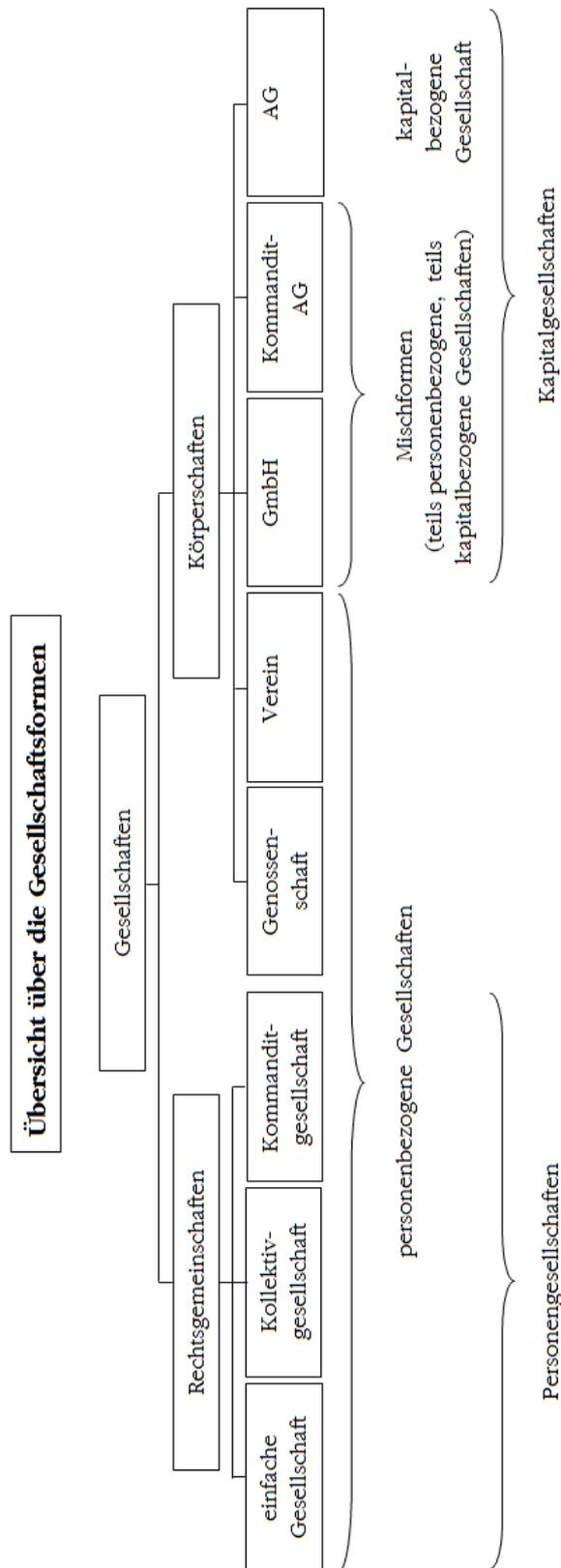
Die *Kapitalgesellschaften* sind Körperschaften (vgl. Kap. E.2.3). Sie haben ein festes Grundkapital, und es besteht, soweit dieses voll einbezahlt ist, keine persönliche Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsschulden. Als Kapitalgesellschaften gelten die Aktiengesellschaft, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die Kommanditaktiengesellschaft.

Die Unterscheidungskriterien des festen Grundkapitals und der persönlichen Haftung stellen typische Merkmale der Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften dar. Daneben bestehen weitere, die Personen- bzw. Kapitalgesellschaften typisierende Merkmale, von welchen jedoch wiederum viele Abweichungen bestehen, sei es von Gesetzes wegen oder infolge zulässiger anderer Abmachungen im Gesellschaftsvertrag.

Die Genossenschaft und der Verein lassen sich nicht in eine der beiden Kategorien einteilen. Die Genossenschaft ist zwar eine Körperschaft und kann über ein Gesellschaftskapital verfügen, dieses darf aber im Voraus nicht fest bestimmt sein. Der Verein ist zwar eine Körperschaft, hat aber kein Grundkapital. Der Verein ist im Gesetz nicht im Gesellschaftsrecht (OR) geregelt, sondern bei den juristischen Personen im ZGB.

Merke

Alle Personengesellschaften sind Rechtsgemeinschaften, alle Kapitalgesellschaften sind Körperschaften.



In Anlehnung an Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., § 3 N 3, Bern 2004.

Abb. 50: Übersicht über die Gesellschaftsformen

2.5 Wirtschaftliche/Nichtwirtschaftliche Zweckverfolgung; Kaufmännische Unternehmen

2.5.1 Wirtschaftliche/Nichtwirtschaftliche Zweckverfolgung

Gesellschaften haben entweder einen wirtschaftlichen oder nichtwirtschaftlichen Zweck. Ein **wirtschaftlicher Zweck** liegt dann vor, wenn durch die Gesellschaftstätigkeit den Mitgliedern ein ökonomischer, ein geldwerter Vorteil verschafft werden soll.

Im Gegensatz zu den *Erwerbsgesellschaften* (Kollektivgesellschaft, Kommanditgesellschaft, AG, Kommandit-AG und GmbH), die gewinnstrebig handeln und damit für die Beteiligten typischerweise direkte Geldvorteile zu erlangen suchen, steht die *Genossenschaft*. Auch diese bezweckt, ihren Gesellschaftern einen ökonomischen Vorteil zu verschaffen. In erster Linie strebt sie aber die Erlangung von *Sachvorteilen an, direkte Geldvorteile sind atypisch*.

Trotz des Wortlauts von Art. 59 Abs. 2 ZGB, der für Personenverbindungen, die einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen, auf die Bestimmungen des Obligationenrechts über die Gesellschaften und die Genossenschaften verweist, können die Gesellschaften des OR auch für **nichtwirtschaftliche Zwecke** verwendet werden.

Gemäss dem Wortlaut von Art. 60 Abs. 1 ZGB hat der **Verein** nichtwirtschaftliche Aufgaben und damit ideale Zwecke zu verfolgen. Er darf aber als Mittel zur Zweckerreichung ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben (Art. 61 Abs. 2 ZGB; vgl. Kap. E.2.5.2). Vereine dürfen ein Unternehmen führen, wenn dieses die Erreichung eines *idealen Hauptzweckes* fördert.

Bsp.: Der Verein «Institut Ingenbohl» ist eine Kongregation von Schwestern und bezweckt die Armen-, Kranken- und Schulpflege. Er kann zur Erreichung dieses Zweckes einen landwirtschaftlichen Betrieb und ein Altersasyl mit zahlenden Pensionären führen.

Umstritten ist, ob der Verein – trotz des Wortlauts von Art. 60 Abs. 1 ZGB – auch einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen darf. Das Bundesgericht hat entschieden, dass Vereine mit wirtschaftlicher Zwecksetzung dann zulässig sind, wenn sie kein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben (BGE 90 II 333). *Unzulässig sind nur Vereine mit wirtschaftlicher Zwecksetzung, die ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben*. Ausschlaggebendes Kriterium betreffend die wirtschaftliche Zwecksetzung ist, dass *die Mitglieder für sich selbst* geldwerte Vorteile erlangen. Wird eine wirtschaftliche Besserstellung *Dritter* oder die Förderung *allgemeiner wirtschaftlicher Interessen* bzw. einer ganzen Berufs- bzw. Wirtschaftsgruppe bezweckt, liegt dagegen eine ideale Zielsetzung vor (zum Ganzen vgl. auch Kap. F.5.1).

Bsp.: Ein Produzentenverband in der Rechtsform eines Vereins, der die Absatzförderung der Produkte seiner Mitglieder bezweckt, darf dafür kein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben.

Ein Arbeitnehmerverband in der Rechtsform eines Vereins bezweckt die Wahrung der Interessen der Arbeitnehmerschaft in allen Angelegenheiten. Von seiner Tätigkeit profitieren auch Nichtmitglieder, er nimmt Aufgaben einer ganzen Berufsgruppe und damit eine ideale Zielsetzung wahr.

2.5.2 Das kaufmännische Unternehmen

Art. 934 Abs. 1 OR verwendet die Begriffe des *Handels-, Fabrikations- oder anderen nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes*. Der Begriff «Gewerbe» ist Synonym für Unternehmen. Gemäss Art. 934 Abs. 1 OR besteht für diese Unternehmen die Pflicht, sich im Handelsregister eintragen zu lassen.

Art. 2 lit. b HRegV (Handelsregisterverordnung) definiert den Begriff **Gewerbe** als *eine selbständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit*.

Eine **selbständige Tätigkeit** liegt bei rechtlicher Selbständigkeit des Gewerbebetriebes vor, ausnahmsweise (bei Zweigniederlassungen; vgl. Kap. F.1.12.3) auch bei bloss wirtschaftlicher Selbständigkeit. **Dauerhaftigkeit** wird schon bei relativ kurzer Tätigkeitsdauer angenommen. Gemäss Art. 36 Abs. 1 HRegV besteht für natürliche Personen, die ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben, erst dann eine Eintragungspflicht, wenn ihr Jahresumsatz mindestens CHF 100'000 beträgt.

Das Führen eines kaufmännischen Unternehmens ist mit einer Ausnahme allen Gesellschaftsformen erlaubt. Gesetzlich **ausgeschlossen** ist an sich das Führen eines kaufmännischen Unternehmens in Form der **einfachen Gesellschaft**. Dies ist zwar im Gesetz nicht explizit geregelt, wird aber indirekt aus Art. 934 Abs. 1 OR und den Bestimmungen über die einfache Gesellschaft (Art. 530 ff. OR) und der Handelsregisterverordnung abgeleitet: Art. 934 Abs. 1 OR schreibt dem Inhaber eines kaufmännischen Unternehmens die Eintragung in das Handelsregister vor, die Bestimmungen über die einfache Gesellschaft und die Handelsregisterverordnung sehen andererseits keine Eintragungsmöglichkeit für die einfache Gesellschaft vor: Die einfache Gesellschaft ist zur Eintragung weder verpflichtet noch berechtigt. Sind sämtliche Gesellschafter einer – vermeintlichen einfachen – Gesellschaft natürliche Personen und führen diese ein kaufmännisches Unternehmen, ist die Gesellschaft von Gesetzes wegen als Kollektivgesellschaft zu qualifizieren. Sind allerdings auch juristische Personen Gesellschafter, steht dieser Umqualifizierung die Vorschrift im Weg, dass nur natürliche Personen Kollektivgesellschaftler sein können (Art. 552 Abs. 1 OR). Die Praxis löst dieses Dilemma, indem sie solche ein kaufmännisches Unternehmen führende einfachen Gesellschaften duldet. Der Eintrag in das Handelsregister bleibt einer solchen einfachen Gesellschaft aber dennoch verwehrt; immerhin ist die Eintragung der einzelnen Gesellschafter persönlich möglich (BGE 79 I 179).

Träger von kaufmännischen Unternehmen können nicht nur Gesellschaften, d.h. Personenmehrheiten sein. Auch ein Einzelner, der sog. **Einzelkaufmann oder die Einzelkauffrau**, kann unternehmerisch tätig sein und ein kaufmännisches Unternehmen führen (sog. **Einzelunternehmen**). Der Einzelkaufmann ist unter den dargelegten Voraussetzungen von Art. 934 Abs. 1 OR verpflichtet, sich im Handelsregister eintragen zu lassen (vgl. auch Kap. E.3.3), untersteht der Buchführungspflicht (vgl. Kap. E.3.5) und genießt betreffend der im Handelsregister eingetragenen Firma den Firmenschutz (vgl. Kap. E.3.4.4). Er kann sich auch der handelsrechtlichen Vollmachten (vgl. Kap. E.3.6) bedienen.

Merke: Zulässige Gesellschaftsformen

- für die Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke mit kaufmännischem Unternehmen: alle ausser Verein und einfache Gesellschaft (Letztere von der Praxis aber geduldet, wenn juristische Personen Gesellschafter sind)
- für die Verfolgung nichtwirtschaftlicher Zwecke ohne kaufmännisches Unternehmen: alle
- für die Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke ohne kaufmännisches Unternehmen: alle
- für die Verfolgung nichtwirtschaftlicher Zwecke mit kaufmännischem Unternehmen: alle ausser einfache Gesellschaft (auch diese wird aber in der Praxis geduldet, wenn juristische Personen Gesellschafter sind)

2.6 Umstrukturierungen

Umstrukturierungen von Unternehmungen kommen angesichts des steten Wandels der Wirtschaft ausserordentlich häufig vor. Unternehmen schliessen sich zusammen, spalten sich, übertragen Teile ihres Vermögens (z.B. Geschäftseinheiten) an andere Unternehmungen oder ändern ihre Rechtsform. **Fusionen, Spaltungen, Umwandlungen und Vermögensübertragungen** von Gesellschaften waren im bisherigen Recht nur äusserst bruchstückhaft und nur für wenige Gesellschaftsformen (unter anderem die AG) geregelt. Seit 1. Juli 2004 ist das Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung in Kraft, offiziell – aber missverständlich – abgekürzt das **Fusionsgesetz (FusG)**. Dieses Gesetz enthält eine umfassende Regelung dieser Fragen *für alle Gesellschaftsformen* (für Kollektiv- und Kommanditgesellschaft – nicht aber die einfache Gesellschaft –, AG, GmbH und Kommandit-AG, Genossenschaft und Verein) sowie für die Stiftung. Mit diesen vier vom Gesetz zur Verfügung gestellten Umstrukturierungsformen lässt sich heute für praktisch jedes Umstrukturierungsprojekt das passende juristische Kleid finden. In Fällen, in denen das Gesetz die Fusion, Spaltung oder Umwandlung nicht zulässt (Personengesellschaften können z.B. nicht gespalten werden), steht das neu geschaffene Institut der Vermögensübertragung als Ersatzvehikel zur Verfügung. Das Fusionsgesetz schafft (leider mit Ausnahmen) Rechtssicherheit, indem es klarstellt, welche Umstrukturierungsformen zulässig sind, und detailliert (fast kochbuchartig) regelt, wie das Verfahren abzulaufen hat.

Umstrukturierungen beinhalten die Gefahr, dass durch sie *Minderheitsaktionäre, Gläubiger oder Arbeitnehmer* in ihren Interessen beeinträchtigt oder geschädigt werden. Es war eine wichtige Zielsetzung des Gesetzgebers, mit dem Fusionsgesetz Kautelen zum Schutz dieser Anspruchsgruppen einzuführen. Das Fusionsgesetz ist zu einem wesentlichen Teil ein eigentliches *Schutzgesetz für diese Personen*.

Indem der Gesetzgeber den Schutz insbesondere der Gläubiger zum Teil sehr weit (zu weit) getrieben hat, besteht die Gefahr, dass das Fusionsgesetz in der Praxis nicht die erhoffte Akzeptanz finden wird: So könnte insbesondere die zeitlich unbefristete – es gelten einzig die allgemeinen Verjährungsvorschriften – subsidiäre Solidarhaftung aller beteiligten Gesellschaften bei der Spaltung (Art. 47 FusG) dazu führen, dass dieses Rechtsinstitut in der Praxis nur wenig Anwendung findet und andere Wege zur Aufspaltung von Vermögenskomplexen gesucht und gegangen werden.

Für weitere Ausführungen zu Fusion, Spaltung, Vermögensübertragung und Umwandlung wird auf Kap. F.1.11.3 verwiesen.

3. Unternehmen vs. Gesellschaft

3.1 Das Unternehmen aus betriebswirtschaftlicher und rechtlicher Sicht

3.1.1 Betriebswirtschaftliche Definition des Unternehmens

Die Betriebswirtschaft definiert das «Unternehmen» als ein komplexes dynamisches System mit drei Merkmalen:

- Es ist wirtschaftlich, d.h. es soll eine Wertsteigerung stattfinden, die Gelderträge sollen längerfristig die entstehenden Kosten decken, das investierte Kapital soll eine Verzinsung erhalten.
- Es ist zweckorientiert und multifunktional, d.h. mit dem Unternehmen wird ein klarer Zweck, nämlich die Wertschöpfung für verschiedene Anspruchsgruppen, verfolgt.

- Es ist eine sozio-technische Organisation, d.h. Menschen erbringen im Zusammenspiel mit technischen Hilfsmitteln in einem arbeitsteiligen Prozess bestimmte Aufgaben zugunsten ihrer Anspruchsgruppen.

3.1.2 Rechtliche Definition des Unternehmens

Das Gesellschaftsrecht kennt keine Definition des Begriffs «Unternehmen». Ein einheitliches, konsistentes Unternehmensrecht bzw. eine Unternehmensverfassung fehlt. Regelungsobjekt des Gesellschaftsrechts ist die **Gesellschaft** als Rechtsträgerin eines Unternehmens. Grundlage des Gesellschaftsrechts ist das *Vertragsmodell*, die vertragliche Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern. Die rechtliche Regelung der Gesellschaft stellt deshalb die Interessenlage der Gesellschafter unter sich bzw. zur Gesellschaft stark in den Vordergrund.

3.2 Bruchstückhafte Regelung des Rechts des Unternehmens

Regelungen zum Unternehmen als solches und ohne Rücksicht auf die für deren Betrieb gewählte Gesellschaftsform finden sich an verschiedenen Stellen des Gesellschaftsrechts: Jedes kaufmännische Unternehmen ist verpflichtet, sich im **Handelsregister** eintragen zu lassen, eine **Firma** zu bilden und in besonderer Weise **Buch zu führen**. Ebenfalls unabhängig von der für das Unternehmen gewählten Gesellschaftsform gelten einheitliche Regeln zu den **handelsrechtlichen Vollmachten**.

Der schweizerischen Rechtsordnung fehlt zwar ein umfassendes Konzernrecht. Immerhin finden sich zu Teilbereichen spezifische **Bestimmungen zum Konzern** (vgl. Kap. F.1.12).

Die **Börsengesetzgebung** enthält Regeln betreffend Transparenz (Offenlegung von Beteiligungen) von Unternehmen (vgl. Kap. F.1.14).

Merke

Regelungsobjekt des Rechts ist nicht das *Unternehmen*, sondern die *Gesellschaft*, als Rechtsträgerin des Unternehmens.

3.3 Handelsregister

3.3.1 Funktionen

Dem Handelsregister kommen folgende Funktionen zu:

- Publizitätsfunktion (als Hauptfunktion)
- Anknüpfungsfunktion
- Rechtsdurchsetzungsfunktion

Das Handelsregister ist *öffentlich* (Art. 930 OR). Jedermann kann von den eingetragenen Informationen über ein Unternehmen Kenntnis nehmen. Die Daten sind auch über die Internetdatenbank Zefix (www.zefix.ch) für Abfragen unentgeltlich zugänglich, wobei diesbezüglich die Einschränkung zu beachten ist, dass elektronisch abgerufene Daten rechtlich nicht verbindlich sind (Art. 14 HRegV). Hauptfunktion des Handelsregisters ist es, an der Geschäftstätigkeit eines Unternehmens interessierten Drittpersonen die für den Verkehr mit dem Unternehmen relevanten Tatsachen offen zu legen (**Publizitätsfunktion des Handelsregisters**). Folgende für Dritte wissenswerten rechtlichen und tatsächlichen Angaben über das Unternehmen sind im Handelsregister eingetragen:

- die das Unternehmen individualisierenden Merkmale (die Firma, der Ort des Sitzes, die Rechtsform und der Zweck);
- die Haftungsverhältnisse (persönlich haftende Gesellschafter, Grundkapital, Art und Umfang der auf das Grundkapital geleisteten Einzahlungen, Beteiligungspapiere);
- die Vertretungsverhältnisse (vertretungsberechtigte Personen, Art und Umfang der Vertretungsberechtigung).

Daneben werden an die Eintragung im Handelsregister bestimmte Rechtsfolgen geknüpft (**Anknüpfungsfunktion des Handelsregisters**). Die Eintragung im Handelsregister löst die Konkurs- und Wechselbetriebsfähigkeit des Unternehmens und den Firmenschutz (vgl. Kap. E.3.4.4) aus.

Der Registerführer hat zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt sind (Art. 940 Abs. 1 OR). Er hat eine Eintragung zu verweigern, wenn formelle oder registerrechtliche Voraussetzungen fehlen oder wenn sie offensichtlich und unzweideutig materiellem Recht widerspricht (**Rechtsdurchsetzungsfunktion des Handelsregisters**).

3.3.2 Eintragungsverfahren

Die Führung des Handelsregisters obliegt grundsätzlich den Kantonen (Art. 927 OR).

Das Eintragungsverfahren ist in der Handelsregisterverordnung geregelt, welche per 1. Januar 2008 total revidiert worden ist. Der Eintrag in das Handelsregister erfolgt durch eine Anmeldung *beim kantonalen Handelsregisteramt*. Dieses prüft die Anmeldung auf Vollständigkeit und Richtigkeit und trägt sie in das elektronische Tagesregister (chronologisches Register der Eintragungen) ein. Es übermittelt darauf die Eintragungen dem *Eidgenössischen Amt für das Handelsregister (EHRA)*, welches die Eintragung nach Prüfung und Genehmigung im Schweizerischen Handelsamtsblatt publiziert und in das Zentralregister einträgt. Nach der Publikation der Eintragung im Schweizerischen Handelsamtsblatt überträgt das kantonale Handelsregisteramt die Eintragung vom Tages- in das Hauptregister. Die Eintragungen ins Tagesregister werden mit der Genehmigung durch das EHRA rückwirkend auf den Zeitpunkt der Eintragung in das Tagesregister rechtswirksam.

3.3.3 Eintragungspflicht und -recht

Zur Eintragung in das Handelsregister am Ort der Hauptniederlassung *verpflichtet* ist, wer ein Handels-, Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt (Art. 934 Abs. 1 OR). Für Einzelheiten wird auf die Ausführungen in Kap. E.2.5.2 verwiesen.

Wer unter einer Firma ein Gewerbe betreibt, das nicht im Handelsregister eingetragen werden muss, hat *das Recht*, dieses am Ort der Hauptniederlassung in das Handelsregister eintragen zu lassen (Art. 934 Abs. 2 OR).

3.3.4 Eintragungswirkung

Folgende Wirkungen der Eintragungen werden unterschieden:

- Die **positive Publizitätswirkung**: Die Einwendung, dass jemand eine gegenüber Dritten wirksam gewordene Eintragung nicht gekannt hat, ist ausgeschlossen (Art. 933 Abs. 1 OR). Es besteht damit eine gesetzliche Fiktion, dass jedermann die Eintragungen im Handelsregister kennt. Auf die Unkenntnis des Registerinhalts kann man sich deshalb nicht berufen.

- Die **negative Publizitätswirkung**: Wurde eine Tatsache, deren Eintragung vorgeschrieben ist, nicht eingetragen, so kann sie einem Dritten nur entgegengehalten werden, wenn bewiesen wird, dass sie diesem *bekannt* war (Art. 933 Abs. 2 OR).

Bsp.: Wird die Beschränkung der Vertretungsmacht eines Verwaltungsrates auf das Kollektivzeichnungsrecht nicht im Handelsregister eingetragen, darf der gutgläubige Dritte gestützt auf Art. 718 Abs. 1 OR darauf vertrauen, dass der Verwaltungsrat einzelzeichnungsberechtigt ist.

- Der sog. **öffentliche Glaube**: Die Publizitätswirkung bezieht sich nur auf richtige Eintragungen. Das Gesetz regelt die Frage nicht, ob auch *materiell unrichtige Eintragungen* gegenüber dem Dritten, der auf deren Richtigkeit vertraut, als richtig gelten (*sog. öffentlicher Glaube*). Die Frage, ob dem Handelsregister öffentlicher Glaube zukommt, ist in der Lehre umstritten, die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist uneinheitlich und verschafft wenig Klarheit. In einzelnen Entscheiden wurde der öffentliche Glaube stillschweigend oder in einem obiter dictum (d.h. in einer für die konkrete Entscheidung nicht relevanten Überlegung) angenommen.
- **Deklaratorische vs. konstitutive Wirkung**: Als Regel gilt, dass die Eintragung nur deklaratorische Wirkung hat: Sie ändert an der bestehenden Rechtslage nichts und hält bloss fest, was ohnehin bereits gilt. Ausnahmsweise haben Einträge konstitutive Wirkung: Sie gestalten die Rechtslage um, sie halten nicht bloss fest, sondern lassen etwas entstehen, was zuvor noch nicht gegolten hat. So erlangt etwa die Aktiengesellschaft das Recht der Persönlichkeit erst durch die Eintragung.

Bsp.: Eine kaufmännische Kollektivgesellschaft entsteht schon mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages, der Eintrag im Handelsregister ändert an der Rechtslage nichts (deklaratorische Wirkung). Die nicht-kaufmännische Kollektivgesellschaft, die AG, die GmbH und die Genossenschaft erlangen die Rechtspersönlichkeit erst mit der Eintragung im Handelsregister (konstitutive Wirkung).

3.3.5 Beispiel eines Handelsregisterauszuges

Abb. 51: Beispiel eines Handelsregisterauszuges

 Handelsregister des Kantons Aargau - Hauptregister

| | | | | | | | | | | | | | |
|---|---------------------|---|-------------------|------------|-----------------------------------|--------------------|-------------------------------------|-------|-------|--------------------|------|------------|-------|
| Firmennummer | | Rechtsnatur | | Eintragung | Löschung | Übertrag von: | | 1 | | | | | |
| CH-400.3.017.985-8 | | Aktiengesellschaft | | 09.12.1996 | | auf: | | | | | | | |
|  Alle Eintragungen | | | | | | | | | | | | | |
| Ei | Lö | Firma | | | | | Ref | Sitz | | | | | |
| 1 | | ABB Turbo Systems AG (ABB Turbo Systems Ltd) (ABB Turbo Systems SA) | | | | | 1 | Baden | | | | | |
| Ref | Aktienkapital (CHF) | | Liberierung (CHF) | | Aktien-Stückelung | | Ref Adresse der Firma | | | | | | |
| 1 | 10'000'000.-- | | 10'000'000.-- | | 100'000 Namenaktien zu CHF 100.-- | | 1 Haselstrasse 16 5400-Baden | | | | | | |
| Ref | PS-Kapital (CHF) | | Liberierung (CHF) | | Partizipationsscheine | | 13 Bruggerstrasse 71a 5400 Baden | | | | | | |
| Ei | Lö | Zweck | | | | | Ref | | | | | | |
| 1 | 19 | <p>Entwicklung, Produktion und Vertrieb von Aufladungssystemen und anderen technischen Produkten, die Gesellschaft kann Grundstücke erwerben, Zweigniederlassungen errichten und Tochtergesellschaften gründen.</p> <p>Entwicklung, Produktion und Vertrieb von Aufladungssystemen und anderen technischen Produkten, die Gesellschaft kann Grundstücke erwerben, Zweigniederlassungen errichten, Tochtergesellschaften gründen, Finanzierungsgeschäfte tätigen und kann auch für Verpflichtungen ihrer Aktionäre und von verbundenen Gesellschaften Sicherheiten, insbesondere in Form von Garantien, Pfändern, Globalzessionen, Sicherungsübereignungen, Sicherungsabtretungen und Schadloshaltungserklärungen stellen.</p> | | | | | | | | | | | |
| Ei | Lö | Bemerkungen | | | | | Ref Statutendatum | | | | | | |
| 1 | | Die Mitteilungen an die Aktionäre erfolgen brieflich. | | | | | 1 03.12.1996 | | | | | | |
| 1 | | Die Übertragbarkeit der Namenaktien ist nach Massgabe der Statuten beschränkt. | | | | | 19 12.09.2003 | | | | | | |
| Ei | Lö | Besondere Tatbestände | | | | | Ref Publikationsorgan | | | | | | |
| 1 | | Sacheinlage/Sachübernahme: Die Gesellschaft übernimmt anlässlich der Gründung Teilaktiven von CHF 128'515'309.65 und Teilpassiven von CHF 61'550'911.98 der "ABB Turbo Systems Holding AG", in Baden, nämlich das von ihr unter der Bezeichnung "Z Geschäftsbereich Aufladung" in Baden und Oerlikon geführte Geschäft, gemäss Bilanz per 01.01.1996, wofür 100'000 voll liberierte Namenaktien zu CHF 100.-- ausgegeben und CHF 46'964'397.67 als Forderung gutgeschrieben werden. | | | | | 1 SHAB | | | | | | |
| Ei | Lö | Zweigniederlassung | | Ei | Lö | Zweigniederlassung | | Ei | Lö | Zweigniederlassung | | | |
| | | | | | | | | | | | | | |
| Zei | Ref | TB-Nr | TB-Datum | SHAB | SHAB-Datum | Seite | Zei | Ref | TB-Nr | TB-Datum | SHAB | SHAB-Datum | Seite |
| FR | 1 | 8359 | 09.12.1996 | 243 | 13.12.1996 | 7733 | BM | 17 | 2071 | 21.03.2003 | 59 | 27.03.2003 | 1 |
| GB | 2 | 8838 | 23.12.1996 | 1 | 06.01.1997 | 10 | SM | 18 | 5033 | 15.07.2003 | 137 | 21.07.2003 | 1 |
| EF | 3 | 2887 | 14.05.1997 | 94 | 21.05.1997 | 3388 | FR | 19 | 7031 | 06.10.2003 | 195 | 10.10.2003 | 1 |
| BS | 4 | 4061 | 22.05.1998 | 101 | 28.05.1998 | 3626 | SM | 20 | 8230 | 19.11.2003 | 227 | 25.11.2003 | 1 |
| BS | 5 | 9285 | 07.12.1998 | 241 | 11.12.1998 | 8477 | SM | 21 | 3124 | 26.04.2004 | 83 | 30.04.2004 | 2 |
| SM | 6 | 567 | 19.01.1999 | 16 | 25.01.1999 | 539 | SM | 22 | 6124 | 20.07.2004 | 142 | 26.07.2004 | 1 |
| BS | 7 | 4678 | 28.06.1999 | 126 | 02.07.1999 | 4477 | SM | 23 | 9614 | 06.12.2004 | 241 | 10.12.2004 | 1 |
| SM | 8 | 6271 | 23.08.1999 | 166 | 27.08.1999 | 5878 | SM | 24 | 1590 | 22.02.2005 | 41 | 28.02.2005 | 1 |
| EF | 9 | 506 | 14.01.2000 | 14 | 20.01.2000 | 435 | SM | 25 | 6475 | 17.08.2005 | 162 | 23.08.2005 | 1 |
| SM | 10 | 5532 | 12.07.2000 | 138 | 18.07.2000 | 4903 | SM | 26 | 8645 | 14.11.2005 | 225 | 18.11.2005 | 1 |
| SM | 11 | 9483 | 04.12.2000 | 240 | 08.12.2000 | 8382 | SM | 27 | 9411 | 12.12.2005 | 245 | 16.12.2005 | 1 |
| SM | 12 | 4430 | 27.06.2001 | 126 | 03.07.2001 | 5010 | SM | 28 | 1243 | 30.01.2006 | 24 | 03.02.2006 | 1 |
| MD | 13 | 9172 | 13.12.2001 | 246 | 19.12.2001 | 9998 | SM | 29 | 1832 | 13.02.2006 | 34 | 17.02.2006 | 1 |
| FR | 14 | 9436 | 20.12.2001 | 251 | 28.12.2001 | 10257 | | | | | | | |
| SM | 15 | 1574 | 27.02.2002 | 44 | 05.03.2002 | 1 | | | | | | | |
| SM | 16 | 4553 | 25.06.2002 | 124 | 01.07.2002 | 2 | | | | | | | |





Handelsregister des Kantons Aargau - Hauptregister

| | | | |
|--------------------|----------------------|-------|---|
| CH-400.3.017.985-8 | ABB Turbo Systems AG | Baden | 2 |
|--------------------|----------------------|-------|---|

Alle Eintragungen

| | | | |
|-------------------------------|--------------------------|---------------------------|----------------------------|
| Leg: P = Präsident(in) des VR | VR = Verwaltungsrat | GF = Geschäftsführer(in) | EU = Einzelunterschrift |
| VP = Vizepräsident(in) des VR | Liq = Liquidator(in) | b.a = beschränkt auf | KU = Kollektivunterschrift |
| Del = Delegierte(r) des VR | GD = Generaldirektor(in) | HS = Hauptsitz | EP = Einzelprokura |
| M = Mitglied des VR | D = Direktor(in) | ZN = Zweigniederlassung | KP = Kollektivprokura |
| S = Sekretär(in) | VD = Vizedirektor(in) | ZB = Zeichnungsberechtig. | Stv = Stellvertreter(in) |
| GL = Geschäftsleitung | Dir = Direktion | | |

| Ei | Ae | Lö | Personalangaben | Funktion | Zeichnungsart |
|----|----|-----|--|-----------------|---------------|
| 1 | | 3 | Sonnenmeyer, Alois, von Winterthur, in Niederrohrdorf | Präsident | KU zu zweien |
| 1 | | | Arnet, Daniel, von Gettnau und Zürich, in Künten | Delegierter | KU zu zweien |
| 1 | | 3 | de Quervain, Marc, von Vevey und Bern, in Untersiggenthal | Mitglied | KU zu zweien |
| 1 | | 25 | Eberle, Dr. Meinrad K., von Zürich, in Brütten | Mitglied | KU zu zweien |
| 1 | | | Baumann, Willi, von Bern, in Klingnau | | KU zu zweien |
| 1 | | 21 | Ederhof, Dr. Alfred, deutscher Staatsangehöriger, in Waldshut (D) | | KU zu zweien |
| 1 | | 21 | Haelmann, Jürgen, deutscher Staatsangehöriger, in Wehlen AG | | KU zu zweien |
| 1 | | 9 | Keller, Urs, von Oberthal, in Klingnau | | KU zu zweien |
| 1 | | | Kuhn, Willy, von Gaiserwald, in Obersiggenthal | | KU zu zweien |
| 1 | | 12 | Spengler, Dr. Peter, von Birkwilen, in Emmetbaden | | KU zu zweien |
| 1 | | 9 | Sellier, Arthur Albert, von Adliswil, in Gebenstorf | | KP zu zweien |
| 1 | | 14 | Brigger, Manfred, von Birmenstorf AG, in Birmenstorf AG | | KP zu zweien |
| 1 | | 25 | Capanni, Dino, von Wettingen, in Baden | | KP zu zweien |
| 1 | | 6 | Clauss, Georg, von Zürich, in Widen | | KP zu zweien |
| 1 | | | Codan, Ennio, italienischer Staatsangehöriger, in Hausen AG | | KP zu zweien |
| 1 | | 6 | Diek, Alfred, von Gressaffoltern, in Würenlingen | | KP zu zweien |
| 1 | | 14 | Diebold, Wolfgang, von Baden, in Obersiggenthal | | KP zu zweien |
| 1 | | 12 | Halbeisen, Markus, von Wahlen, in Gipf-Oberfrick | | KP zu zweien |
| 1 | | | Hügli, Kurt, von Wolfwil und Sumiswald, in Oberbuchsiten | | KP zu zweien |
| 1 | | 6 | Krebs, Franziska, von Gerzensee, in Turg | | KP zu zweien |
| 1 | | 9m | Kunz, Beat, von Trub, in Seengen | | KP zu zweien |
| 1 | | | Laustela, Esko Jussi, finnischer Staatsangehöriger, in Schafisheim | | KP zu zweien |
| 1 | | 14 | Reusser, André, von Zürich, in Zürich | | KP zu zweien |
| 1 | | | Rohne, Dr. Karl Heinz, deutscher Staatsangehöriger, in Villigen | | KP zu zweien |
| 1 | | 12 | Schar, Oskar, von Wüssachen, in Adlikon | | KP zu zweien |
| 1 | | | Schiesser, David, von Braunwald und Diesbach GL, in Niederrohrdorf | | KP zu zweien |
| 1 | | 12 | Schmidhalter, Heinz, von Brig-Clis, in Klingnau | | KP zu zweien |
| 1 | | 12 | Schweizer, Rolf, von Winterthur, in Thalwil | | KP zu zweien |
| 1 | | | Steiger, Hanspeter, von Altstätten, in Mellingen | | KP zu zweien |
| 1 | | 9 | Späti, Heinz, von Solothurn und Heinrichswil-Winistorf, in Obersiggenthal | | KP zu zweien |
| 1 | | | Umbricht, Franz, von Untersiggenthal, in Untersiggenthal | | KP zu zweien |
| 1 | | | Völlmin, Urs, von Ormalingen, in Lostorf | | KP zu zweien |
| 1 | | | Weber, Ernst, von Niederösch, in Untersiggenthal | | KP zu zweien |
| 1 | | | Zimmerli, Karl, von Aarburg, in Neuenhof | | KP zu zweien |
| 1 | | 19 | KPMC Pides-Feat, in Zürich | Revisionsstelle | |
| 2 | | | Bossy, Roland, von Payerne, in Oberentfelden | | KP zu zweien |
| 2 | | 12 | Brandt, Michael Jeremy, von Thônex, in Bellikon | | KP zu zweien |
| 2 | | | Lasch, Frank, deutscher Staatsangehöriger, in Weilheim (D) | | KP zu zweien |
| 2 | | | Müller, Dr. Max, von Zürich und Sarnen, in Steinmaur | | KP zu zweien |
| 2 | | 7 | Vontobel, Jürg, von Meilen, in Dietikon | | KP zu zweien |
| 3 | | 6 | Steiner, Dr. Andreas B., von Schüpfen, in Embrach | Präsident | KU zu zweien |
| 3 | | 6 | Egloff, Egon, von Niederrohrdorf, in Remetschwil | Mitglied | KU zu zweien |
| 4 | | 16 | Claus, Elvira, von Benken SG, in Zürich | | KP zu zweien |
| 4 | | 14 | Puluckin, Jan, norwegischer Staatsangehöriger, in Würenlingen | | KP zu zweien |
| 4 | | 11m | Gribi, Urs Erwin, von Lengnau BE, in Oberrohrdorf | | KP zu zweien |
| 4 | | | Brem, Karl-Jakob, von Rudolfstetten-Friedlisberg, in Frick | | KP zu zweien |
| 5 | | | Born, Hansruedi, von ThunLetten, in Gipf-Oberfrick | | KP zu zweien |
| 5 | | | Müller, Herbert, von Oberkulm, in Zufikon | | KP zu zweien |
| 5 | | | Schmid, Peter, von Remigen, in Riethem | | KP zu zweien |
| 5 | | | Schwend, Joachim, deutscher Staatsangehöriger, in Horgen | | KP zu zweien |
| 6 | | 15 | Sonnenmeyer, Alois, von Winterthur, in Niederrohrdorf | Präsident | KU zu zweien |
| 6 | | 14 | Fokkens, Andreas, norwegischer Staatsangehöriger, in Richterswil | Mitglied | KU zu zweien |
| 7 | | | Widmer, Urs, von Bussnang, in Weinfelden | | KP zu zweien |
| 8 | | 27 | Gugelz, Walter, von Erlenbach ZH, in Oberrohrdorf | Mitglied | KU zu zweien |
| 9 | | | Kunz, Beat, von Trub, in Seengen | | KU zu zweien |
| 9 | | 12 | Huber, Gerhard, deutscher Staatsangehöriger, in Berikon | | KP zu zweien |
| 9 | | 22 | Brunner, Ueli, von Winterthur, in Mellingen | | KP zu zweien |
| 10 | | | van den Berg, Walter, niederländischer Staatsangehöriger, in Oftringen | | KP zu zweien |
| 10 | | 21 | Morawietz, Ute, deutsche Staatsangehörige, in Dogern (D) | | KP zu zweien |
| 10 | | | Wüthrich, Dr. Christian, von Trub, in Fislisbach | | KP zu zweien |
| 10 | | 21m | Schönung, Dr. Bernhard, deutscher Staatsangehöriger, in Wehr (D) | | KP zu zweien |

Aarau, 20.02.2006 10:11

Fortsetzung auf der folgenden Seite



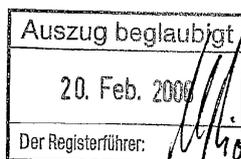

 Handelsregister des Kantons Aargau - Hauptregister

| | | | |
|--------------------|----------------------|-------|---|
| CH-400.3.017.985-8 | ABB Turbo Systems AG | Baden | 3 |
|--------------------|----------------------|-------|---|

Alle Eintragungen

| Bi | Ae | Lö | Personalangaben | Funktion | Zeichnungsart |
|----|----|-----|--|-----------------|---------------|
| 10 | | | Policke, Oswald, deutscher Staatsangehöriger, in Fislisbach | | KP zu zweien |
| 10 | | | Huser, Linus, von Seelisberg, in Lengnau AG | | KP zu zweien |
| 10 | | | Wälti, Heinz, von Rüderswil, in Aarburg | | KP zu zweien |
| | 11 | | Gribi, Urs Erwin, von Lengnau BE, in Oberrohrdorf | | KU zu zweien |
| 11 | | | Plessl, Dr. Andreas, deutscher Staatsangehöriger, in Niederrohrdorf | | KP zu zweien |
| 11 | | | Stillhard, Christoph, von Gossau SG, in Winterthur | | KP zu zweien |
| 11 | | | Deppeler, Kurt, von Zimmerwald, in Unterehrendingen | | KP zu zweien |
| 11 | | | Hauelsen, Volkmar, deutscher Staatsangehöriger, in Obersiggenthal | | KP zu zweien |
| 12 | | | Hock, Ralf, von Döttingen, in Dogern (D) | | KP zu zweien |
| 12 | | | Rupp, Markus, deutscher Staatsangehöriger, in Dogern (D) | | KP zu zweien |
| 12 | | | Schwarz, Roland, von Hägglingen, in Fischingen | | KP zu zweien |
| 12 | | | Zingg, Hanspeter, von Meggen und Luzern, in Zürich | | KU zu zweien |
| 14 | | 15m | Brandal, Martinus, norwegischer Staatsangehöriger, in Kilehberg ZH | Mitglied | KU zu zweien |
| 14 | | | Achermann, Felix, von Buochs, in Stetten AG | | KP zu zweien |
| 14 | | | Mühlethaler, Markus, von Bettenhausen, in Ennetbaden | | KP zu zweien |
| 14 | | 20 | Nitzeche, Erich, deutscher Staatsangehöriger, in Klingnau | | KU zu zweien |
| 14 | | | Riesen, Hansueli, von Oberbalm, in Rümliang | | KP zu zweien |
| | 15 | 22 | Brandal, Martinus, norwegischer Staatsangehöriger, in Kilehberg ZH | Präsident | KU zu zweien |
| | | | Müller, Ulf Christian, deutscher Staatsangehöriger, in Obersiggenthal | | KP zu zweien |
| 16 | | | Smits, Arie, holländischer Staatsangehöriger, in Wohlen AG | | KP zu zweien |
| 17 | | 22m | Fässler, Dr. Hanspeter, von Urnäsch, in Bergdietikon | Mitglied | KU zu zweien |
| 18 | | | Rofka, Christoph, deutscher Staatsangehöriger, in Birnenstorf AG | | KP zu zweien |
| 18 | | | Schubert, Harald, deutscher Staatsangehöriger, in Niederwil AG | | KP zu zweien |
| 19 | | | Ernst & Young AG, in Zürich | Revisionsstelle | |
| 20 | | | Riemenschneider, Oliver, deutscher Staatsangehöriger, in Rietheim | | KU zu zweien |
| | 21 | | Schönung, Dr. Bernhard, deutscher Staatsangehöriger, in Wehr (DE) | | KU zu zweien |
| 21 | | | Jung, Michael, deutscher Staatsangehöriger, in Waldshut-Tiengen (DE) | | KP zu zweien |
| 21 | | | Junker, Oliver, von Rüderswil, in Olten | | KP zu zweien |
| 21 | | | Kahl, Markus, finnischer Staatsangehöriger, in Ueken | | KP zu zweien |
| 21 | | | Rotzinger, Ute, deutsche Staatsangehörige, in Klettgau (DE) | | KP zu zweien |
| | 22 | 28 | Fässler, Dr. Hanspeter, von Urnäsch, in Bergdietikon | Präsident | KU zu zweien |
| 23 | | 26 | Menzies, Gavin, britischer Staatsangehöriger, in Niederrohrdorf | | KP zu zweien |
| 23 | | | Schönwetter, Lukas, von Glarus, in Zürich | | KP zu zweien |
| 23 | | | Schweizer, Rolf, von Winterthur, in Adliswil | | KP zu zweien |
| 23 | | | Wunderwald, Dirk, deutscher Staatsangehöriger, in Baden | | KP zu zweien |
| | | | Zeidler, Daniel, von Arlesheim, in Arlesheim | | KP zu zweien |
| | | 26m | Reinikkala, Veli-Matti, finnischer Staatsangehöriger, in Shanghai (CN) | Mitglied | KU zu zweien |
| 25 | | | Bremer, Joachim, deutscher Staatsangehöriger, in Fällanden | | KP zu zweien |
| 25 | | | Kettmann, Axel, deutscher Staatsangehöriger, in Mellingen | | KP zu zweien |
| 25 | | | Thiele, Martin, deutscher Staatsangehöriger, in Remigen | | KP zu zweien |
| | 26 | 28m | Reinikkala, Veli-Matti, finnischer Staatsangehöriger, in Westport (CT/US) | Mitglied | KU zu zweien |
| 26 | | | Lechner, Robert, deutscher Staatsangehöriger, in Untersiggenthal | | KP zu zweien |
| 26 | | | Lüthi, Rolf, von Netstal und Rüderswil, in Mollis | | KP zu zweien |
| 26 | | | Meyer, Claudia, von Villmergen, in Zürich | | KP zu zweien |
| 27 | | | Moor, Yann, von Wislikofen, in Turgi | Mitglied | KU zu zweien |
| | 28 | | Reinikkala, Veli-Matti, finnischer Staatsangehöriger, in Westport (CT/US) | Präsident | KU zu zweien |
| 29 | | | Stablin, Jasmin, deutsche Staatsangehörige, in Ennetbaden | Mitglied | KU zu zweien |

Aarau, 20.02.2006 10:11



Dieser Auszug aus dem kantonalen Handelsregister hat ohne die nebenstehende Originalbeglaubigung keine Gültigkeit. Er enthält alle gegenwärtig für diese Firma gültigen Eintragungen sowie zufällig seit 09.12.1996 gestrichenen Eintragungen. Auf besonderes Verlangen kann auch ein Auszug erstellt werden, der lediglich alle gegenwärtig gültigen Eintragungen enthält.

Gebühr: CHF 30.-

vcl



3.4 Firma

3.4.1 Allgemeines

Die Firma ist der für den Geschäftsverkehr gewählte **Name des Unternehmensträgers**. Die Firma bezeichnet nicht das Unternehmen selbst, sondern bezieht sich auf dessen Träger, den Inhaber des Unternehmens. Träger der Firma ist ein Einzelner (Einzelunternehmen; Art. 945 f. OR) oder eine Gesellschaft (Gesellschaftsfirma; Art. 947 ff. OR).

Von der Firma zu unterscheiden ist die sog. **Enseigne**. Sie ist die Bezeichnung eines Geschäftslokals eines Unternehmens. Abzugrenzen ist die Firma auch von der **Marke**, die ein Produkt oder eine Dienstleistung eines Unternehmens kennzeichnet.

Bsp.: Eine Aktiengesellschaft betreibt unter der Firma «Topmeals AG», die beiden Restaurants mit der Enseigne «Zum goldenen Löwen» und «Hot kitchen». Das dort vertriebene, selbstgebraute Bier trägt die Marke «Gold Water».

Die Firma dient zur **Individualisierung** eines Unternehmensträgers und bietet als Rufträgerin die Möglichkeit zur **Selbstdarstellung**.

3.4.2 Firmenkern und Zusätze

Die Firma besteht aus dem gesetzlich vorgeschriebenen oder freigewählten Firmenkern, der das Unternehmen kennzeichnet, und den gesetzlich vorgeschriebenen oder freiwillig hinzugefügten **Zusätzen**.

Der **Firmenkern** kann grundsätzlich aus einer Personenfirma (Familiennamen), einer Sachfirma (Gegenstand des Unternehmens), einer Phantasiefirma oder einer gemischten Firma (sowohl Personen- als auch Sach- oder Phantasiefirma) bestehen.

Der **Firmenkern** des **Einzelunternehmens** (Art. 945 OR) muss kraft gesetzlicher Vorschrift aus dem Familiennamen mit oder ohne Vornamen gebildet werden.

Der **Firmenkern** einer **Personengesellschaft** (Kollektiv- und Kommanditgesellschaft) muss den Familiennamen wenigstens eines (unbeschränkt haftenden) Gesellschafters enthalten. Enthält die Firma einer solchen Gesellschaft nicht die Namen aller unbeschränkt haftenden Gesellschafter, so muss die Firma einen das Gesellschaftsverhältnis andeutenden *Zusatz* («& Co.», «& Cie.», «& Partner») enthalten. Die Namen anderer Personen als der unbeschränkt haftenden Gesellschafter dürfen in der Firma nicht enthalten sein (Art. 947 OR).

Aktiengesellschaften, GmbHs und Genossenschaften können unter Wahrung der allgemeinen Grundsätze der Firmenbildung ihre Firma frei wählen. In allen Fällen muss aber die Bezeichnung als *Aktiengesellschaft*, *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* oder *Genossenschaft* beigefügt werden (Art. 950 OR). Der Gebrauch von Abkürzungen ist zulässig.

3.4.3 Schranken der Firmenbildung

Nebst den dargelegten (vgl. Kap. E.3.4.2) gesetzlichen Bestimmungen, wie die Firma eines Unternehmensträgers zu bilden ist, bestehen folgende allgemeine Gebote und Schranken der freien Firmenbildung:

- Täuschungsverbot
- Firmenklarheit

- Ausschliesslichkeit bestehender Firmen
- Verbot reiner Sachbezeichnungen
- (andere) öffentliche Interessen

Der Inhalt der Firma muss der Wahrheit entsprechen und darf keine Täuschungen verursachen (Art. 944 Abs. 1 OR). Das **Täuschungsverbot** bezweckt den Schutz des Publikums. Die Allgemeinheit soll davor geschützt werden, sich aufgrund der Firma falsche Vorstellungen über das Unternehmen zu machen. Unwahre Angaben in der Firma bieten ohne weiteres zu Täuschungen Anlass. Dem Wahrheitsgebot kommt deshalb neben dem Täuschungsverbot keine selbständige Bedeutung zu. Ob Täuschungsgefahr besteht, beurteilt sich nicht abstrakt, sondern anhand der besonderen Umstände des Einzelfalls. Nicht entscheidend ist, ob durch die Verwendung der Firma eine Täuschung bezweckt wird. Das Täuschungsverbot ist vor allem verletzt, wenn das Durchschnittspublikum aus der Firmenbezeichnung unzutreffende Schlüsse hinsichtlich des Sitzes oder der Natur des Unternehmens oder hinsichtlich der Art seiner Tätigkeit zieht (BGE 123 IV 226).

Bsp.: Unzulässig ist die Firma «Isolationswerk Bern», wenn weder Sitz noch Ort in Bern gelegen ist. Zulässig demgegenüber «Eiger-Granitwerk AG», weil diese Firma keinen Zusammenhang zwischen Ortsangabe und der Tätigkeit herstellt. Unzulässig ist die Verwendung von «Gymnase» für ein eine Turnhalle betreibendes Unternehmen, weil dies Anlass zur Verwechslung mit einer höheren Lehranstalt bietet, zulässig aber «Münsterkellerei AG», obwohl das Unternehmen über keinen Keller zur Einlagerung, Pflege und Abfüllung von Weinen verfügt.

Zum Grundsatz der **Firmenklarheit** gehört zunächst, dass überhaupt ersichtlich ist, dass es sich um eine Firma handelt. Weiter gehören die in den Art. 945 bis 950 OR geregelten (vgl. Kap. E.3.4.2) Grundsätze der Firmenbildung (insbesondere die Hinweise auf die Rechtsform des Unternehmens) dazu.

Die **Ausschliesslichkeit** bestehender Firmen ist wie folgt geregelt: Die im Handelsregister eingetragene und im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlichte Firma steht dem Berechtigten zu ausschliesslichem Gebrauch zu (Art. 956 Abs. 1 OR), wobei das Gebiet der Exklusivität entweder den Eintragungsort oder die ganze Schweiz umfasst (vgl. gleich nachfolgend). Das **Verbot identischer Firmenbildung** wird in den Art. 946 und Art. 951 OR durch das Erfordernis der **deutlichen Unterscheidbarkeit** einer neuen von einer älteren Firma ergänzt. Dabei ist der räumliche Schutzbereich je nach Rechtsform des Unternehmens verschieden:

- Die Firma eines Einzelunternehmens und die Firma der Kollektiv-, der Kommandit- und der Kommanditaktiengesellschaft muss sich von jeder älteren Firma *am Eintragungsort* deutlich unterscheiden (Art. 946 Abs. 1 und 2 sowie Art. 951 Abs. 1 OR).
- Die Firma einer Aktiengesellschaft, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung und einer Genossenschaft muss sich von jeder in *der Schweiz* bereits eingetragenen Firma von Gesellschaften in einer dieser Rechtsformen deutlich unterscheiden (Art. 951 Abs. 2 OR).

Das Verbot der *Identität der Firma* ist von Amtes wegen bei der handelsregisterrechtlichen Prüfung der neu einzutragenden Firma zu berücksichtigen, und einer neuen, mit einer bestehenden identischen Firma ist die Eintragung zu versagen. Das Recht auf *genügende Unterscheidbarkeit* ist dagegen nicht von Amtes wegen zu prüfen und durchzusetzen, es ist in einem gerichtlichen Verfahren durch den älteren Firmeninhaber geltend zu machen (vgl. Kap. E.3.4.4).

Das **Verbot reiner Sachbezeichnungen** besagt, dass Firmen, die einzig aus Sachbezeichnungen ohne kennzeichnenden Zusatz bestehen, nicht zulässig sind. Als kennzeichnende Zusätze genügen kennzeich-

nungskräftige Zeichen (Buchstaben), Personennamen oder eine weitere Sachbezeichnung, wenn sie zusammen mit der ersten Sachbezeichnung einen Phantasiebegriff bildet.

Bsp.: Unzulässig ist die Firma «Management AG», zulässig dagegen «Index Management AG».

Die Firma darf keinem **öffentlichen Interesse** zuwiderlaufen (Art. 944 Abs. 1 OR). Unter diese Schranke fallen einerseits Begriffe, die durch ein Spezialgesetz geschützt sind; andererseits ist eine Firma unzulässig, die gegen das religiöse, sittliche oder nationale Empfinden verstösst (BGE 101 Ib 361).

3.4.4 Schutz der Firma

Wer durch den unbefugten Gebrauch einer Firma beeinträchtigt wird, kann auf Unterlassung der weiteren Führung der Firma und bei Verschulden auf Schadenersatz klagen (Art. 956 Abs. 2 OR).

Der berechtigte Firmeninhaber kann eine Verletzung seines Rechts auf deutliche Unterscheidbarkeit einer jüngeren Firma (und Ausschliesslichkeit) somit klageweise durchsetzen. Das Recht auf deutliche Unterscheidbarkeit ist bei Ähnlichkeit der beiden Firmen verletzt. Massgebend ist, ob **Verwechslungsgefahr** besteht. Entscheidend ist der Gesamteindruck der beiden Firmen, den sie beim Publikum hinterlassen. Dabei ist sowohl der Klang als auch das Erscheinungsbild der Firma zu berücksichtigen. Die Verwechselbarkeit beurteilt sich aufgrund der Aufmerksamkeit, die in den Kreisen üblich ist, mit denen die betreffenden Unternehmen verkehren. Erhöhte Verwechslungsgefahr besteht, wenn die beiden Unternehmen am gleichen Ort tätig sind oder miteinander im Wettbewerb stehen. Bei reinen Phantasiebezeichnungen sind strengere Massstäbe anzulegen als bei Personen- und Sachbezeichnungen, weil bei ihnen eine grössere Auswahl unterscheidungskräftiger Zeichen zur Verfügung steht (BGE 118 II 322).

Bsp.: Als verwechselbar wurden vom Bundesgericht bezeichnet: «Interstop AG» und «Intershop AG», «Standard Commerz Bank» und «Commerzbank AG», «Reis AG Russikon» und «Reiss AG», «Biopharm Nagel AG» und «Biopharm», «Jurista AG» und «Justitia AG», «Interim Service AG» und «Adia Interim AG».

Ausreichend unterscheidungsfähig sind dagegen nach Bundesgericht: «SMP Management Programm St. Gallen» und «MZSG Management Zentrum St. Gallen», «Pierre Keller Alligator SA» und «Lacoste Alligator SA».

3.5 Buchführung

3.5.1 Allgemeines

Die Buchführung dient als Hilfsmittel zur Ermittlung der finanziellen Lage zunächst dem Unternehmen selbst. Es kommt ihr weiter die Aufgabe der Information der am Unternehmen Beteiligten zu. Schliesslich gewährleistet sie in gewissem Umfang auch den Schutz Aussenstehender, die mit der Gesellschaft in Kontakt treten.

Buchführungspflichtig ist, wer *verpflichtet* ist, seine Firma in das Handelsregister eintragen zu lassen (Art. 957 Abs. 1 OR), d.h. wer ein kaufmännisches Unternehmen führt (Art. 934 Abs. 1 OR): Kollektivgesellschaft, Kommanditgesellschaft, AG, GmbH, Kommandit-AG, Genossenschaft sowie der ein kaufmännisches Unternehmen führende Verein.

Die *Buchführungspflicht* umfasst nebst der Erstellung von *Geschäftsbüchern* zur laufenden Erfassung der Geschäftsvorfälle (Art. 957 Abs. 1 OR) die Erstellung

- einer *Bilanz* (zusammenfassende Darstellung der aktiven und passiven Bestände zu einem bestimmten Zeitpunkt),

- einer *Erfolgsrechnung* (alle Aufwände und Erträge nach Arten einer Geschäftsperiode),
- eines *Inventars* (Verzeichnis sämtlicher Aktiven und Passiven nach Gattung, Menge und Wert auf einen bestimmten Zeitpunkt).

3.5.2 Buchführungs- und Bilanzgrundsätze

Gemäss Art. 959 OR sind die Betriebsrechnung und Jahresbilanz *nach allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen* aufzustellen. Dieser Begriff ist wenig konkret und unbestimmt. Die aktienrechtliche Bestimmung des Art. 662a Abs. 2 OR enthält eine detailliertere Aufzählung von Bestimmungen zur Ordnungsmässigkeit der Rechnungslegung. Diese Grundsätze (Wahrheit, Vollständigkeit, Klarheit, Wesentlichkeit, Vorsicht, Unternehmensfortführung, Stetigkeit, Verrechnungsverbot) dürften aus heutiger Sicht zu den allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen gehören (zum Ganzen vgl. Kap. F.1.2.2.3).

Aufgrund der Marginalie von Art. 959 OR gelten die Grundsätze der **Bilanzwahrheit und -klarheit**.

Bilanzklarheit bedeutet einerseits, dass die Buchführung übersichtlich und zweckmässig gegliedert sein muss. Andererseits gilt der Grundsatz der *Bilanzkontinuität*, wonach an den einmal gewählten Bilanzierungsgrundsätzen festzuhalten ist. **Bilanzwahrheit** bedeutet, dass Betriebsrechnung und Bilanz *vollständig (formelle Wahrheit)* sein und die finanzielle Lage des Unternehmens richtig darstellen (*materielle Wahrheit*) müssen.

Das Prinzip der formellen Wahrheit gilt uneingeschränkt. Demgegenüber wird das Prinzip der materiellen Wahrheit durch das **Vorsichtsprinzip** relativiert: Gemäss Art. 960 Abs. 2 OR sind Aktiven höchstens nach dem Wert anzusetzen, der ihnen im Zeitpunkt, auf welchen die Bilanz errichtet wird, für das Geschäft zukommt. Das bedeutet, dass Aktiven eher zu niedrig und Passiven eher zu hoch zu schätzen sind. Daraus folgt das *Imparitätsprinzip*: Aktiven und Erträge sind erst dann zu erfassen, wenn sie realisiert sind, Passiven und Aufwände aber bereits, wenn sie erkennbar sind.

3.5.3 Formelle Buchführungsvorschriften

Inventar, Betriebsrechnung und Bilanz sind alljährlich und innert einer dem ordnungsgemässen Geschäftsgang entsprechenden Frist abzuschliessen (Art. 958 OR). Die Geschäftsbücher, die Korrespondenz und Belege sind während zehn Jahren aufzubewahren (Art. 962 Abs. 1 OR). Während Bilanz und Erfolgsrechnung im Original aufzubewahren sind, können die Bücher, die Buchungsbelege und die Korrespondenz schriftlich, elektronisch oder in vergleichbarer Weise geführt und aufbewahrt werden (Art. 957 Abs. 3 OR). In Prozessen, die das Geschäft betreffen, kann der Richter die Edition der Geschäftsbücher und Belege verfügen (Art. 963 OR).

3.5.4 Spezielle Bestimmungen für einzelne Gesellschaften

Für **Aktiengesellschaften** enthalten Art. 662a bis 670 OR zusätzliche und strengere Bilanzierungsvorschriften (vgl. Kap. F.1.2.2).

Für **börsenkotierte Gesellschaften** finden sich in der Börsengesetzgebung (Kotierungsreglement) über die Bestimmungen des Obligationenrechts hinausgehende Anforderungen an die Rechnungslegung (vgl. Kap. 0). Die Bestimmungen des OR sehen lediglich Höchstbewertungsvorschriften (wie etwa das Vorsichtsprinzip) vor und vermeiden damit eine Überbewertung des Unternehmens, nicht aber dessen Unterbewertung. Das Kotierungsreglement schreibt dagegen eine Rechnungslegung vor, «die ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage vermittelt» (**Grundsatz der true and fair view**).

3.6 Handelsrechtliche Vollmachten

3.6.1 Allgemeines

Das kaufmännische Unternehmen wird gegen aussen tätig, es tritt in Rechtsverkehr mit Dritten. Dabei kann der Geschäftsherr (der Einzelunternehmer, die Gesellschafter bei Personengesellschaften, die Exekutivorgane bei den juristischen Personen) selber handeln oder sich einer Hilfsperson bedienen. Der Geschäftsverkehr mit Dritten, die mit dem Geschäftsherrn oder mit Hilfspersonen in Kontakt treten, wird vereinfacht, wenn sich diese auf eine feste Regelung des Umfangs der Vertretungsmacht verlassen können. Das Obligationenrecht trägt diesem Bedürfnis Rechnung, indem es einerseits die Vertretungsmacht der Gesellschafter und der Organe regelt und andererseits für Hilfspersonen im kaufmännischen Verkehr klar definierte handelsrechtliche Vollmachten vorsieht. Bei diesen handelsrechtlichen Vollmachten der Hilfspersonen handelt es sich um

- die Prokura und
- die Handlungsvollmacht.

3.6.2 Die Prokura

Der Prokurist kann im Namen des Geschäftsherrn **alle Arten von Rechtshandlungen vornehmen, die der Zweck des Gewerbes mit sich bringen kann** (Art. 459 Abs. 1 OR). Der Umfang der Vertretungsmacht bei der Prokura erstreckt sich auf alle Rechtshandlungen, die objektiv betrachtet mit einem Gewerbe der betreffenden Art in Zusammenhang gebracht werden können. Es hat sich nicht um Geschäfte zu handeln, die das Gewerbe gewöhnlich mit sich bringt. Der Prokurist ist auch zu ungewöhnlichen Geschäften befugt, sofern sie durch den Geschäftszweck nicht geradezu als ausgeschlossen erscheinen (BGE 84 II 169). Der Umfang der Vertretungsmacht des Prokuristen geht damit sehr weit und ist – abgesehen von den im Folgenden aufgeführten Beschränkungen – identisch mit der Vertretungsmacht des Kollektivgesellschafters (Art. 564 OR; vgl. Kap. E.5.3.2), des Komplementärs bei der Kommanditgesellschaft (Art. 603 OR; vgl. Kap. E.6.3.2), des Verwaltungsrats bei der AG (Art. 718a OR; vgl. Kap. F.1.6.3.2) und des Gesellschafters bei der GmbH (Art. 814 OR; vgl. Kap. F.2.4.2); demgegenüber ist beispielsweise die Vertretungsmacht des einfachen Gesellschafters viel eingeschränkter (Art. 543 OR; vgl. Kap. E.4.3.1).

Bsp.: Der Prokurist eines Hotels kann einem Architekten den Auftrag zur Ausarbeitung von Bauplänen für dieses Hotel erteilen. Der Prokurist eines Speditionsunternehmens kann Treuhandgeschäfte im Namen des Unternehmens abschliessen.

Gesetzlich beschränkt ist der Umfang der Vertretungsmacht insofern, als dass der Prokurist Grundstücke weder veräussern noch belasten darf (Art. 459 Abs. 2 OR). Die Praxis beschränkt die Vertretungsmacht weiter durch das grundsätzliche Verbot des Selbstkontrahierens und des Doppelkontrahierens (vgl. Kap. B.7.6) zur Vermeidung von Interessenkollisionen.

Eine **gewillkürte Beschränkung** der Vertretungsmacht des Prokuristen lässt das Gesetz nur in zweierlei Hinsicht zu:

- **Filialprokura:** Die Vertretungsmacht des Prokuristen kann auf den Geschäftskreis einer Zweigniederlassung beschränkt werden (Art. 460 Abs. 1 OR).
- **Kollektivprokura:** Die Prokura kann mehreren (in der Regel zwei) Personen zur gemeinsamen Unterschrift erteilt werden mit der Wirkung, dass die Unterschrift des Einzelnen ohne die Mitwirkung des oder der Übrigen nicht verbindlich ist (Art. 460 Abs. 2 OR).

Diese gewillkürten Beschränkungen entfalten ihre Wirkungen Dritten gegenüber nur, wenn sie im Handelsregister eingetragen sind.

Es steht dem Geschäftsherrn frei, mit dem Prokuristen **intern** weitere Beschränkungen der Vertretungsbefugnis zu vereinbaren. Solche Beschränkungen sind extern, d.h. einem Dritten gegenüber nur dann wirksam, wenn dieser von der internen Beschränkung Kenntnis hat oder wenn sein Nichtwissen auf mangelnde Sorgfalt zurückzuführen ist.

Die Prokura wird dadurch ausgeübt, dass der Prokurist die Firma *«per procura»* zeichnet (Art. 458 Abs. 1 OR), was bedeutet, dass er der Firma seinen Namen und einen Prokurazusatz beifügt (z.B. «Novartis, *ppa.* Eichenberger»).

Die kaufmännische Prokura entsteht durch formlose Bevollmächtigung (vgl. Kap. B.7.1.1.1). Die Bevollmächtigung kann auch stillschweigend erfolgen (Art. 458 Abs. 1 OR). Eine Prokura entsteht etwa, wenn der Geschäftsherr vom Auftreten der Hilfsperson als Prokurist Kenntnis hat und es duldet. Entscheidend ist nicht, ob der Geschäftsherr tatsächlich eine Prokura erteilen wollte. Es genügt, wenn der Dritte beim Vertragsschluss in guten Treuen auf eine Prokuraerteilung schliessen durfte (BGE 96 II 439). Der Eintrag der kaufmännischen Prokura in das Handelsregister ist zwar vorgeschrieben (Art. 458 Abs. 2 OR), es kommt ihm aber lediglich deklaratorische Bedeutung zu. Bei der nicht-kaufmännischen Prokura (d.h. bei nicht nach Art. 934 Abs. 1 OR eintragungspflichtigen Gewerben) hat der Eintrag im Handelsregister dagegen konstitutive Wirkung.

Für das Erlöschen der Prokura gelten die Untergangsgründe der gewöhnlichen Vollmacht (vgl. Kap. B.7.1.1.1). Es ist grundsätzlich jederzeitiger Widerruf zulässig (Art. 465 Abs. 1 OR). Tod oder Eintritt der Handlungsunfähigkeit des Geschäftsherrn hat das Erlöschen der Prokura nicht zur Folge (Art. 465 Abs. 2 OR). Das Erlöschen der Prokura ist im Handelsregister einzutragen, selbst wenn deren Erteilung nicht eingetragen wurde (Art. 461 Abs. 1 OR). Solange die Löschung nicht erfolgt und bekannt gemacht ist, bleibt die Prokura gegenüber gutgläubigen Dritten in Kraft (Art. 461 Abs. 2 OR).

3.6.3 Die Handlungsvollmacht

Nebst der Möglichkeit, einen Prokuristen zu bestellen, sieht das Gesetz die Möglichkeit vor, einer Hilfsperson, sei es zum Betriebe des ganzen Gewerbes, sei es zu bestimmten Geschäften in seinem Gewerbe, eine Handlungsvollmacht zu erteilen (Art. 462 Abs. 1 OR).

Der Umfang der Handlungsvollmacht ist wesentlich enger als derjenige der Prokura. Die Handlungsvollmacht beschränkt sich auf **Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Gewerbes oder die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt** (Art. 462 Abs. 1 OR). Die Handlungsvollmacht wird zudem durch die Stellung des Bevollmächtigten *individualisiert*. Sie richtet sich nach dem, was nach Verkehrsauffassung für die konkrete Anstellung des Bevollmächtigten üblich ist.

Bsp.: Die Geschäftsbesorgung in einem Handelsgeschäft umfasst den Abschluss und die Abwicklung von Käufen und Verkäufen, die in einem derartigen Geschäft gewöhnlich geschehen. Der Geschäftsführer einer Sparkasse darf Kreditverträge abschliessen und Forderungen einkassieren und stunden; die Kreditgewährung durch einen Handlungsbevollmächtigten einer Handelsfirma wäre von seiner Vollmacht dagegen nicht gedeckt. Ebenso würden branchenfremde Treuhandgeschäfte durch den Handlungsbevollmächtigten eines Speditionsunternehmens nicht unter seine gesetzliche Vollmacht fallen.

Die Handlungsvollmacht ist gesetzlich beschränkt: Von der Vertretungsmacht nicht umfasst sind das Eingehen von Wechselverbindlichkeiten, die Aufnahme von Darlehen und die Prozessführung (Art. 462 Abs. 1 OR).

Wie bei der Prokura kann die Vertretungsbefugnis auch bei der Handlungsvollmacht durch **interne Vereinbarung** zwischen dem Geschäftsherrn und dem Bevollmächtigten **beschränkt** werden. Eine solche interne Beschränkung ist gegenüber Dritten nur dann wirksam, wenn diese die Beschränkung kannten oder hätten kennen sollen.

Die Handlungsvollmacht wird dadurch ausgeübt, dass der Handlungsbevollmächtigte der Firma seinen Namen mit einem das Vollmachtsverhältnis ausdrückenden Zusatz hinzufügt (Bsp. «Novartis, i.V./ i.A. Eichenberger»).

Wie die Prokura entsteht die Handlungsvollmacht durch ausdrückliche oder stillschweigende Ermächtigung. Es ist auch hier nicht entscheidend, ob der Geschäftsherr eine Vollmacht erteilen wollte, sondern vielmehr, ob Dritte, die mit dem Vertreter Geschäfte abschliessen, das Verhalten des Geschäftsherrn in guten Treuen als Erteilen einer Handlungsvollmacht deuten dürfen (BGE 74 II 151 f.). *Die Eintragung der Handlungsvollmacht in das Handelsregister ist gesetzlich nicht vorgesehen und auch nicht möglich.*

Die Beendigung der Handlungsvollmacht richtet sich nach den dargelegten Regeln der Prokura (vgl. Kap. E.3.6.2).

4. Einfache Gesellschaft

4.1 Definition und Grundzüge

4.1.1 Art. 530 OR

Eine Gesellschaft ist gemäss Art. 530 OR definiert als

- vertragsmässige Verbindung
- von zwei oder mehreren Personen
- zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln.

Gemäss Art. 530 Abs. 2 OR ist sie dann eine einfache Gesellschaft, wenn nicht die Voraussetzungen einer andern Gesellschaftsform erfüllt sind. Die einfache Gesellschaft ist damit negativ definiert – sie kann als *Auffangbecken im Gesellschaftsrecht* betrachtet werden.

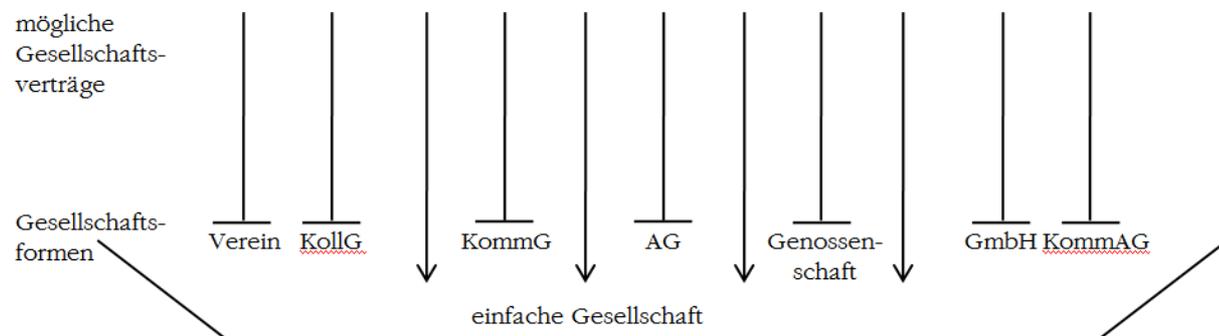


Abb. 52: Einfache Gesellschaft als Auffangbecken im Gesellschaftsrecht

Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft können sowohl natürliche als auch juristische Personen sein. Es kommen als Gesellschafter auch andere Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit (eine andere einfache Gesellschaft, eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft) oder andere Personengesamtheiten ohne gesellschaftliche Struktur (z.B. Erbengemeinschaft) in Betracht.

4.1.2 Rechts- und Handlungsfähigkeit

Die einfache Gesellschaft ist eine Rechtsgemeinschaft (vgl. Kap. E.2.3.1). Sie **hat keine Rechtspersönlichkeit**, und es fehlt ihr die **Handlungsfähigkeit**.

In gerichtlichen Verfahren kommt der einfachen Gesellschaft daher *keine Partei- und Prozessfähigkeit* zu. Sie kann weder als Klägerin auftreten noch als Beklagte ins Recht gefasst werden. Wollen die Gesellschafter Rechte, die ihnen als Gesellschafter gemeinsam zustehen, klageweise geltend machen, muss die Klage von allen Gesellschaftern zusammen erhoben werden. Hinsichtlich der Pflichten besteht eine solidarische Haftbarkeit der Gesellschafter (vgl. Kap. E.4.3.2). Klagen müssen deshalb nicht gegen alle Gesellschafter zusammen erhoben werden, sondern es kann auch jeder Gesellschafter einzeln beklagt werden. Die einfache Gesellschaft ist auch *nicht betriebsfähig*, sie kann weder in eigenem Namen eine Betreibung anheben noch kann sie betrieben werden.

Bsp.: Anton und Barbara bilden eine einfache Gesellschaft, deren Zweck der Bau und das gemeinsame Bewohnen eines Hauses ist. Eine Klage gegen den Werkunternehmer auf Minderung des Werklohns können sie nur gemeinsam und persönlich (in eigenem Namen) erheben. Der Werkunternehmer muss hingegen für den ausstehenden Werklohn die beiden nicht gemeinsam einklagen. Er kann entweder Anton oder Barbara persönlich belangen.

Sachen, dingliche Rechte und Forderungen stehen nicht der Gesellschaft zu, sondern den Gesellschaftern *gemeinschaftlich* (Art. 544 OR).

Falls von den Gesellschaftern nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart wurde, stellt die einfache Gesellschaft eine *Gesamthandgemeinschaft* dar: Verfügungen über die Rechte werden durch die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit ausgeübt, und Sachen stehen im Gesamteigentum der Gesellschafter. Die Gesellschafter können aber auch eine *Bruchteilsgemeinschaft* vereinbaren. Jedem Gesellschafter steht diesfalls an den Rechten ein ideeller Anteil zu, über den er selbständig verfügen kann, und Sachen stehen im Miteigentum der Gesellschafter, was bedeutet, dass jeder Gesellschafter über seinen Miteigentumsanteil an der Sache grundsätzlich frei verfügen kann. Eine Verfügung über den Miteigentumsanteil kann aber dem Gesellschaftszweck zuwiderlaufen und den Gesellschafter aus Vertragsverletzung haftbar machen.

Bsp.: Vereinbaren Anton und Barbara hinsichtlich der Liegenschaft nichts anderes, steht sie im Gesamteigentum. Die Verpfändung der Liegenschaft zur Aufnahme einer Hypothek bedarf eines gemeinsamen Beschlusses. Haben sie dagegen Miteigentum zu gleichen Teilen vereinbart, so kann jeder von ihnen seinen Miteigentumsanteil ohne die Zustimmung des anderen verpfänden.

Die einfache Gesellschaft kann kein kaufmännisches Unternehmen führen (für nähere Ausführungen und insbesondere die durch die Praxis tolerierte Ausnahme bei Beteiligung juristischer Personen als Gesellschafter vgl. Kap. E.2.5.2).

4.1.3 Subsidiärform im Gesellschaftsrecht (Art. 530 Abs. 2 OR)

Wie bereits unter Kap. E.4.1.1 ausgeführt, ist eine Gesellschaft eine einfache Gesellschaft, wenn nicht die Kriterien einer anderen durch das Gesetz geordneten Gesellschaftsform erfüllt sind (Art. 530 Abs. 2 OR).

Die Bestimmungen über die einfache Gesellschaft (Art. 530 bis 551 OR) kommen ferner in folgenden weiteren Fällen zur Anwendung:

- Aufgrund von Art. 557 Abs. 2 und Art. 598 Abs. 2 OR im **Innenverhältnis der Kollektiv- und Kommanditgesellschaften**, sofern das Gesetz keine besonderen Bestimmungen aufstellt;

- aufgrund von Art. 60 Abs. 2 ZGB bei Vereinen, denen die Persönlichkeit nicht zukommt oder die sie noch nicht erlangt haben;
- auf die Gründer einer Aktiengesellschaft, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder einer Genossenschaft, bis diese in das Handelsregister eingetragen ist (BGE 102 II 423);
- hilfsweise bei der Auslegung von Bestimmungen der Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft.

4.1.4 Innenverhältnis/Geschäftsführung/Vertretungsbefugnis vs. Aussenverhältnis/Vertretung/Vertretungsmacht

Im Gesellschaftsrecht muss streng zwischen **Innenverhältnis** und **Aussenverhältnis** unterschieden werden.

Die **Geschäftsführung** betrifft das **«Dürfen» im Innenverhältnis** der Gesellschaft, d.h. die Kompetenzen des Geschäftsführers im Verhältnis zur Gesellschaft bzw. zu den anderen Gesellschaftern. Sie regelt die Frage, inwieweit ein Gesellschafter nach den gesellschaftsinternen Regeln befugt ist, «die Gesellschaft» (genauer: die Gesellschafter) durch rechtsgeschäftliches Handeln zu verpflichten (*Vertretungsbefugnis*).

Die **Vertretung** betrifft das **«Können» im Aussenverhältnis** der Gesellschaft, d.h. die Auswirkungen des Handelns des Geschäftsführers im Verhältnis zu Dritten. Sie regelt die Frage, inwieweit das rechtsgeschäftliche Handeln eines Gesellschafters der Gesellschaft zugerechnet wird und zu einer Verpflichtung der Gesellschaft führt (*Vertretungsmacht*).

Zwischen dem *Dürfen im Innenverhältnis* oder der *Vertretungsbefugnis* und dem *Können im Aussenverhältnis* oder der *Vertretungsmacht* kann eine Diskrepanz bestehen, indem die Vertretungsbefugnis des Gesellschafters intern beschränkt und enger gefasst sein kann als seine weitergehende, gesetzlich umschriebene Vertretungsmacht. Handelt der Gesellschafter innerhalb der gesetzlich umschriebenen Vertretungsmacht, verpflichtet dies die Gesellschaft gegenüber gutgläubigen Dritten, auch wenn er dabei seine Vertretungsbefugnis überschreitet. Der Grund für diese Regelung liegt im Vertrauensschutz Dritter, die mit der Gesellschaft in Geschäftsverkehr treten: Diese Dritten sollen sich im Interesse eines effizienten Geschäftsverkehrs auf standardisierte Regeln über den Umfang der Vertretungsmacht eines Gesellschafters stützen können, ohne sich um allfällig bestehende interne Beschränkungen dieser Vertretungsmacht kümmern zu müssen.

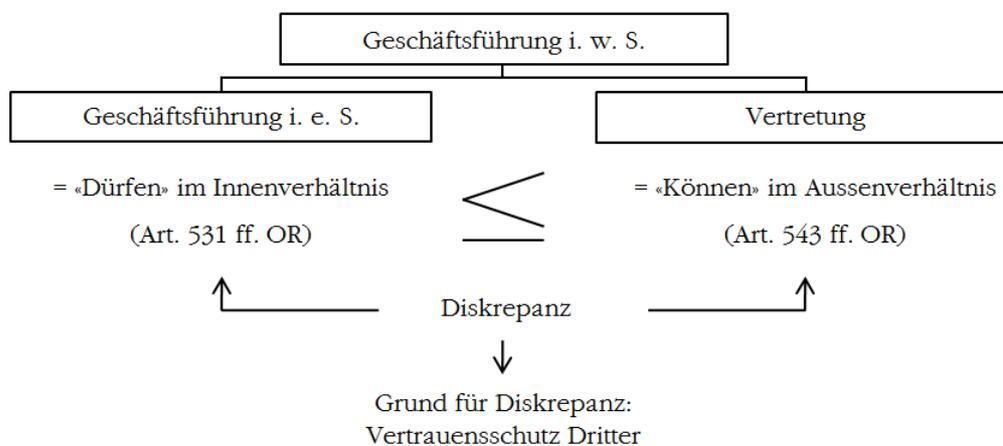


Abb. 53: Innenverhältnis vs. Aussenverhältnis

Merke

Im Gesellschaftsrecht ist stets darauf zu achten, ob eine Frage des Innenverhältnisses oder eine Frage des Aussenverhältnisses vorliegt.

4.2 Innenverhältnis

4.2.1 Beiträge der einzelnen Gesellschafter, Gewinn- und Verlustanteil

4.2.1.1 Beitragspflicht

Gemäss Art. 531 Abs. 1 OR hat *jeder* Gesellschafter einen Beitrag zu leisten, sei es in Geld, Sachen, Forderungen oder Arbeit. Dieser Artikel hält fest, was sich schon aus dem Gesellschaftsbegriff ergibt: Jeder Gesellschafter muss durch seine Leistung etwas zum gemeinsamen Zweck beitragen, d.h. mit seiner Leistung die Verwirklichung des angestrebten Ziels fördern (vgl. Kap. E.1.3.1).

Hinsichtlich des Umfangs der Beitragspflicht gilt, dass mangels anderer Abrede die Gesellschafter *gleiche Beiträge* zu leisten haben, und zwar in der Art und dem Umfang, wie der vereinbarte Zweck es erheischt (Art. 530 Abs. 2 OR).

Als **Beitragsleistungen** fallen in Betracht:

- Geldleistungen;
- Sachleistungen (in Form von Einbringung zu Eigentum oder zum Gebrauch);
- Überlassen von Rechten (Forderungen, Immaterialgüterrechte, Nutzungsrechte);
- Arbeitsleistungen: es kommen die Regeln des Auftragsrechts oder allenfalls des Arbeits- oder Werkvertragsrechts zur Anwendung;
- Eingehen von Unterlassungspflichten: diese spielen insbesondere bei Kartellen, die sich oft der Form der einfachen Gesellschaft bedienen, eine Rolle.

4.2.1.2 Gewinn- und Verlusttragung

Jeder Gesellschafter ist verpflichtet, einen Gewinn, der seiner Natur nach der Gesellschaft zukommt, mit den anderen Gesellschaftern zu teilen (Art. 532 OR).

In der Ausgestaltung der internen **Gewinn- und Verlusttragung** sind die Gesellschafter frei. Wird nichts anderes vereinbart, so hat jeder Gesellschafter, *ohne Rücksicht auf die Art und Grösse seines Beitrages, gleichen Anteil an Gewinn und Verlust* (Art. 533 Abs. 1 OR). Diese (dispositive) gesetzliche Bestimmung ist gefährlich, da sie in vielen Fällen den natürlichen Erwartungen der beteiligten Gesellschafter – Gewinn- und Verlusttragung proportional zu den (finanziellen) Beiträgen – widerspricht.

Bsp.: Anton und Armin kaufen für eine gemeinsame Ferienreise einen Wagen für CHF 20'000, wobei Anton CHF 15'000 und Armin CHF 5'000 bezahlt. Nach Abschluss der Reise verkaufen sie den Wagen für CHF 24'000. Haben sie nichts anderes vereinbart, beteiligen sich beide mit CHF 2'000 am Gewinn.

Merke

Ohne anderweitige Absprache sind alle Gesellschafter am Gewinn und Verlust gleich beteiligt, auch wenn sie unterschiedliche Beiträge an die Gesellschaft geleistet haben.

Die Frage, inwieweit die Verabredung gültig ist, wonach ein einzelner Gesellschafter nur am Gewinn, nicht aber am Verlust teilhaben soll (*sog. societas leonia*), ist umstritten. Das Gesetz (Art. 533 Abs. 3 OR) erklärt sie nur für den Gesellschafter als zulässig, dessen Beitrag in Form von Arbeitsleistungen erfolgt. Es gibt drei unterschiedliche Auffassungen:

- Gewinn- und Verlusttragung sind zwingend; Letztere kann nicht wegbedungen werden.
- Der vertraglich vereinbarte Ausschluss der Verlusttragung ist generell zulässig.
- Eine Verlusttragung besteht in jedem Fall darin, dass der Beitrag des Gesellschafters bei Misserfolg aufgezehrt wird; eine darüber hinausgehende Verlusttragung eines einzelnen Gesellschafters kann vertraglich wegbedungen werden.

4.2.2 Willensbildung

4.2.2.1 Gesellschaftsbeschlüsse

Gesellschaftsbeschlüsse werden, sofern nichts anderes vereinbart wurde, mit **Zustimmung aller Gesellschafter** gefasst (Art. 534 Abs. 1 OR). Haben die Gesellschafter anstelle des Einstimmigkeits- das Mehrheitsprinzip vereinbart, werden – wiederum unter dem Vorbehalt anders lautender Vereinbarung – die Stimmen nach Köpfen und nicht nach Höhe der geleisteten Beiträge bemessen (Art. 534 Abs. 2 OR).

Über Form und Durchführung der Beschlussfassung enthält das Gesetz keine Regeln. Die Gesellschafter sind diesbezüglich frei.

Gesetzlich vorgeschrieben sind Gesellschaftsbeschlüsse in wichtigen Angelegenheiten: Sie sind zur Bestellung eines Generalbevollmächtigten und zur Vornahme von **Rechtshandlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb der gemeinschaftlichen Geschäfte hinausgehen**, vorgeschrieben (Art. 535 Abs. 3 OR). Darunter fallen Geschäfte, die aufgrund der rechtlichen oder tatsächlichen Umstände *von ihrer Art oder ihrem Ausmass* als nicht gewöhnlich, als aussergewöhnlich oder ausserordentlich bezeichnet werden können. Als Beispiele fallen Kauf- oder Verkaufsgeschäfte oder sonstige Verpflichtungsgeschäfte in Betracht, die sich nicht unmittelbar und notwendig aus dem Gesellschaftszweck ergeben, von grosser Bedeutung oder mit Blick auf die der Gesellschaft zur Verfügung stehenden Mittel nicht mehr verhältnismässig sind. Ebenfalls darunter fallen jene Handlungen, die das Ende der Gesellschaft herbeiführen. Der Gesellschaftsvertrag kann die beschlussbedürftigen Geschäfte näher umschreiben.

Abzugrenzen sind solche Gesellschaftsbeschlüsse von Beschlüssen, die auf eine eigentliche Änderung oder Ergänzung des Gesellschaftsvertrages abzielen. Solche Beschlüsse sind, auch wenn für die Gesellschaftsbeschlüsse das Mehrheitsprinzip eingeführt wurde, einstimmig zu fassen, wenn nicht für Änderungen oder Ergänzungen des Gesellschaftsvertrags ausdrücklich das Mehrheitsprinzip vorgesehen ist.

4.2.2.2 Geschäftsführung

Ist nichts anderes vereinbart, haben die Gesellschafter **Einzelgeschäftsführungsbefugnis**. Die Geschäftsführung steht allen Gesellschaftern zu (Art. 535 Abs. 1 OR), und jeder der Gesellschafter kann ohne die Mitwirkung der anderen handeln, wobei jeder andere zur Geschäftsführung befugte Gesellschafter das Recht hat, durch seinen Widerspruch die Handlung zu verhindern (Art. 535 Abs. 2 OR). Für Geschäfte, die nicht über den gewöhnlichen Betrieb der gemeinschaftlichen Geschäfte hinausgehen (d.h. die nicht eines Gesellschaftsbeschlusses bedürfen; vgl. Kap. E.4.2.2.1), gilt damit das **Prinzip der Einzelgeschäftsführung mit Widerspruchsrecht**.

Bsp.: Anton und Barbara schliessen sich zum gemeinsamen Mieten und Bewohnen einer Wohnung zusammen. Zur Vornahme von gewöhnlichen Unterhaltsarbeiten in der Wohnung ist jeder einzeln berechtigt. Die Kündigung der Mietwohnung bedürfte aber eines gemeinsamen Gesellschaftsbeschlusses.

Die Gesellschafter können die Geschäftsführungsbefugnis vertraglich auf einen oder mehrere Gesellschafter beschränken oder auf einen Dritten übertragen (Art. 535 Abs. 1 OR). Einem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter steht das Vetorecht nicht zu. Er hat jedoch das Recht, sich persönlich über den Gang der Gesellschaftsangelegenheiten zu unterrichten und in die Geschäftsbücher Einsicht zu nehmen (Art. 541 Abs. 1 OR).

Gemäss der zwingenden Bestimmung von Art. 539 Abs. 2 OR kann einem Gesellschafter bei Vorliegen wichtiger Gründe die Geschäftsführungsbefugnis von jedem anderen Gesellschafter entzogen werden. Als wichtige Gründe gelten grobe Pflichtverletzungen oder der Verlust der Fähigkeit zur guten Geschäftsführung.

Gemäss Art. 538 Abs. 1 OR hat jeder geschäftsführende Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten den Fleiss und die Sorgfalt anzuwenden, die er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (*diligentia quam in suis*), und **haftet** den übrigen Gesellschaftern für den durch sein Verschulden entstandenen **Schaden** (Art. 538 Abs. 2 OR). Der **Sorgfaltsmassstab** beurteilt sich damit anders – und weniger streng – als im allgemeinen Vertragsrecht. Es wird nicht auf die übliche und angemessene Sorgfalt (objektiver Massstab) abgestellt, sondern auf die *Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten*: subjektive Entschuldigungsgründe sind daher zu berücksichtigen. Der objektive Massstab kommt immerhin dann zur Anwendung, wenn der Gesellschafter für seine Tätigkeit ein Entgelt bezieht (Art. 538 Abs. 3 OR mit Verweis auf Art. 398 OR).

Jeder Gesellschafter untersteht einer **Treuepflicht** und einem **Konkurrenzverbot**: Er darf keine Geschäfte zu seinem besonderen Vorteil betreiben, durch die der Zweck der Gesellschaft vereitelt oder beeinträchtigt würde (Art. 536 OR).

4.3 Aussenverhältnis

4.3.1 Vertretung

Wenn ein Gesellschafter zwar für Rechnung der Gesellschaft, aber *in eigenem Namen* mit einem Dritten Geschäfte abschliesst, so wird *er allein* dem Dritten gegenüber *berechtigt und verpflichtet* (Art. 543 Abs. 1 OR). Betreffend die Wirkungen auf das Innenverhältnis ist zu unterscheiden: Handelt der Gesellschafter im Rahmen seiner internen Vertretungsbefugnis (d.h. als indirekter Stellvertreter), hat er im Innenverhältnis Anspruch auf Übernahme seiner Auslagen oder Verbindlichkeiten durch die übrigen Gesellschafter (Art. 537 Abs. 1 OR). Fehlt ihm die Vertretungsbefugnis, so verpflichtet er die Gesellschafter auch intern nicht.

Damit die **Gesellschafter gesamthaft berechtigt und verpflichtet** werden, müssen grundsätzlich zwei Voraussetzungen erfüllt sein (vgl. Art. 543 Abs. 2 OR):

- Der Gesellschafter muss im Namen der Gesellschaft oder sämtlicher Gesellschafter handeln,
- und er muss zu dieser Handlung **ermächtigt** sein, d.h. er muss über eine Vollmacht i.S.v. Art. 32 OR verfügen, das Geschäft im Namen der Gesellschaft oder sämtlicher Gesellschafter abzuschliessen. Möglich ist auch eine nachträgliche Genehmigung gemäss Art. 38 Abs. 1 OR.

Hinsichtlich des Erfordernisses der **Ermächtigung** stellt das Gesetz im Interesse der Verkehrssicherheit eine **Vermutung** auf: Dritte dürfen darauf *vertrauen, dass der Gesellschafter, dem die Geschäftsführung überlassen*

ist, auch mit der entsprechenden Vertretungsmacht (Vollmacht) ausgestattet ist (Art. 543 Abs. 3 OR). Die Tragweite dieser gesetzlichen Vermutung ist umstritten:

Gemäss Bundesgericht (BGE 124 III 358) ist entscheidend, auf welche Geschäftsführungsbefugnis der aussenstehende Dritte aufgrund der Umstände und des Verhaltens der Beteiligten schliessen durfte und musste. Da nach Art. 535 Abs. 1 OR die Geschäftsführung, soweit nichts anderes vereinbart ist, allen Gesellschaftern zusteht, *genügt es danach, wenn die Beteiligten gegen aussen hin – ausdrücklich oder stillschweigend – das Bestehen einer einfachen Gesellschaft kundtun*, ohne zugleich Anhaltspunkte dafür zu geben, dass die Geschäftsführungsbefugnis bestimmter Gesellschafter beschränkt oder ausgeschlossen wäre. Ein von den Beteiligten nach aussen hin kundgegebenes Gesellschaftsverhältnis, aus dem die Geschäftspartner in guten Treuen die Geschäftsführungsbefugnis der handelnden Personen ableiten können, vermag schutzwürdiges Vertrauen in deren Vertretungsmacht zu begründen. *Die Bedeutung der Vermutung ist damit eine Doppelte: Aus dem Bestehen einer einfachen Gesellschaft darf auf Geschäftsführungsbefugnis jedes Gesellschafters und aus dieser auf Vertretungsmacht geschlossen werden.* Diese Vermutung gilt immer nur für den gutgläubigen Dritten. Ihm gegenüber ist sie auch nicht mit dem Nachweis der tatsächlich fehlenden internen Geschäftsführungsbefugnis oder externen Vertretungsmacht widerlegbar. Diese sehr weitgehende Praxis des Bundesgerichts zur Vertretungsmacht des einzelnen Gesellschafters wird in der Lehre zum Teil kritisiert und als mit der Konzeption der einfachen Gesellschaft als nicht-kaufmännische Gelegenheitsgesellschaft im Widerspruch stehend kritisiert. Einerseits ist *fraglich, ob die gesetzliche Vermutung des Art. 543 Abs. 3 OR unwiderlegbar* ist. Und andererseits *geht es sehr weit, aus der dispositiven Regel des Art. 535 Abs. 1 OR, wonach jeder Gesellschafter zur Geschäftsführung befugt ist, die weitere Vermutung abzuleiten, dass dies in concreto tatsächlich so ist, sofern keine anderweitigen Hinweise bestehen.*

Mit der gestützt auf die gesetzliche Vermutung grundsätzlich bestehenden Vertretungsmacht ist noch nichts über deren **Umfang** gesagt. Auch dieser lässt sich aber aus Art. 535 OR ableiten. Wie oben gezeigt (vgl. Kap. E.4.2.2.1 f.), gilt das Prinzip der Einzelgeschäftsführungsbefugnis **nur für den gewöhnlichen Betrieb der gemeinschaftlichen Geschäfte**, während für aussergewöhnliche Geschäfte Einstimmigkeit oder allenfalls – bei entsprechender vertraglicher Abmachung – ein Mehrheitsbeschluss erforderlich ist. Entsprechend reicht der Umfang der gestützt auf die gesetzliche Vermutung des Art. 543 Abs. 3 OR bestehenden Vertretungsmacht auch nicht weiter als für gewöhnliche Geschäfte im Rahmen des ordentlichen Geschäftsgangs. Nicht gedeckt sind dagegen aussergewöhnliche Rechtshandlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb der gemeinschaftlichen Geschäfte hinausgehen; für solche ist stets eine besondere Bevollmächtigung nötig (vgl. dazu Kap. E.4.2.2.1).

Bsp.: Die Unternehmer Anton, Bert und Christian schliessen sich zur gemeinsamen Überbauung eines Grundstückes zusammen. Gemäss Gesellschaftsvertrag steht die Geschäftsführung ausschliesslich Alfred zu. Gegenüber dem Malermeister Fritz treten in den Vertragsverhandlungen alle drei als Gesellschafter auf, ohne auf die auf Alfred beschränkte Geschäftsführungsbefugnis hinzuweisen. Bert schliesst – ohne das Einverständnis von Alfred und Christian – mit Fritz im Namen der Gesellschaft einen Vertrag über Malerarbeiten ab. Er verpflichtet damit auch Alfred und Christian.

Merke

Die Vertretungsmacht des Gesellschafters einer einfachen Gesellschaft umfasst nach der dispositiven gesetzlichen Regelung jene Rechtsgeschäfte, die der gewöhnliche Betrieb der gemeinschaftlichen Geschäfte mit sich bringt.

4.3.2 Haftung

Für *Gesellschaftsschulden* haften die Gesellschafter **primär, unbeschränkt und solidarisch** (Art. 544 Abs. 3 OR). Primär heisst, dass ein Gläubiger – anders als bei der Kollektivgesellschaft (vgl. Kap. E.5.3.3) – nicht zunächst auf ein Gesellschaftsvermögen greifen muss.

Die Solidarhaft besteht nur im Aussenverhältnis: Dritten gegenüber solidarisch haftende Gesellschafter haften im Innenverhältnis als Mitschuldner gegenüber dem Gesellschafter, der (als Solidarschuldner) mehr als seinen Teil bezahlt hat, nicht solidarisch (BGE 103 II 137).

Bsp.: Die Rechnung von Malermeister Fritz aus obigem Beispiel beträgt CHF 30'000 und wird von Alfred aufgrund seiner solidarischen Haftbarkeit bezahlt. Gemäss Gesellschaftsvertrag haben die Gesellschafter gleiche Beiträge zu bezahlen. Alfred kann von Bert und Christian die Bezahlung von je CHF 10'000 verlangen, dagegen kann er weder Bert noch Christian allein für den Betrag von CHF 20'000 in Anspruch nehmen.

Für *unerlaubte Handlungen* eines Gesellschafters haften die Übrigen nicht, sofern er nicht mit ihrem Einverständnis gehandelt hat (BGE 90 II 508).

Bsp.: Auf dem Weg zur Baustelle verschuldet Bert einen schweren Verkehrsunfall. Für den verursachten Schaden haften weder Anton noch Christian.

4.4 Entstehung und Beendigung

4.4.1 Entstehung

Die Gesellschafter müssen übereinstimmende Willensäusserungen (Art. 1 Abs. 1 OR) darüber austauschen, dass sie einen gemeinsamen Zweck mit gemeinsamen Kräften und Mitteln erreichen wollen.

Der Vertrag bedarf **keiner Form**. Er kann auch konkludent entstehen und sich namentlich aus dem Verhalten der Parteien ergeben, ohne dass diesen das Entstehen einer Gesellschaft bewusst sein muss (BGE 124 III 365).

Zum Eintrag in das Handelsregister ist die einfache Gesellschaft weder verpflichtet noch berechtigt (vgl. dazu ausführlich Kap. E.2.5.2).

Der Gesellschaftsvertrag kann mit Mängeln behaftet sein. Dabei ist die Aufhebung des Vertrages *ex tunc* (d.h. auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses) in gewissen Fällen nicht angemessen. In diesen werden daher, wenn die Unwirksamkeit erst später festgestellt wird, die Beziehungen Dritter zur Gesellschaft oder der Gesellschafter unter sich in einem Liquidationsverfahren *ex nunc* (d.h. auf den Zeitpunkt der Feststellung der Mangelhaftigkeit) aufgehoben (vgl. Kap. E.1.2.2 und B.5.5).

4.4.2 Beendigung

4.4.2.1 Auflösungsgründe

Die Auflösung einer einfachen Gesellschaft erfolgt, wenn ein Auflösungsgrund (Art. 545 OR) vorliegt:

- Wenn der **Zweck erreicht** oder dessen Erreichung **unmöglich** geworden ist;
- wenn ein **Gesellschafter stirbt** und für diesen Fall nicht schon vorher vereinbart worden ist, dass die Gesellschaft mit den Erben fortbestehen soll;

- wenn der Liquidationsanteil eines Gesellschafters zur **Zwangsverwertung** gelangt oder ein Gesellschafter in **Konkurs** fällt oder **bevormundet** wird;
- durch gegenseitige **Übereinkunft**;
- durch **Ablauf der Zeit**, auf deren Dauer die Gesellschaft eingegangen worden ist;
- durch **Kündigung**, wenn eine solche vorbehalten oder wenn die Gesellschaft auf unbestimmte Dauer oder Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen worden ist;
- durch Urteil des Richters im Falle der Auflösung aus einem **wichtigen Grund**. Ein wichtiger Grund liegt dann vor, wenn die Fortsetzung der Gesellschaft für einzelne oder alle Gesellschafter unzumutbar geworden ist. Die Auflösung durch den Richter erfolgt durch Gestaltungsurteil mit Wirkung ex nunc (d.h. auf den Zeitpunkt des Urteils).

Merke

Ohne vertragliche Grundlage kann ein Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft nicht ausgeschlossen werden, auch nicht aus wichtigen Gründen. Es bleibt nur die Möglichkeit der Auflösung der Gesellschaft.

Auflösung und Liquidation müssen streng auseinandergehalten werden. Mit dem Auflösungsbeschluss wird die Gesellschaft nicht einfach hinfällig. Vielmehr bleibt die einfache Gesellschaft zunächst als Abwicklungsgesellschaft bestehen, deren Zweck die Beendigung der Gesellschaft durch Liquidation ist. Nicht der Eintritt des Auflösungsgrundes, sondern erst der Abschluss der Liquidation beendet das Gesellschaftsverhältnis (BGE 119 II 122).

Ohne Liquidation wird die einfache Gesellschaft beendet, wenn ein Gesellschafter mit Zustimmung aller übrigen Gesellschafter das gemeinsame Vermögen nach Art. 181 OR mit Aktiven und Passiven übernimmt und die übrigen Gesellschafter abfindet.

4.4.2.2 Liquidation

Die Liquidation wird, wenn sie nicht einzelnen Gesellschaftern oder Dritten übertragen wird, durch alle Gesellschafter gemeinsam durchgeführt (Art. 550 Abs. 1 OR).

Im Rahmen der Liquidation sind zuerst die gemeinschaftlichen Schulden (Art. 544 OR) zu bezahlen und den Gesellschaftern die für die Gesellschaft gemachten Auslagen und Verwendungen (Art. 537 OR) zu ersetzen (Art. 549 Abs. 1 OR). Danach sind, soweit das gemeinschaftliche Vermögen dafür ausreicht, den Gesellschaftern ihre Einlagen zurückzuerstatten (Art. 549 Abs. 1 OR).

Eine Rückgabe von zu Eigentum eingebrachten Sachen an den Gesellschafter kommt nur mit Einverständnis aller Gesellschafter in Betracht; ansonsten beschränkt sich der Anspruch auf den Wert der Sache, für den sie übernommen wurde, oder bei Fehlen einer Wertbestimmung auf den Wert, den sie im Zeitpunkt des Einbringens hatte (Art. 548 OR).

Ein Überschuss ist unter den Gesellschaftern als Gewinn zu verteilen, ein Fehlbetrag von ihnen als Verlust zu tragen (Art. 549 Abs. 1 und 2 OR), und zwar grundsätzlich unabhängig von den geleisteten Beiträgen zu gleichen Teilen (vgl. dazu oben Kap. E.4.2.1.2).

4.4.3 Gesellschafterwechsel

Das individuelle Ausscheiden eines Gesellschafters durch Tod oder Kündigung stellt einen Auflösungsgrund dar, der grundsätzlich die Beendigung der Gesellschaft mit deren Liquidation zur Folge hat (vgl. Kap. E.4.4.2.1).

Vertraglich kann vereinbart werden, dass die Gesellschaft trotz Ausscheidens eines Gesellschafters weitergeführt wird, sei es, dass die verbleibenden Gesellschafter die Gesellschaft unter sich weiterführen (Fortsetzungsklausel) oder dass für den Ausscheidenden ein Nachfolger beitrifft (Nachfolgeklausel). Die Gesellschafter können sich auch erst nachträglich auf eine Weiterführung einigen, solange das Liquidationsverfahren noch nicht abgeschlossen ist. Der Austritt einer Person bewirkt in solchen Fällen das Weiterbestehen der Gesellschaft, dass seine Rechte den anderen Gesellschaftern anwachsen, ohne dass es dafür besonderer Übertragungshandlungen bedarf oder Formerfordernisse (Grundstücke) bestehen (BGE 116 II 53). Die verbleibenden Gesellschafter schulden dem Ausscheidenden eine Abfindung in der Höhe des Werts der Beteiligung (zum Fortführungswert) im Zeitpunkt des Ausscheidens. Für die bis zu seinem Ausscheiden entstandenen Gesellschaftsschulden bleibt die Haftung des Ausscheidenden den Gläubigern gegenüber bestehen.

Bsp.: Anton, Bert und Christian kaufen eine Liegenschaft zum Umbau und anschliessenden Weiterverkauf. Die Liegenschaft steht in ihrem Gesamteigentum. Aufgrund vertraglicher Vereinbarung scheidet Christian gegen Abfindung aus der Gesellschaft aus, und Anton und Bert kommen überein, die einfache Gesellschaft weiterzuführen. Die Liegenschaft ist danach Gesamteigentum von Anton und Bert. Es bedarf dafür keiner Übertragungshandlung und insbesondere keiner öffentlichen Beurkundung.

Ohne Einwilligung der übrigen Gesellschafter kann weder ein Dritter der Gesellschaft beitreten noch ein bisheriger Gesellschafter seine Mitgliedschaft an einen Dritten übertragen (Art. 542 Abs. 1 OR).

Ein neu eintretender Gesellschafter wird am Gesellschaftsvermögen ohne weiteres berechtigt. Eine externe Haftung für die bisherigen Schulden besteht dagegen grundsätzlich nicht.

Die Möglichkeit, einen Gesellschafter auszuschliessen, besteht nur dann, wenn dies vertraglich vereinbart wurde.

4.5 Stille Gesellschaft

Bei der stillen Gesellschaft handelt es sich um eine *einfache Gesellschaft mit der Besonderheit, dass sie nach aussen nicht als Gesellschaft in Erscheinung tritt*. Es liegt eine **reine Innengesellschaft** vor. Nach aussen in Erscheinung tritt ausschliesslich der Hauptgesellschafter. Dieser handelt *in eigenem Namen* und auf eigene Rechnung. Der stille Gesellschafter tritt nach aussen nicht in Erscheinung.

Die Entstehung und Beendigung der stillen Gesellschaft richtet sich im Wesentlichen nach den Bestimmungen der einfachen Gesellschaft.

Im **Innenverhältnis** unterscheidet sich die stille von der einfachen Gesellschaft hinsichtlich der Beitragsleistung: An den vom stillen Gesellschafter eingebrachten Vermögenswerten besteht keine gemeinschaftliche Berechtigung. Der Hauptgesellschafter hat die alleinige Verfügungsmacht über das Gesellschaftsvermögen und wird Alleineigentümer an den eingebrachten Sachen.

Im **Aussenverhältnis** tritt einzig der Hauptgesellschafter auf. Er allein wird Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet. *Eine Haftbarkeit des stillen Gesellschafters Dritten gegenüber besteht nicht, sein Vermögen ist deren Zugriff entzogen*. Die Haftbarkeit des stillen Gesellschafters beschränkt sich auf seinen Beitrag, über den der Hauptgesellschafter alleinige Verfügungsmacht hat.

Bsp.: Anton und Bert schliessen sich zum Handel mit Haushaltswaren zusammen (Berts Haushaltswaren). Gemäss Gesellschaftsvertrag gewährt Anton Bert ein Darlehen von CHF 100'000 und behält sich die Besorgung des Geldverkehrs und die Überwachung der Buchhaltung vor. Bert besorgt den Verkauf. An Gewinn und Verlust sind beide je hälftig beteiligt. Anton will nach aussen auf keinen Fall in Erscheinung treten. Bert lässt sich von der X-Bank ein Darlehen gewähren. Nachdem Bert dieses Darlehen nicht zurückzahlen kann, erfährt ein Mitarbeiter der X-Bank per Zufall von der Beteiligung von Anton. Anton haftet für die Darlehensschuld von Bert nicht, da er nach aussen nie aufgetreten ist.

Sobald der stille Gesellschafter nach aussen auftritt, wird die stille Gesellschaft zur einfachen Gesellschaft.

Merke

Die stille Gesellschaft ist eine reine Innengesellschaft.

5. Kollektivgesellschaft

5.1 Definition und Grundzüge

5.1.1 Art. 552 Abs. 1 OR

Art. 552 Abs. 1 OR enthält folgende Definition der Kollektivgesellschaft: Die Kollektivgesellschaft ist eine Gesellschaft, in der zwei oder mehrere *natürliche* Personen, ohne Beschränkung ihrer *Haftung* gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, sich zum Zweck vereinigen, unter einer gemeinsamen *Firma* ein Handels-, ein Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes *Gewerbe* zu betreiben.

5.1.2 Rechts- und Handlungsfähigkeit

Wie die einfache Gesellschaft hat auch die Kollektivgesellschaft **keine Rechtspersönlichkeit**. Träger der Rechte und Pflichten ist nicht die Kollektivgesellschaft, sondern sind die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit. Die Gesellschafter bilden *notwendigerweise* ein *Gesamthandverhältnis*: Das Gesellschaftsvermögen steht ihnen zur gesamten Hand zu. Die bei der einfachen Gesellschaft bestehende Möglichkeit, vertraglich eine Bruchteils- bzw. Miteigentumsgemeinschaft zu begründen, fällt bei der Kollektivgesellschaft weg.

Obwohl der Kollektivgesellschaft nach unbestrittener Auffassung keine juristische Persönlichkeit zukommt, wird sie dennoch *in gewisser Hinsicht wie eine juristische Person behandelt*:

- Die Kollektivgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und verklagt werden (Art. 562 OR); anders als die einfache Gesellschaft ist sie damit **handlungs-, prozess- und betriebsfähig**.
- Die Kollektivgesellschaft hat ein **Sondervermögen**. Dieses haftet ausschliesslich den Gesellschaftsgläubigern; Privatgläubiger eines Gesellschafters können nicht darauf greifen (Art. 570 Abs. 1 und Art. 572 Abs. 1 OR), sondern nur auf den Liquidationsanteil des Gesellschafters (Art. 572 Abs. 2 OR). Für Gesellschaftsschulden haftet zunächst das Sondervermögen der Kollektivgesellschaft. Erst wenn dieses zur Tilgung der Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht ausreicht, haften die Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen (Art. 568 Abs. 3 OR); die **Haftung** der Gesellschafter ist damit nicht wie bei der einfachen Gesellschaft eine primäre, sondern eine **subsidiäre**.
- Die Kollektivgesellschaft haftet für den **Schaden aus unerlaubten Handlungen**, die ein Gesellschafter in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen begangen hat (Art. 567 Abs. 3 OR).

Merke

Die Kollektivgesellschaft ist keine juristische Person, sondern eine Rechtsgemeinschaft. Sie wird aber im Aussenverhältnis wie eine juristische Person behandelt.

5.1.3 Abgrenzung gegenüber der einfachen Gesellschaft

Entscheidend grenzt sich die Kollektivgesellschaft von der einfachen Gesellschaft dadurch ab, dass sie in gewisser Hinsicht wie eine juristische Person behandelt wird (vgl. Kap. E.5.1.2).

Gesellschafter einer Kollektivgesellschaft können anders als bei der einfachen Gesellschaft **nur natürliche Personen** sein. Wenn sich an einer Personengesellschaft eine juristische Person als unbeschränkt haftende Gesellschafterin beteiligt, liegt zwingend eine einfache Gesellschaft vor (Art. 530 Abs. 2 OR).

Die Kollektivgesellschaft kann im Gegensatz zur einfachen Gesellschaft ein nach **kaufmännischer Art geführtes Unternehmen** betreiben (vgl. die Legaldefinition von Art. 552 Abs. 1 OR). Schliessen sich mehrere *natürliche* Personen zum Betrieb eines nach kaufmännischer Art geführten Unternehmens zusammen, ohne ihre Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern zu beschränken, dann liegt ipso iure eine Kollektivgesellschaft vor (BGE 73 I 314). Dies gilt selbst dann, wenn die Gesellschafter die Gesellschaft als einfache Gesellschaft bezeichnen: Entscheidend ist nicht die Bezeichnung, sondern das Vorliegen der gesetzlichen Kriterien.

Bsp.: Die beiden Landwirte Anton und Bert vereinbaren den Ankauf einer Landparzelle, deren Ausbeutung auf Torf und den anschliessenden Handel mit dem Torf. Die auf Dauer ausgerichtete Unternehmung bezeichnen sie als einfache Gesellschaft, geben ihr den Namen «Gesellschaft für Torfausbeutung» und treten unter diesem Namen im Geschäftsverkehr auf. Trotz anderer Bezeichnung liegt eine Kollektivgesellschaft vor.

Die Kollektivgesellschaft muss nicht notwendigerweise ein nach kaufmännischer Art geführtes Unternehmen betreiben. Betreibt sie keines, so entsteht sie als Kollektivgesellschaft allerdings erst, wenn sie sich in das Handelsregister eintragen lässt (Art. 553 OR). In diesem Fall kommt dem Handelsregistereintrag konstitutive Bedeutung zu. Solange die **nicht-kaufmännische Kollektivgesellschaft** nicht im Handelsregister eingetragen ist, finden auf sie die Regeln der einfachen Gesellschaft Anwendung (Art. 530 Abs. 2 OR).

Merke

Die Kollektivgesellschaft betreibt in der Regel, anders als die einfache Gesellschaft, ein kaufmännisches Unternehmen.

5.2 Innenverhältnis

Das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander richtet sich *zunächst nach dem Gesellschaftsvertrag* (Art. 557 Abs. 1 OR). Soweit keine Vereinbarung getroffen ist, kommen die *Vorschriften über die einfache Gesellschaft* zur Anwendung, jedoch mit den Abweichungen, die sich aus den Bestimmungen über die Kollektivgesellschaft ergeben (Art. 557 Abs. 2 OR). Es gilt damit primär der Gesellschaftsvertrag und sekundär das Gesetzesrecht, wobei zunächst die – wenigen (fünf) – Sonderbestimmungen zur Kollektivgesellschaft und im Übrigen die Bestimmungen über die einfache Gesellschaft Anwendung finden.

Merke

Die Regelung des Innenverhältnisses bei der Kollektivgesellschaft ist mit der Regelung bei der einfachen Gesellschaft weitgehend identisch.

5.2.1 Beiträge der einzelnen Gesellschafter, Gewinn- und Verlustanteil

5.2.1.1 Beitragspflicht

Die Bestimmungen über die Kollektivgesellschaft enthalten keine von den Vorschriften über die einfache Gesellschaft abweichenden Regeln. Es gilt das zur einfachen Gesellschaft unter Kap. E.4.2.1.1 Ausgeführte.

Eine Sondervorschrift gilt einzig bezüglich **Konkurrenzverbot**, wo für die Kollektivgesellschafter eine *strengere Regelung* gilt: Ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter darf ein Gesellschafter in dem Geschäftszweig der Gesellschaft weder für eigene noch für fremde Rechnung Geschäfte machen noch an einer anderen Unternehmung als unbeschränkt haftender Gesellschafter, als Kommanditär oder als Mitglied einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung teilnehmen (Art. 561 OR).

5.2.1.2 Gewinn- und Verlusttragung

Das Gesetz sieht hier zu den Vorschriften der einfachen Gesellschaft ergänzende Bestimmungen vor.

Der **Kapitalanteil** (Summe der Einlagen des einzelnen Gesellschafter) ist zu **verzinsen**. Der Zinssatz beträgt mangels anderer Abrede 4% (Art. 558 Abs. 2 OR). Ein vertraglich festgesetztes **Honorar** wird bei der Ermittlung von Gewinn und Verlust als Gesellschaftsschuld behandelt (Art. 558 Abs. 3 OR). Zinsen und Honorare dürfen – als Geschäftsaufwand – schon während des Geschäftsjahres bezogen werden (Art. 559 Abs. 2 OR) und bleiben auch bei Verlust geschuldet. Die Auszahlung eines **Gewinnanteils** setzt dagegen einen Überschuss voraus; Gewinne dürfen nicht schon während des Geschäftsjahres bezogen und bei früheren Verlusten erst ausbezahlt werden, wenn die durch die Verluste verminderten Kapitalanteile ausgeglichen sind (Art. 560 Abs. 1 OR).

In diesen Bestimmungen kommt zum Ausdruck, dass *die Kollektivgesellschaft ein Sondervermögen hat, welches auch für gewisse Forderungen der Gesellschafter haftet*. Die Ansprüche des einzelnen Gesellschafter auf Zins und Honorar sind Ansprüche gegenüber der Gesellschaft. Dies gilt auch für den Anspruch auf Gewinn, nachdem er gestützt auf die Gewinn- und Verlustrechnung festgestellt ist. Diese Forderungen unterscheiden sich von Ansprüchen des Gesellschafter für Auslagen und Verbindlichkeiten bei der einfachen Gesellschaft insofern, als für diese nur die *übrigen* Gesellschafter haftbar sind (Art. 537 Abs. 1 OR). Im Konkurs der Kollektivgesellschaft können die Kollektivgesellschafter mit ihren Ansprüchen auf verfallene (nicht aber laufende) Zinsen, Honorar und Gewinnansprüche (für das der Konkursöffnung vorausgehende Jahr) als den übrigen Gesellschaftsgläubigern gleichgestellte Gläubiger teilnehmen (Art. 570 Abs. 2 OR), soweit die Ansprüche nicht ihrem Kapitalanteil gutgeschrieben wurden (Art. 559 Abs. 3 OR).

5.2.2 Willensbildung

Betreffend **Gesellschaftsbeschlüsse** und **Geschäftsführung** stellt das Gesetz keine besonderen Bestimmungen auf. Es gilt das Recht der **einfachen Gesellschaft**.

5.3 Aussenverhältnis

5.3.1 Im Allgemeinen

Wie dargelegt, ist die Kollektivgesellschaft **handlungs-, prozess- und betreibungsfähig**. Sie kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und verklagt werden (Art. 562 OR). Sie tritt im Aussenverhältnis unter eigener Firma selbständig auf.

Die Firma einer Kollektivgesellschaft muss, sofern nicht sämtliche Gesellschafter namentlich aufgeführt werden, den Familiennamen wenigstens eines Gesellschafters mit einem das Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatz enthalten (Art. 947 Abs. 1 OR).

Bsp.: Das Gesellschaftsverhältnis andeutende Zusätze sind: Huber & **Co.**, Huber & **Cie.**, Huber & **Söhne**, **Gebr.** Huber.

Bei Aufnahme weiterer Gesellschafter kann die Kollektivgesellschaft ihre Firma unverändert beibehalten (Art. 947 Abs. 2 OR). Wenn eine Person, deren Familienname in der Firma enthalten ist, aus der Gesellschaft ausscheidet, so darf auch mit der Einwilligung dieser Person oder ihrer Erben ihr Name in der Gesellschaft nicht beibehalten werden (Art. 948 Abs. 1 OR).

5.3.2 Vertretung

Enthält das Handelsregister keine entgegenstehenden Eintragungen, so sind gutgläubige Dritte zur Annahme berechtigt, es sei *jeder einzelne Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt* (Art. 563 Abs. 1 OR).

Der gutgläubige Dritte kann somit annehmen, jedem im Handelsregister eingetragenen Kollektivgesellschafter komme die **alleinige Vertretungsmacht** zu.

Als **Einschränkungen** dieser alleinigen Vertretungsmacht können gestützt auf Art. 555 Abs. 1 OR im Handelsregister einzig die folgenden Eintragungen vorgenommen werden:

- **Ausschluss** eines oder mehrerer Gesellschafter von der Vertretungsmacht; nach herrschender Lehre ist der Ausschluss sämtlicher Gesellschafter von der Vertretung der Gesellschaft und die ausschliessliche Betrauung Dritter mit der Vertretung unzulässig, da sie gegen das Prinzip der Selbstorganschaft verstösst.
- Begründung der sog. **Kollektivvertretung**: Die Vertretung der Gesellschaft durch einen Gesellschafter kann nur *gemeinsam* mit anderen Gesellschaftern oder mit einem Prokuristen ausgeübt werden (in der Regel kollektiv zu zweien).

Merke

Sachliche, summenmässige oder bedingte Beschränkungen der Vertretungsmacht sind nicht eintragungsfähig.

Gemäss Art. 564 OR, der den **Umfang der Vertretungsmacht** gegen aussen regelt, kann der gutgläubige Dritte annehmen, der Gesellschafter sei **zu sämtlichen Rechtshandlungen befugt, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann**. Darunter fallen nicht bloss solche, die der Gesellschaft nützlich sind oder in ihrem Betrieb gewöhnlich vorkommen; erfasst sind vielmehr ebenfalls ungewöhnliche Geschäfte, sofern sie auch nur möglicherweise im Gesellschaftszweck begründet sind, d.h. *durch diesen nicht geradezu ausgeschlossen* werden (BGE 116 II 323; vgl. dazu auch Kap. E.3.6.2).

Bsp.: Die Kollektivgesellschaft «Huber und Co.» der beiden einzelzeichnungsberechtigten Gesellschafter Huber und Müller bezweckt den Kauf und anschliessenden Export von Gebrauchtwagen. Gemäss Gesellschaftsvertrag dürfen Verpflichtungsgeschäfte, die über CHF 50'000 hinausgehen, nur mit Zustimmung beider Gesellschafter abgeschlossen werden. Huber schliesst mit der X-Garage, die den Gesellschaftsvertrag nicht kennt, einen Kaufvertrag über 10 Gebrauchtwagen für CHF 70'000 ab. Er verpflichtet mit dieser zweckkonformen Rechtshandlung die Gesellschaft.

Merke

Die Vertretungsmacht des Kollektivgesellschafters geht sehr weit: Sie umfasst alle Rechtshandlungen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann.

Die Vertretungsmacht kann einem Gesellschafter aus wichtigen Gründen entzogen werden (Art. 565 Abs. 1 OR). Obwohl jeder einzelne Gesellschafter zum Entzug berechtigt ist, braucht es faktisch ein entsprechendes Urteil des Richters oder die Zustimmung aller Gesellschafter. Denn der Entzug der Vertretungsmacht wird Dritten gegenüber nur dann wirksam, wenn sie im Handelsregister eingetragen ist, und die Anmeldung zur Eintragung muss von allen Gesellschaftern unterzeichnet werden (Art. 556 Abs. 1 OR).

5.3.3 Haftung

Auf den Umstand, dass die Kollektivgesellschaft über ein Sondervermögen als spezielles Haftungssubstrat verfügt, wurde oben hingewiesen (vgl. Kap. E.5.1.2 und E.5.2.1.2). **Primär** haftet dieses **Gesellschaftsvermögen** für die Gesellschaftsschulden.

Die Gesellschafter haften für Gesellschaftsschulden gemäss Art. 568 Abs. 1 OR **solidarisch** und **unbeschränkt** (d.h. mit ihrem ganzen Vermögen). Ihre Haftung ist **subsidiär**, d.h. abhängig vom Eintritt der gesetzlich vorgesehenen Belangbarkeitsvoraussetzungen: Eine persönliche Haftbarkeit des einzelnen Gesellschafters besteht erst, wenn er in Konkurs geraten oder wenn die Gesellschaft aufgelöst oder erfolglos betrieben worden ist (Art. 568 Abs. 3 OR).

Anders als bei der einfachen Gesellschaft haftet die Gesellschaft – und damit subsidiär auch die übrigen Gesellschafter – auch für den Schaden aus **unerlaubten Handlungen**, die ein Gesellschafter in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen begeht (Art. 567 Abs. 3 OR).

Der *neu eintretende Gesellschafter* haftet mit den übrigen Gesellschaftern und mit seinem ganzen Vermögen auch für die vor seinem Beitritt entstandenen Verbindlichkeiten (Art. 569 Abs. 1 OR).

Der *ausscheidende Gesellschafter* haftet den Gesellschaftsgläubigern noch während fünf Jahren seit der Veröffentlichung seines Ausscheidens im Handelsamtsblatt (Art. 591 Abs. 1 OR). Für nach der Veröffentlichung seines Ausscheidens entstandene Gesellschaftsschulden haftet er dagegen nicht mehr.

Der Dritte kann eine gegenüber der Gesellschaft bestehende Schuld nicht mit einer ihm gegen einen Gesellschafter zustehenden Forderung verrechnen (Art. 573 Abs. 1 OR). Ebenso wenig kann ein Gesellschafter gegenüber seinem Gläubiger eine Forderung der Gesellschaft verrechnen (Art. 573 Abs. 2 OR). Ist dagegen ein Gesellschaftsgläubiger gleichzeitig Privatschuldner eines Gesellschafters, so wird die Verrechnung sowohl zugunsten des Gesellschaftsgläubigers als auch des Gesellschafters zugelassen, sobald der Gesellschafter für eine Gesellschaftsschuld persönlich belangt werden kann (Art. 573 Abs. 3 OR).

Merke

Die Kollektivgesellschafter haften für Gesellschaftsschulden unbeschränkt und solidarisch, aber die Haftung ist gegenüber der Haftung der Gesellschaft subsidiär.

5.4 Entstehung und Beendigung

5.4.1 Entstehung

Die **kaufmännische Kollektivgesellschaft** entsteht mit dem Austausch übereinstimmender Willensäußerungen, gemeinsam ein nach kaufmännischer Art geführtes Unternehmen zu führen.

Die Gesellschafter haben die Gesellschaft zwar in das Handelsregister eintragen zu lassen (Art. 552 Abs. 2 OR). Die Gesellschaft entsteht aber schon vor der Eintragung bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages. Der *Handelsregistereintrag* hat bei der kaufmännischen Kollektivgesellschaft nur *deklaratorische Bedeutung*.

Dem Eintrag in das Handelsregister kommt aber in verschiedener Hinsicht Bedeutung zu:

- Die eingetragene Firma untersteht dem Firmenschutz (Art. 956 Abs. 1 OR);
- die eingetragene Kollektivgesellschaft (und die eingetragenen Gesellschafter) untersteht der Konkurs- und Wechselbetreibung;
- nur die im Handelsregister eingetragenen Beschränkungen der Vertretungsmacht eines Gesellschafters sind Dritten gegenüber wirksam.

Die **nicht-kaufmännische Kollektivgesellschaft** entsteht erst mit Eintragung im Handelsregister. Der *Eintrag ist konstitutiv*. Bis zur Eintragung untersteht die Gesellschaft den Regeln der einfachen Gesellschaft.

Merke

Eine Gesellschaft ist eine Kollektivgesellschaft, wenn die gesetzlichen Kriterien vorliegen, selbst wenn sich die Gesellschafter dessen nicht bewusst sind (und unabhängig von einer anders lautenden Bezeichnung beispielsweise im Gesellschaftsvertrag).

5.4.2 Beendigung

5.4.2.1 Auflösungsgründe

Die Kollektivgesellschaft wird aus den gleichen Gründen wie die einfache Gesellschaft (Art. 545 OR) aufgelöst sowie zusätzlich dann, wenn über sie der Konkurs eröffnet ist (Art. 574 Abs. 1 OR).

Eine spezielle Bestimmung gibt es für den Fall, dass über einen Gesellschafter der Konkurs eröffnet oder dessen Liquidationsanteil der Gesellschaft gepfändet wurde. Anders als bei der einfachen Gesellschaft (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR) hat dies nicht automatisch die Auflösung der Gesellschaft zur Folge. Sowohl die Konkursverwaltung als auch die Privatgläubiger der Gesellschaft können aber unter Wahrung einer sechsmonatigen Frist die Auflösung der Gesellschaft verlangen. Zur Vermeidung der Auflösung und der Liquidation steht den übrigen Gesellschaftern das Recht zu, die Auflösung der Gesellschaft durch Befriedigung der Konkursmasse oder des Gläubigers abzuwenden (Art. 575 OR).

Ohne Liquidation wird die Kollektivgesellschaft beendet, wenn ein Gesellschafter mit Zustimmung aller anderen Gesellschafter das Gesellschaftsvermögen mit Aktiven und Passiven nach den Regeln von Art. 69 ff. FusG übernimmt.

Ebenfalls keine Liquidation ist erforderlich, wenn eine Kollektivgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft, Genossenschaft oder Kommanditgesellschaft umgewandelt wird (vgl. Art. 53 ff. FusG).

5.4.2.2 Liquidation

Die Liquidation wird, wenn es nicht anderes vereinbart wird, von den zur Vertretung befugten Gesellschaftern durchgeführt. Aus wichtigen Gründen kann der Richter auf Antrag eines Gesellschafters Liquidatoren abberufen oder andere einsetzen (Art. 583 Abs. 1 und 2 OR).

Die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft zu erfüllen, die Forderungen einzuziehen und das Vermögen der Gesellschaft zu versilbern (Art. 585 Abs. 1 OR). Auch hier haben die Gesellschafter keinen Anspruch auf Rückerstattung der von ihnen eingebrachten Sachen bzw. auf Naturalteilung. Das nach Tilgung der Schulden verbleibende Vermögen wird zunächst zur Rückzahlung des Kapitals an die Gesellschafter und sodann zur Entrichtung von Zinsen für die Liquidationszeit verwendet. Ein Überschuss ist nach den Vorschriften über die Gewinnbeteiligung unter die Gesellschafter zu verteilen (Art. 588 OR). Nach Beendigung der Liquidation haben die Liquidatoren die Löschung der Firma im Handelsregister zu veranlassen (Art. 589 OR); die Löschung hat lediglich deklaratorische Bedeutung.

5.4.3 Gesellschafterwechsel

Auch bei der Kollektivgesellschaft können die Gesellschafter übereinkommen, dass trotz Ausscheidens eines Gesellschafters die Gesellschaft unter den übrigen fortgesetzt werden soll (Art. 576 Abs. 1 OR).

Das Gesetz sieht betreffend Ausscheiden von Gesellschaftern zwei Möglichkeiten vor, die bei der einfachen Gesellschaft nicht gegeben sind (Art. 577 und Art. 578 OR):

- Den **Ausschluss** eines Gesellschafters **durch Urteil des Richters** auf Antrag der übrigen Gesellschafter, wenn die Auflösung aus wichtigen Gründen verlangt werden könnte (vgl. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR) und diese vorwiegend in der Person dieses Gesellschafters liegen;
 - Bsp.: In der Praxis wurden als wichtige Gründe anerkannt: Unwahre Angaben über den Stand des Geschäfts; unwahre Kreditempfehlung zum Nachteil des Mitgesellschafters; Bezüge von zu hohen Salären; Verwendung von Gesellschaftsvermögen zu eigenen Zwecken; feindseliges, unverträgliches Verhalten und Beschimpfung und Schädigung von Mitgesellschaftern.
- den **Ausschluss** eines Gesellschafters **durch die übrigen Gesellschafter**, wenn dieser Gesellschafter in Konkurs gefallen ist und einer seiner Gläubiger, der dessen Liquidationsanteil gepfändet hat, die Auflösung der Gesellschaft verlangt.

In beiden Fällen hat der ausgeschlossene Gesellschafter Anspruch auf einen Abfindungsbetrag. Dieser wird, soweit nichts anderes vereinbart wurde, in Berücksichtigung der Vermögenslage der Gesellschaft im Zeitpunkt des Ausscheidens und eines allfälligen Verschuldens des ausscheidenden Gesellschafters bestimmt (Art. 580 OR). Dabei ist nicht auf den Liquidationswert des Gesellschaftsvermögens abzustellen, sondern auf den Wert, den dieses für das weiter bestehende Unternehmen hat (Fortführungswert; BGE 93 II 255).

Neueintritt und Übertragung der Mitgliedschaft richten sich nach den Regeln der einfachen Gesellschaft, wobei der *Neueintretende anders als bei der einfachen Gesellschaft auch für die vor seinem Beitritt entstandenen*

Verbindlichkeiten haftet (Art. 569 OR). Gleichzeitig haftet der Ausscheidende noch während fünf Jahren für die Gesellschaftsschulden solidarisch (Art. 591 OR).

6. Kommanditgesellschaft

6.1 Definition und Grundzüge

6.1.1 Art. 594 Abs. 1 OR

Art. 594 Abs. 1 OR enthält folgende Definition der Kommanditgesellschaft: Eine Kommanditgesellschaft ist eine Gesellschaft, in der zwei oder mehrere (natürliche oder juristische) *Personen* sich zum Zwecke vereinigen, ein Handels-, ein Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe unter einer gemeinsamen Firma in der Weise zu betreiben, dass wenigstens ein Mitglied unbeschränkt, eines oder mehrere aber als Kommanditäre nur bis zum Betrag (...) der *Kommanditsumme*, haften (zum vom Gesetzgeber in der Legaldefinition des Art. 594 Abs. 1 OR fälschlicherweise mit der Kommanditsumme gleichgesetzten Begriff der Vermögenseinlage vgl. unten Kap. E.6.2.1.1).

6.1.2 Rechts- und Handlungsfähigkeit

Wie die Kollektivgesellschaft ist auch die Kommanditgesellschaft eine Personengesellschaft **ohne Rechtspersönlichkeit**. Träger der Rechte und Pflichten ist nicht die Gesellschaft, sondern sind die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit. Die Gesellschafter bilden auch hier *notwendigerweise ein Gesamthandverhältnis*: Das Gesellschaftsvermögen steht ihnen zur gesamten Hand zu. Dies gilt auch für die nur beschränkt haftenden Kommanditäre.

Auch die Kommanditgesellschaft wird in gewisser Hinsicht wie eine juristische Person behandelt:

- Die Kommanditgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und verklagt werden (Art. 602 OR); die Kommanditgesellschaft ist **handlungs-, prozess- und betriebsfähig**.
- Die Kommanditgesellschaft hat ein **Sondervermögen**. Dieses haftet den Gesellschaftsgläubigern. Privatgläubiger können nicht darauf greifen (Art. 613 Abs. 1 und Art. 616 Abs. 1 OR), sondern nur auf den Liquidationsanteil des Gesellschafters (Art. 613 Abs. 2 OR). Die Haftung der Gesellschafter für Schulden der Gesellschaft ist wie bei der Kollektivgesellschaft eine **subsidiäre**.
- Die Kommanditgesellschaft haftet für den **Schaden aus unerlaubten Handlungen**, die ein Gesellschafter in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen begangen hat (Art. 603 i.V.m. Art. 567 Abs. 3 OR).

Merke

Die Kommanditgesellschaft ist keine juristische Person, sondern eine Rechtsgemeinschaft. Sie wird aber im Aussenverhältnis wie eine juristische Person behandelt (analog zur Kollektivgesellschaft).

6.1.3 Komplementär und Kommanditär

Die Kommanditgesellschaft grenzt sich von der einfachen Gesellschaft und der Kollektivgesellschaft dadurch ab, dass sie *zwei verschiedene Typen von Gesellschaftern* hat:

- Einerseits die **Komplementäre**, die wie der einfache Gesellschafter und der Kollektivgesellschafter **unbeschränkt haften**;
- andererseits die **Kommanditäre**, die nur **beschränkt haften**, nämlich nur bis zur im Handelsregister eingetragenen Kommanditsumme.

Die beiden Typen von Gesellschaftern unterscheiden sich zunächst wesentlich betreffend ihrer Haftung. Die Stellung des Komplementärs in der Kommanditgesellschaft entspricht derjenigen des Kollektivgesellschafters in der Kollektivgesellschaft. Demgegenüber erschöpft sich nach der gesetzlichen Konzeption der Kommanditgesellschaft das Engagement des Kommanditärs in der Kommanditgesellschaft im Wesentlichen in seiner (beschränkten) Kapitalbeteiligung. Eine persönliche Mitwirkung des Kommanditärs in der Gesellschaft ist nicht vorgesehen. Diese Beschränkung auf die finanzielle Beteiligung des Kommanditärs kommt wie folgt zum Ausdruck:

- Der Kommanditär hat **weder** intern **Geschäftsführungsbefugnis** (vgl. Art. 600 Abs. 1 OR) **noch** kommt ihm extern **Vertretungsmacht** zu (vgl. Art. 603 OR); seine Mitwirkung beschränkt sich auf Kontroll- und Informationsrechte (vgl. Art. 600 Abs. 2 und 3 OR).
- **Kommanditäre** können nebst natürlichen **auch juristische Personen oder Handelsgesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit** (d.h. Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften) sein; demgegenüber können Komplementäre nur natürliche Personen sein (Art. 594 Abs. 2 OR).

6.1.4 Abgrenzung gegenüber der einfachen Gesellschaft

Bei der einfachen Gesellschaft haften alle Gesellschafter unbeschränkt. Haften gemäss Gesellschaftsvertrag ein oder mehrere Gesellschafter nur beschränkt, so liegt, sofern die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind, eine Kommanditgesellschaft vor.

Komplementäre einer Kommanditgesellschaft können nur natürliche Personen sein. Wenn sich an einer Personengesellschaft eine juristische Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter beteiligt, liegt eine einfache Gesellschaft vor (Art. 530 Abs. 2 OR).

Die Kommanditgesellschaft kann im Gegensatz zur einfachen Gesellschaft ein **nach kaufmännischer Art geführtes Unternehmen** betreiben (vgl. die Legaldefinition in Art. 594 Abs. 1 OR).

6.1.5 Abgrenzung gegenüber der Kollektivgesellschaft

Bei der Kollektivgesellschaft haften alle Gesellschafter unbeschränkt. Haften gemäss Gesellschaftsvertrag ein oder mehrere Gesellschafter nur beschränkt, so liegt, sofern die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind, eine Kommanditgesellschaft vor.

Die Umwandlung einer Kollektivgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft und umgekehrt kann formlos erfolgen, ohne dass die bisherige Gesellschaft aufgelöst und eine neue Gesellschaft gegründet werden muss. Tritt in eine Kollektivgesellschaft ein nur beschränkt haftender Gesellschafter ein, so wird sie damit zur Kommanditgesellschaft; tritt bei einer mindestens aus zwei Komplementären und einem Kommanditär bestehenden Kommanditgesellschaft der Kommanditär aus, so besteht die Gesellschaft als Kollektivgesellschaft weiter (vgl. Art. 55 Abs. 1 und 2 FusG).

Bei der Kommanditgesellschaft handelt es sich um eine **Abwandlung der Kollektivgesellschaft**. Soweit die Bestimmungen über die Kommanditgesellschaft nichts von den Regelungen der Kollektivgesellschaft Abweichendes vorsehen, gelten die Regelungen der Kollektivgesellschaft auch für die Kommanditgesell-

schaft (vgl. die entsprechenden Verweisungen in den Art. 598 Abs. 1, 603, 614 Abs. 2 und Art. 619 Abs. 1 OR). Dies gilt insbesondere auch für die Rechtsstellung des Kommanditärs.

Merke

Die Regelungen der Kommanditgesellschaft sind mit jenen der Kollektivgesellschaft weitgehend identisch; die Abweichungen ergeben sich zwanglos und zwangsläufig aus der Existenz zweier verschiedener Gesellschaftertypen: Der Kommanditär hat weniger Pflichten und folglich auch weniger Rechte.

6.2 Innenverhältnis

Das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander richtet sich *zunächst nach dem Gesellschaftsvertrag* (Art. 598 Abs. 1 OR). Soweit keine Vereinbarung getroffen ist, kommen *abgesehen von wenigen, aus der Rechtsstellung des Kommanditärs abgeleiteten Sonderregeln* (Art. 599 bis 601 OR) die *Vorschriften über die Kollektivgesellschaft* zur Anwendung (Art. 598 Abs. 2 OR). Da diese wiederum weitgehend identisch sind mit den Regeln der einfachen Gesellschaft (vgl. den Weiterverweis in Art. 557 Abs. 2 OR sowie die Ausführungen oben in Kap. E.5.2), ergibt sich daraus *im Innenverhältnis* eine weitgehende Übereinstimmung der gesetzlichen Regeln für die einfache Gesellschaft, die Kollektiv- und die Kommanditgesellschaft.

Die Stellung des Komplementärs entspricht vollumfänglich derjenigen des Kollektivgesellschafters. Für den Komplementär kann deshalb vollumfänglich auf die Ausführungen zum Innenverhältnis bei der Kollektivgesellschaft (und der einfachen Gesellschaft) verwiesen werden.

Im Folgenden wird die Stellung des Kommanditärs dargestellt.

Merke

Im Innenverhältnis stimmen die dispositiven Regeln der einfachen Gesellschaft, der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft (mit Ausnahme der Stellung des Kommanditärs) weitgehend überein.

6.2.1 Beiträge der einzelnen Gesellschafter, Gewinn- und Verlustanteil

6.2.1.1 Beitragspflicht des Kommanditärs

Der Beitrag, den der Kommanditär in die Kommanditgesellschaft einbringt, ist die **Kommanditeinlage**. Der Kommanditär verpflichtet sich *gegenüber den anderen Gesellschaftern* zu deren Leistung. Art und Umfang der Kommanditeinlage unterliegen der freien Vereinbarung der Gesellschafter. Gesetzlich ist weder ein maximaler noch ein minimaler Betrag vorgeschrieben. Die Kommanditeinlage kann in bar entrichtet werden (sog. *Bareinlage*). Es können aber auch Sachwerte, d.h. Vermögensobjekte jeder Art eingebracht werden (sog. *Sacheinlage*); erforderlich ist, dass sie einen Vermögenswert besitzen. Soll die Kommanditeinlage – und nicht wie in Art. 596 Abs. 3 OR formuliert die Kommanditsumme – in Sachwerten erfolgen, so ist die Sacheinlage in der Anmeldung ausdrücklich und mit bestimmtem Wertansatz zu bezeichnen und in das Handelsregister einzutragen. Zum Thema Sacheinlage sei im Übrigen auf die ähnlichen Bestimmungen im Aktienrecht verwiesen (vgl. Kap. F.1.2.2.1).

Von der Kommanditeinlage, die ausschliesslich das Innenverhältnis betrifft, zu unterscheiden ist die **Kommanditsumme**. Diese wird in das Handelsregister eingetragen (Art. 41 Abs. 2 lit. g HRegV) und hat *Wirkung im Ausserverhältnis*: Sie stellt den maximalen Betrag dar, bis zu welchem der Kommanditär Dritten gegenüber haftet. Auch die Höhe der Kommanditsumme unterliegt der freien Vereinbarung der Parteien.

Die Kommanditeinlage muss mit der Kommanditsumme summenmässig nicht übereinstimmen. Art. 594 Abs. 1 OR ist daher unrichtig formuliert, indem er die Begriffe «Vermögenseinlage» und «Kommanditsumme» gleich-

setzt: Hinsichtlich des Haftungsumfangs ist allein die im Handelsregister eingetragene Kommanditsumme massgebend. Die geleistete Kommanditeinlage hat nur insofern eine Bedeutung für die Haftung im Ausserverhältnis, als Letztere im Umfang der bereits erbrachten Einlage entfällt (Art. 610 Abs. 2 OR): Der Kommanditär muss damit niemals zweimal leisten.

Bsp.: Huber, Meier und Müller gründen eine Kommanditgesellschaft. Müller, der sich als Kommanditär beteiligen will, verfügt über liquide Mittel von CHF 40'000, zu deren Einlage er sich im Gesellschaftsvertrag verpflichtet und die er auch tatsächlich einzahlt. Um die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft gegenüber künftigen Gläubigern zu erhöhen, wird als Kommanditsumme der Betrag von CHF 100'000 im Handelsregister eingetragen. Wird die Gesellschaft bei Konkurs aufgelöst, haftet Müller persönlich bis zum Betrag von CHF 60'000.

Das Gesetz verwendet auch an andern Orten den Begriff Kommanditsumme (Art. 596 Abs. 3, 601 Abs. 3 und Art. 616 Abs. 2 OR), wo der Begriff Kommanditeinlage angebracht wäre.

Merke

Kommanditsumme und Kommanditeinlage sind nicht dasselbe. Die Kommanditsumme betrifft das Ausserverhältnis, die Kommanditeinlage (primär) das Innenverhältnis.

6.2.1.2 Gewinn- und Verlusttragung des Kommanditärs

Bezüglich Gewinn- und Verlusttragung bestehen wiederum spezielle Bestimmungen für den **Kommanditär**:

- Besteht keine Vereinbarung über die **Beteiligung** des Kommanditärs am **Gewinn** und am **Verlust**, so wird dieser – anders als bei der Kollektivgesellschaft, wo den Gesellschaftern aufgrund der Vermutung von Art. 533 Abs. 1 OR der gleiche Anteil zukommt – *durch den Richter nach freiem Ermessen festgesetzt* (Art. 601 Abs. 2 OR).
- Am (endgültigen) **Verlust** nimmt **der Kommanditär im Innenverhältnis höchstens bis zum Betrag der vereinbarten Kommanditeinlage** teil (unrichtig hier «Kommanditsumme» Art. 601 Abs. 1 OR). Diese Regel bezieht sich auf die endgültige Verlusttragung bei Liquidation der Gesellschaft oder beim Ausscheiden des Kommanditärs. Während der Dauer seiner Beteiligung werden dem Kommanditär Verluste *in vollem Umfang angerechnet*, indem sie ihm auf seinen Kapitalanteil (auf dem Kapitalkonto) belastet werden. Eine bereits geleistete Kapitaleinlage kann sich damit durch Verluste vermindern, ja es kann durch solche sogar ein Negativsaldo entstehen. Ein solcher Negativsaldo ist freilich nie durch spätere Leistungen des Kommanditärs auszugleichen. Indessen können Zinsen und Gewinn erst dann wieder ausbezahlt werden, wenn die verminderte Kapitaleinlage (durch gutgeschriebene Zinsen, Gewinne und Honorare) ausgeglichen ist (Art. 611 Abs. 1 OR).

6.2.2 Willensbildung

6.2.2.1 Gesellschaftsbeschlüsse

An Gesellschaftsbeschlüssen – die erforderlich sind bei Rechtshandlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb der gemeinschaftlichen Geschäfte hinausgehen – können die *Kommanditäre* in gleicher Weise *wie die Komplementäre* teilnehmen. Im Zweifel ist Einstimmigkeit erforderlich (Art. 534 Abs. 1 OR; vgl. Kap. E.4.2.2.1).

6.2.2.2 Geschäftsführung

Die Geschäftsführung wird *durch die Komplementäre* besorgt. Die Kommanditäre sind als solche zur Führung der Geschäfte weder berechtigt noch verpflichtet (Art. 599 und Art. 600 Abs. 1 OR).

Eine solche Berechtigung kann sich dagegen – wie für einen Nichtgesellschafter – aus einer Bestellung eines Kommanditärs zum Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten ergeben. Die Geschäftsführung durch einen Kommanditär kann somit vertraglich vereinbart werden. Schliesst der gemäss interner Vereinbarung zur Geschäftsführung berechtigte Kommanditär für die Gesellschaft Geschäfte ab, so muss er ausdrücklich erklären, dass er nur als Prokurist oder Bevollmächtigter handelt. Unterlässt er dies, haftet er aus diesen Geschäften gutgläubigen Dritten gegenüber gleich einem Komplementär, d.h. unbeschränkt (Art. 605 OR; vgl. Kap. E.5.3.2 f.).

Den **Kommanditären** kommt hinsichtlich der Handlungen, die zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören, **kein Vetorecht** zu (Art. 600 Abs. 2 OR). Sie werden damit wie von der Geschäftsführung ausgeschlossene unbeschränkt haftende Gesellschafter behandelt (vgl. Kap. E.4.2.2.1).

Die Kommanditäre haben ein **Informationsrecht**, indem sie berechtigt sind, eine Abschrift der Gewinn und Verlustberechnung und der Bilanz zu verlangen und deren Richtigkeit unter Einsichtnahme in die Bücher und Papiere zu prüfen oder durch einen unbeteiligten Sachverständigen prüfen zu lassen (Art. 600 Abs. 3 OR). Dieses Informationsrecht geht im Vergleich mit dem Informationsrecht des von der Geschäftsführung ausgeschlossenen unbeschränkt haftenden Gesellschafters weniger weit: Der von der Geschäftsführung ausgeschlossene unbeschränkt haftende Gesellschafter kann sich weitergehend jederzeit über den Gang der Geschäftsangelegenheit unterrichten (Art. 557 Abs. 2 i.V.m. Art. 541 OR).

Wie für den Komplementär gilt auch für den Kommanditär das **Konkurrenzverbot** der Kollektivgesellschaft (Art. 598 Abs. 2 i.V.m. Art. 561 OR).

Merke

Der Kommanditär ist als solcher zur Geschäftsführung nicht befugt.

6.3 Aussenverhältnis

6.3.1 Im Allgemeinen

Die Kommanditgesellschaft ist **handlungs-, prozess- und betriebsfähig**. Sie kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und verklagt werden (Art. 602 OR). Sie tritt im Aussenverhältnis unter eigener Firma selbständig auf.

Die Firma einer Kommanditgesellschaft muss den Namen wenigstens eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters mit einem das Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatz enthalten (Art. 947 Abs. 3 OR). Die Namen anderer als der unbeschränkt haftenden Gesellschafter dürfen in der Firma nicht enthalten sein (Art. 947 Abs. 4 OR). Ist der Name eines Kommanditärs gleichwohl in die Firma aufgenommen worden, so haftet dieser Dritten gegenüber wie ein unbeschränkt haftender Gesellschafter (Art. 607 OR).

Bsp.: Hans Müller und Otto Huber sind Komplementäre, Fritz Huber (Bruder von Otto) Kommanditär einer Kommanditgesellschaft. Unproblematisch ist eine Firma wie «Müller & Co», problematisch dagegen «Huber & Co», da eine Gefahr der Verwechslung von Gesellschaftern mit verschiedener Stellung besteht.

6.3.2 Vertretung

Die Gesellschaft wird nach den für die Kollektivgesellschaft geltenden Vorschriften durch die **Komplementäre** vertreten (Art. 603 OR). Diesbezüglich gilt das unter Kap. E.5.3.2 Ausgeführte.

Die **Kommanditäre** können die Gesellschaft nur als Prokuristen oder Bevollmächtigte vertreten. Erklären sie dies beim Abschluss von Geschäften für die Gesellschaft nicht ausdrücklich, haften sie aus diesen gleich einem Komplementär (Art. 605 OR).

Bsp.: Eine ungenügende Erklärung liegt in der Regel vor, wenn der Kommanditär Wendungen wie «im Namen der Gesellschaft» oder «unsere Firma» oder einfach «wir» gebraucht.

Merke

Der Kommanditär hat als solcher keine Vertretungsmacht.

6.3.3 Haftung

Die **Komplementäre** haften wie Kollektivgesellschaftler (vgl. Kap. E.5.3.3). Ihre Haftung ist damit **subsidiär, unbeschränkt** und **solidarisch** mit ihrem ganzen Vermögen.

Die **Kommanditäre** haften **subsidiär, beschränkt** und **solidarisch** mit ihrem ganzen Vermögen.

Ihre Haftung Dritten gegenüber für Gesellschaftsschulden ist beschränkt auf die im Handelsregister eingetragene Kommanditsumme (Art. 608 Abs. 1 OR).

Es bestehen **drei Ausnahmen** von der **beschränkten Haftung** des Kommanditärs. Eine unbeschränkte Haftung gleich einem Komplementär besteht:

- Wenn der Kommanditär für die Gesellschaft Geschäfte abschliesst, ohne ausdrücklich zu erklären, dass er nur als Prokurist oder als Bevollmächtigter handelt (Art. 605 OR);
- wenn die Gesellschaft vor der Eintragung in das Handelsregister im Verkehr aufgetreten ist, für die bis zur Eintragung entstandenen Verbindlichkeiten (Art. 606 OR);
- wenn der Name des Kommanditärs in die Firma der Gesellschaft aufgenommen worden ist (Art. 607 OR).

Die Belangbarkeitsvoraussetzungen und die Geltendmachung der Haftung des Kommanditärs sind in Art. 610 OR geregelt:

- Während der Dauer der Gesellschaft kann der Kommanditär nicht belangt werden (Art. 610 Abs. 1 OR). Dies gilt auch für den Fall, dass der Kommanditär in Konkurs fällt; anders als bei den Komplementären begründet der Konkurs keine persönliche Haftbarkeit des Kommanditärs Dritten gegenüber für Gesellschaftsschulden.
- Erst bei Auflösung der Gesellschaft können die Gläubiger, die Liquidatoren oder die Konkursverwaltung verlangen, dass die Kommanditsumme in die Liquidations- oder Konkursmasse eingeworfen werde, soweit sie noch nicht geleistet oder soweit sie dem Kommanditär wieder zurückerstattet worden ist (Art. 610 Abs. 2 OR); dem Kommanditär steht damit bei Auflösung der Gesellschaft die *Einrede der Leistung der Kommanditeinlage* zu: Er muss dartun, dass er die Kommanditeinlage in Höhe der Kommanditsumme geleistet hat und diese ihm nicht zurückerstattet wurde; als Rückerstattung gilt jede kapitalmässige Rückzahlung der Kommanditeinlage und die einen Verlust bewirkende Auszahlung von Zinsen und Gewinn (Art. 611 Abs. 1 OR).

6.4 Entstehung und Beendigung

6.4.1 Entstehung

Die Entstehung der Kommanditgesellschaft richtet sich nach den Regeln der Kollektivgesellschaft (vgl. E.5.4.1.) Die **kaufmännische Kommanditgesellschaft** entsteht mit dem Austausch übereinstimmender Willenserklärungen. Der in Art. 594 Art. 3 OR vorgeschriebene Handelsregistereintrag ist *deklaratorisch*.

Bei der **nicht-kaufmännischen Kommanditgesellschaft** ist der Handelsregistereintrag *konstitutiv* (Art. 595 OR).

6.4.2 Beendigung

Für die Auflösung und die Liquidation gelten die gleichen Bestimmungen wie bei der Kollektivgesellschaft (vgl. Kap. E.5.4.2), mit der einzigen Abweichung, dass Tod und Entmündigung des Kommanditärs nicht zur Auflösung der Gesellschaft führen (Art. 619 Abs. 2 OR).

6.4.3 Gesellschafterwechsel

Ebenfalls den Regeln der Kollektivgesellschaft untersteht der Gesellschafterwechsel (vgl. Kap. E.5.4.3). Hinzuweisen ist auf die oft vereinbarte **Konversionsklausel**: Es wird unter den Gesellschaftern einer Kollektivgesellschaft vereinbart, dass sie bei Tod des einen Gesellschafters nicht aufgelöst, sondern mit den Erben fortgesetzt wird, dass diese aber nicht unbeschränkt haften und auch nicht zur Geschäftsführung berechtigt oder verpflichtet sein sollen. Die Umwandlung einer Kollektivgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft kann in diesem Fall formlos erfolgen, ohne dass die bisherige Gesellschaft in aller Form aufgelöst und eine neue Gesellschaft gegründet werden muss. Tritt in eine Kollektivgesellschaft ein nur beschränkt haftender Gesellschafter ein, so wird sie damit zur Kommanditgesellschaft (Art. 55 Abs. 1 lit. a FusG).

6.5 Hauptunterschiede der Kommanditgesellschaft gegenüber der Kollektivgesellschaft

I. Grundsätzlich

- Zwei Gesellschaftertypen (Art. 594 Abs. 1 OR)
 - Komplementär: Unbeschränkte Haftung
 - Kommanditär: Haftung beschränkt auf Kommanditsumme (Handelsregister!)
- Kommanditgesellschaft ist ein Mittelding zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft
- Komplementäre: Nur natürliche Personen; Kommanditäre: Auch juristische Personen (Art. 594 Abs. 2 OR)

II. Innenverhältnis

- Grundsatz: Wie Recht der Kollektivgesellschaft (Art. 598 Abs. 2 OR)
- Geschäftsführung = Komplementär (Art. 599 OR), nicht Kommanditär *als solcher* (zwingend) (Art. 600 OR)
- Kommanditär: Kein Widerspruchsrecht nach Art. 535 Abs. 2 OR, Widerspruchsrecht nur bei aussergewöhnlichen Geschäften (Art. 600 Abs. 2 OR)
- Verlustbeteiligung des Kommanditärs nur bis max. Kommanditeinlage (Art. 601 Abs. 1 OR; zu den Begriffen Kommanditeinlage und Kommanditsumme vgl. Kap. E.6.2.1.1)

III. Aussenverhältnis

- Vertretung durch Komplementär, nicht durch Kommanditär (Art. 603 Abs. 1 OR)
- Haftung des Komplementärs: subsidiär, unbeschränkt, solidarisch (wie Kollektivgesellschaftler)
- Haftung des Kommanditärs: Erst nach Auflösung der Gesellschaft (Art. 610 OR), bis zur Höhe der Kommanditsumme gemäss HR-Eintrag (sofern höherer Betrag kundgegeben wird für höheren Betrag; Art. 608 OR); Reduktion der Haftung um geleistete Kommanditeinlage (Art. 610 Abs. 2 OR)
- Unbeschränkte Haftung des Kommanditärs, wenn:
 - Handlungen für Gesellschaft ohne Hinweis auf beschränkte Vertretungsmacht (Art. 605 OR)
 - Mangelnder Eintrag im Handelsregister (Art. 606 OR)
 - Name des Kommanditärs in der Firma (Art. 607 OR)

Fragen und Fälle für das Selbststudium, Teil E

1. Welches sind die kennzeichnenden Elemente einer Gesellschaft?
2. Welche Pflichten hat jedes kaufmännische Unternehmen unabhängig von der gewählten Rechtsform?
3. Der Gesellschaftszweck der Danux AG war während Jahren im Handelsregister wie folgt umschrieben: «Beteiligung an andern Unternehmungen; Verwaltung von Patenten aller Art; Handel mit Grundstücken.» An der Generalversammlung vom 15. April 1979 wurde eine Änderung des Gesellschaftszwecks beschlossen. Im Handelsregister wurde der Gesellschaftszweck folgendermassen neu formuliert: «Beteiligung an andern Unternehmungen und Verwaltung von Patenten aller Art.» Im Oktober 1979 kaufte das einzelzeichnungsberechtigte Verwaltungsratsmitglied Hans Morf für die Danux AG 4 Wohnhäuser mit je 15 Wohnungen. Der Verkäufer Fritz Kugler hatte schon seit Jahren mit der Danux AG Liegenschaftsgeschäfte abgeschlossen und dabei jeweils mit Hans Morf verhandelt. Als die übrigen Verwaltungsratsmitglieder vom Kauf Kenntnis erhielten und feststellten, dass der Preis übersetzt war, teilte die Danux AG dem Verkäufer mit, sie betrachte den Kaufvertrag als unverbindlich. Hans Morf habe nicht mehr im Rahmen seiner Vertretungsmacht gehandelt. Fritz Kugler hielt der Danux AG entgegen, er habe von der Änderung des Gesellschaftszweckes keine Kenntnis erlangen können, denn er sei von Anfang April bis Mitte September im Ausland gewesen. Der Kaufvertrag sei deshalb gültig zustande gekommen.
4. Franz Karrer und Gustav Märki waren Teilhaber der am 3. Januar 1985 ins Handelsregister St. Gallen eingetragenen Kollektivgesellschaft Karrer & Co., die sich mit dem Handel von Möbeln befasste. Da sich die Geschäfte von Anfang an ungünstig entwickelten, wurde der Betrieb im Sommer 1987 eingestellt und das Geschäftslokal auf den 30. September 1987 gekündigt. Die Gesellschaft löste sich auf den 31. Dezember 1987 auf und trat in Liquidation. Diese wurde von Franz Karrer besorgt. Die Auflösung der Gesellschaft wurde indessen beim Handelsregister nicht angemeldet. Am 19. Juni 1988 ersuchte Franz Karrer die Firma Engel & Co. um ein Darlehen von CHF 100'000 für die Firma Karrer & Co., für die er Einzelunterschrift führte. In der Folge gewährte die Engel & Co. das Darlehen, ohne sich über die finanziellen Verhältnisse der Karrer & Co. ausreichend zu informieren. Am 27. Februar 1989 geriet die Firma Karrer & Co. in Konkurs, weshalb sie am 12. Juni 1989 im Handelsregister gelöscht wurde. Die Firma Engel & Co. verlangt nun von Gustav Märki die Rückzahlung des Darlehens von CHF 100'000. Gustav Märki lehnt die Zahlung mit der Begründung ab, Franz Karrer sei nicht berechtigt gewesen, ein neues, nicht der Liquidation dienendes Geschäft einzugehen. Durch die Darlehensaufnahme sei daher die Firma Karrer & Co. nicht verpflichtet worden.
5. Was ist eine Firma?
6. Welche handelsrechtlichen Vollmachten sind gesetzlich fixiert?
7. Weshalb ist eine gesetzliche Regelung der handelsrechtlichen Vollmachten notwendig?
8. Weshalb wird die einfache Gesellschaft als Auffangbecken im Gesellschaftsrecht bezeichnet?
9. Die Erbengemeinschaft Peter Fontana, die Kollektivgesellschaft Waller & Partner und die Heller AG wollen eine einfache Gesellschaft gründen? Ist dies möglich?
10. Ist die Mitgliedschaft einer einfachen Gesellschaft übertragbar?
11. Welches ist das wichtigste Unterscheidungsmerkmal der Kollektivgesellschaft gegenüber der einfachen Gesellschaft?

12. Was bedeuten die Begriffe Innenverhältnis, Aussenverhältnis, Geschäftsführung und Vertretung im Gesellschaftsrecht?
13. Huber und Spieler wollen eine Kollektivgesellschaft mit dem Zweck des Betriebs eines Spielwarengeschäfts gründen und als Firma die Bezeichnung «Ludus» wählen. Ist dies möglich?
14. Welche Handlungen werden durch die Vertretungsmacht des Kollektivgesellschafters umfasst?
15. Welche Merkmale charakterisieren eine stille Gesellschaft?

F. Gesellschaftsrecht II: Körperschaften

1. Aktiengesellschaft

1.1 Begriff und Charakterisierung

Art. 620 Abs. 1 OR enthält folgende Definition der Aktiengesellschaft: Die Aktiengesellschaft ist eine Gesellschaft mit eigener Firma, deren zum Voraus bestimmtes Kapital (Aktienkapital) in Teilsommen (Aktien) zerlegt ist und für deren Verbindlichkeiten nur das Gesellschaftsvermögen haftet.

Die Grundidee des Gesetzgebers war die Schaffung einer rein kapitalbezogenen Gesellschaft, bei der es nicht auf die Persönlichkeit der Mitglieder und deren Mitwirkung in der Gesellschaft ankommt. Die Beteiligung der Mitglieder soll sich in ihrer Kapitalbeteiligung erschöpfen und ihre Haftung darauf beschränkt sein. Dieser Gedanke kommt in Art. 620 Abs. 2 OR zum Ausdruck: Die **Aktionäre haften** für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft **nicht persönlich**. Die kapitalbezogene Struktur der Aktiengesellschaft zeigt sich auch darin, dass sich die **Mitgliedschaftsrechte** grundsätzlich **nach dem Kapitaleinsatz** bemessen (vgl. Art. 692 Abs. 1 OR).

Diese Konzeption der Gesellschaft erfordert in zweierlei Hinsicht einen Ausgleich: Einerseits müssen **Gläubigerschutzbestimmungen** normiert werden, da den Gläubigern der AG als Haftungssubstrat ausschliesslich das Gesellschaftsvermögen zur Verfügung steht. Das Aktienrecht enthält daher im Interesse der Gläubiger zahlreiche Bestimmungen zum Schutz des Eigenkapitals (vgl. Kap. F.1.2.2). Andererseits sind zugunsten der **Aktionäre Schutzrechte gegen Missbräuche** normiert worden, die eine Kontrolle der Gesellschaft durch die Aktionäre gewährleisten (vgl. Kap. F.1.8.2.3 und F.1.8.2.4).

Die Aktiengesellschaft dient für vielfältige Arten wirtschaftlicher Tätigkeit: Sie ist Trägerin sowohl von Gross- als auch Kleinunternehmungen, sie kann Immobilien-, Holding- oder Domizilgesellschaft sein. Und sie kann auch als Trägerin für eine Unternehmung mit nicht-wirtschaftlicher Zwecksetzung verwendet werden, was in Art. 620 Abs. 3 OR ausdrücklich festgehalten wird.

Der Gesetzgeber orientierte sich bei der Normierung des Aktienrechts zwar teilweise am Leitbild der Gross- bzw. Grösstgesellschaft. Die Aktiengesellschaft des schweizerischen Rechts ist indessen, im Gegensatz etwa zum deutschen Recht, nicht – durch die Statuierung zwingender Normen – auf die Grossunternehmung fixiert. Die Aktiengesellschaft ist nach der gesetzlichen Konzeption *auch für kleine Unternehmungen verwendbar*, was beispielsweise am tiefen Minimalkapital und der geringen Anzahl (erforderlicher) Gründer ablesbar ist.

Rechtsgrundlagen der Aktiengesellschaft sind im Wesentlichen die *Art. 620 ff. OR*. Weitere für Aktiengesellschaften relevante Regeln finden sich im *Börsen-* und im *Bankengesetz* (vgl. Kap. F.1.14), im *Kartellgesetz* sowie neu auch im *Fusionsgesetz* (vgl. Kap. F.1.11.3.1).

Merke

Die Rechtsform der Aktiengesellschaft eignet sich für grosse wie für kleine Unternehmen.

1.2 Schutz des Eigenkapitals

1.2.1 Übersicht, Begriffe

Ein zentrales Wesenselement der Aktiengesellschaft ist die *Haftungsbeschränkung für die Aktionäre*. Für Gesellschaftsschulden soll einzig das Gesellschaftsvermögen haften, unter Ausschluss des Privatvermögens der Aktionäre. Als Kompensation für diese Haftungsbeschränkung enthält das Gesetz zugunsten der Gesellschaftsgläubiger diverse Schutzbestimmungen zur Sicherung ihrer Haftungsgrundlage, also des Gesellschaftsvermögens. Die *Vorschriften zum Schutz des Eigenkapitals* lassen sich in drei Kategorien einteilen:

- Vorschriften zur richtigen Ermittlung des Eigenkapitals
- Vorschriften zur Sicherung des Bestandes des Eigenkapitals
- Haftungs Vorschriften

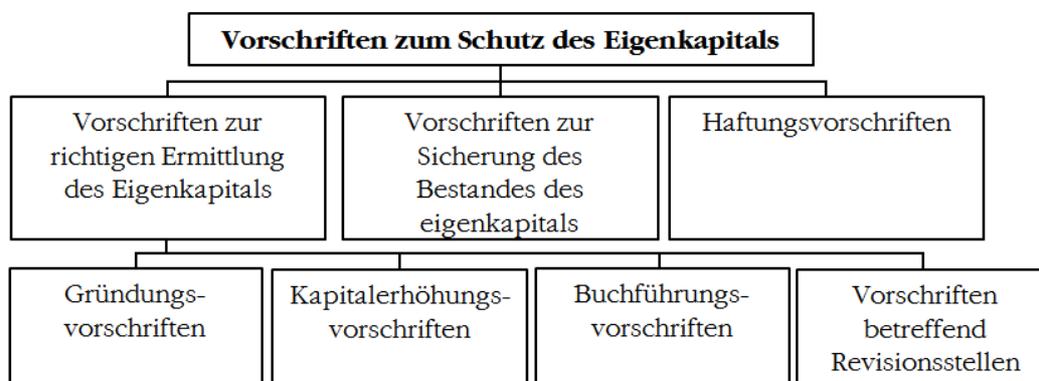


Abb. 54: Vorschriften zum Schutz des Eigenkapitals

Die Aktiengesellschaft hat ein **Grundkapital**. Dieses setzt sich zusammen aus dem **Aktienkapital** und, soweit ein solches besteht, dem **Partizipationskapital** (abgekürzt «PS-Kapital»). Das Gesetz erwähnt den Begriff «Grundkapital» nicht ausdrücklich, sondern spricht einheitlich vom «Aktienkapital». Aus Art. 656b Abs. 2 und 3 OR ergibt sich, welche Bestimmungen über das Aktienkapital auf das PS-Kapital nicht anwendbar sind (Mindestkapital und Mindesteinlage) und in welchen Bestimmungen das PS-Kapital dem Aktienkapital zuzuzählen und damit mit dem Begriff Aktienkapital das Grundkapital gemeint ist (Einschränkungen des Erwerbs eigener Aktien, allgemeine Reserve, Einleitung einer Sonderprüfung, Meldepflicht bei Kapitalverlust).

Das **Aktienkapital** stellt das Total der *Verpflichtungen* der Aktionäre zur Leistung von Einlagen in das Gesellschaftsvermögen dar. Es handelt sich um eine *feste Grösse*, die nur unter Einhaltung strenger gesetzlicher Vorschriften geändert werden kann (Kapitalerhöhung, Kapitalherabsetzung). Es ist in den Statuten festgeschrieben (Art. 626 Ziff. 3 OR) und im Handelsregister eingetragen (Art. 45 Abs. 1 lit. h HRegV). Das Aktienkapital ist kein effektiver Vermögenswert.

Abzugrenzen ist das Aktienkapital insbesondere vom Eigenkapital und vom Brutto- und Nettovermögen.

Das **Eigenkapital** ist das *Nettovermögen* der Gesellschaft. Das Nettovermögen ist der Saldo aus Aktiven (Bruttovermögen) abzüglich Schulden (Fremdkapital) der Gesellschaft. Die Höhe des in der Bilanz ausgewiesenen Eigenkapitals ist stark beeinflusst durch die Frage, wie Aktiven und Fremdkapital *bewertet* werden. Eine Überbewertung der Aktiven oder eine Unterbewertung des Fremdkapitals führt zu einem – angeblichen – Eigenkapital, welches in dieser Höhe tatsächlich nicht vorhanden ist.

| | |
|---------|-------------------------------------|
| Aktiven | ./ Fremdkapital (Schulden) |
| | = Eigenkapital (Saldo) |

Abb. 55: Eigenkapital

Merke

Das Eigenkapital ist eine rechnerische Grösse, der Saldo aus (bewerteten) Aktiven abzüglich (bewertetem) Fremdkapital.

Zerlegt man das Eigenkapital in seine Einzelteile, so setzt es sich zusammen aus der Summe von Aktien- und Partizipationskapital, (als Total der Verpflichtungen der Aktionäre bzw. der Partizipanten), von offenen und gegebenenfalls stillen (d.h. in der Bilanz nicht ausgewiesenen) Reserven und des Gewinn- oder Verlustvortrages.

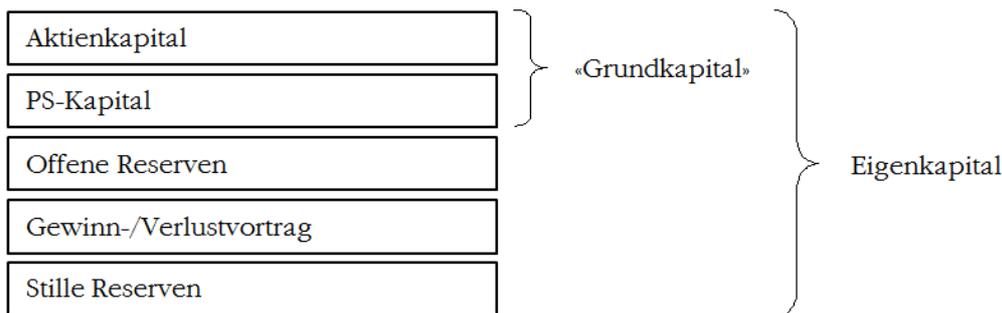


Abb. 56: Eigenkapital

Das Eigenkapital und das Fremdkapital werden auf der Passivseite der Bilanz dargestellt.

Auf der Aktivseite der Bilanz wird das Bruttovermögen unterteilt in Anlage- und Umlaufvermögen dargestellt. Als **Bruttovermögen** gilt die Gesamtheit der Vermögenswerte der Gesellschaft.

| Aktiven | | Passiven | |
|----------------|-----|---------------------|-----|
| Anlagevermögen | 50 | Fremdkapital | 20 |
| | | Aktienkapital | 70 |
| Umlaufvermögen | 50 | Gesetzliche Reserve | 10 |
| | 100 | | 100 |

Abb. 57: Bruttovermögen, Nettovermögen

Das Bruttovermögen (Umlauf- und Anlagevermögen) beträgt 100, das Nettovermögen (Bruttovermögen abzüglich Fremdkapital) 80. Rechnerisch entspricht das Nettovermögen dem Eigenkapital (Aktienkapital und gesetzliche Reserven).

1.2.2 Vorschriften zur richtigen Ermittlung des Eigenkapitals

1.2.2.1 Gründungsvorschriften (Bar-, Sacheinlage-, Sachübernahmegründung)

Das Aktienkapital muss mindestens **CHF 100'000** betragen (Art. 621 OR). Es ist in Teilsommen (Aktien) zerlegt. Die Aktien weisen einen Nennwert (seit 1. Mai 2001 mindestens 1 Rappen, vorher mindestens 10 Franken) auf (Art. 622 Abs. 4 OR) und dürfen nur zu diesem oder zu einem diesen übersteigenden Betrag ausgegeben werden (Ausgabebetrag; Art. 624 OR).

Bei der Ausgabe von Aktien muss zwischen deren Zeichnung und deren Liberierung unterschieden werden. **Zeichnung** der Aktien bedeutet das Eingehen der bedingungslosen Verpflichtung, eine dem Ausgabebetrag entsprechende Einlage zu leisten; obligationenrechtlich ist sie als Entstehung einer Obligation zu qualifizieren (sog. Verpflichtungsgeschäft). **Liberierung** der Aktien bedeutet Leistung der versprochenen Einlage; obligationenrechtlich ist sie Erfüllung, Vollzug der Obligation (sog. Verfügungsgeschäft).

Bei der Gründung der AG sind sämtliche Aktien durch die Gründer zu zeichnen. Gleichzeitig müssen nebst der bedingungslosen Verpflichtung mindestens 20% des Nennwerts jeder Aktie, in jedem Fall aber mindestens CHF 50'000, liberiert sein (Art. 632 OR). Diese Einlage kann durch die Gründer entweder in bar (**Barliberierung**) oder durch Hingabe einer Sache oder eines Rechts (**Sachliberierung**) geleistet werden.

Bsp.: Huber, Müller und Meier gründen eine Aktiengesellschaft mit einem Aktienkapital von CHF 1 Mio. Huber und Müller zeichnen je Aktien im Nennwert von CHF 100'000 und leisten Einlagen von je CHF 100'000 in Geld (Barliberierung). Meier zeichnet Aktien im Nennwert von CHF 800'000 und überträgt der Gesellschaft eine Liegenschaft im Wert von CHF 800'000 (Sachliberierung).

Bei der **Barliberierung** ist durch Art. 633 OR gewährleistet, dass Einlagen in Geld der Gesellschaft tatsächlich zur Verfügung stehen: Einlagen in Geld müssen bei einem dem Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen unterstellten Institut zur ausschliesslichen Verfügung der Gesellschaft hinterlegt werden. Das Institut gibt den Betrag erst frei, wenn die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist.

Bei der **Sachliberierung** besteht die Gefahr, dass wertlose oder überbewertete Vermögenswerte in die Gesellschaft eingebracht werden. Das überbewertete Einbringen von Sachen oder Rechten führt dazu, dass das Aktienkapital bereits bei der Gründung tatsächlich nicht durch das Nettovermögen gedeckt ist, das Haftungssubstrat der Gläubiger damit schon bei der Gründung teilweise oder ganz ausgehöhlt ist. Das Aktienrecht sieht deshalb für diese Gründungsart spezielle Vorschriften vor: Sacheinlagen gelten nur dann als Deckung, wenn

- sie gestützt auf einen schriftlichen oder öffentlich beurkundeten **Sacheinlagevertrag** geleistet wurden (Art. 634 Ziff. 1 OR),
- die Gesellschaft nach ihrer Eintragung in das Handelsregister **sofort als Eigentümerin** darüber **verfügen** kann oder einen bedingungslosen Anspruch auf Eintragung in das Grundbuch erhält (Art. 634 Ziff. 2 OR),
- ein **Gründungsbericht** der Gründer vorliegt, der über die Art und den Zustand von Sacheinlagen und die Angemessenheit der Bewertung Rechenschaft gibt (Art. 634 Ziff. 3 und Art. 635 Ziff. 1 OR),
- eine **Prüfungsbestätigung** eines zugelassenen Revisors vorliegt, die schriftlich bestätigt, dass der Gründungsbericht vollständig und richtig ist (Art. 634 Ziff. 3 und Art. 635a OR),

- in den **Statuten** der Gegenstand der Sacheinlage und deren Bewertung sowie der Name des Einlegers und die ihm dafür zukommenden Aktien angegeben werden (Art. 628 Abs. 1 OR) und
- im **Handelsregister** der Gegenstand der Sacheinlage und die dafür ausgegebenen Aktien eingetragen werden (Art. 642 OR).

Von der Sacheinlagegründung ist die **Sachübernahmegründung** zu unterscheiden. Eine solche liegt vor, wenn die Gesellschaft von Aktionären oder diesen nahestehenden Personen Vermögenswerte übernimmt oder zu übernehmen beabsichtigt, wobei die Vermögenswerte im Gegensatz zur Sacheinlage *nicht zwecks Erfüllung der Einlage* eingebracht werden, sondern *gegen Entgelt*. Sachübernahmen von Aktionären oder diesen nahestehenden Personen beinhalten die gleiche Gefahr der Schwächung des Grundkapitals wie Sacheinlagen (Art. 628 Abs. 2 OR).

Für die Annahme einer Sachübernahme ist nicht erforderlich, dass die Sachübernahme vor der Eintragung der Aktiengesellschaft in das Handelsregister bereits fest und verbindlich vereinbart wird; es genügt, wenn für die Sachübernahme eine feste Absicht für die nächste Zukunft und eine fast sichere Aussicht auf deren Verwirklichung besteht (sog. **beabsichtigte Sachübernahme**). Nicht jede geringfügige (geplante) Anschaffung stellt jedoch eine Sachübernahme dar: Es muss sich vielmehr um Geschäfte von grösserer wirtschaftlicher Bedeutung handeln, durch welche das Grundkapital der Gesellschaft geschwächt wird und die deswegen geeignet sind, auf den Kaufentschluss späterer Aktienerwerber oder die Kreditgewährung allfälliger Gläubiger einen Einfluss auszuüben (BGE 83 II 289 f.).

Bei Sachübernahmegründungen ist gesetzlich vorgeschrieben, dass

- ein **Gründungsbericht** der Gründer vorliegt, der über die Art und den Zustand von Sachübernahmen und die Angemessenheit der Bewertung Rechenschaft gibt (Art. 634 Ziff. 3 und Art. 635 Ziff. 1 OR),
- eine **Prüfungsbestätigung** eines zugelassenen Revisors vorliegt, die schriftlich bestätigt, dass der Gründungsbericht vollständig und richtig ist (Art. 635a OR),
- die **Statuten** den Gegenstand der Sachübernahme, den Namen des Veräusserers und die Gegenleistung der Gesellschaft angeben (Art. 628 Abs. 2OR) und
- im **Handelsregister** der Gegenstand der Sachübernahme und die Gegenleistung der Gesellschaft eingetragen wird (Art. 642 OR).

1.2.2.2 Kapitalerhöhungsvorschriften

Es werden drei Arten von Erhöhungen des Aktienkapitals unterschieden:

- **Die ordentliche Kapitalerhöhung:** Die Generalversammlung beschliesst zunächst in einem öffentlich zu beurkundenden Erhöhungsbeschluss die Einzelheiten der Kapitalerhöhung und legt insbesondere den Nennbetrag, um den das Aktienkapital erhöht werden soll, fest (Art. 650 OR). Darauf ist der Verwaltungsrat für die Zeichnung und eine dem Gesetz entsprechende Liberierung der neu ausgegebenen Aktien besorgt (Art. 652 ff. OR). Anschliessend erstellt der Verwaltungsrat den Kapitalerhöhungsbericht (Art. 652e OR), welcher von einem zugelassenen Revisor zu überprüfen ist (Art. 652f OR). Liegen Kapitalerhöhungsbericht und Prüfungsbestätigung vor, ändert der Verwaltungsrat die Statuten, stellt fest, dass die Kapitalerhöhung korrekt erfolgt ist (Art. 652g OR) und meldet die Statutenänderung beim Handelsregister zur Eintragung an (Art. 652h OR).
- **Die genehmigte Kapitalerhöhung:** Anders als beim Verfahren der ordentlichen Kapitalerhöhung beschliesst die Generalversammlung nicht die Erhöhung des Aktienkapitals um einen festen Nennbe-

trag, sondern *ermächtigt den Verwaltungsrat* in einem statutenändernden Beschluss, das Aktienkapital zu einem diesem günstig erscheinenden Zeitpunkt zu erhöhen; die Generalversammlung gibt dabei den Nennbetrag an, um den der Verwaltungsrat das Aktienkapital maximal erhöhen darf (Art. 651 OR). Im Gegensatz zur ordentlichen Kapitalerhöhung erfordert die genehmigte Kapitalerhöhung einen statutenändernden Beschluss der Generalversammlung. Der Verwaltungsrat wird lediglich berechtigt, nicht aber verpflichtet, das Kapital zu erhöhen. Das weitere Verfahren entspricht demjenigen der ordentlichen Kapitalerhöhung (Art. 652 ff. OR).

- **Die bedingte Kapitalerhöhung:** Die Generalversammlung kann in einem statutenändernden Beschluss *Gläubigern von Wandel- oder Optionsanleihen* sowie *Arbeitnehmern* (im Rahmen von stock option plans) das Recht auf den Bezug neuer Aktien einräumen (Art. 653 Abs. 1 OR). Sie bestimmt dabei insbesondere den Nennbetrag, um den das Aktienkapital erhöht werden kann (Art. 653a Abs. 1 OR). Ob und in welchem Umfang sich das Aktienkapital tatsächlich erhöht, wird dagegen nicht von der Gesellschaft, sondern von den Berechtigten bestimmt. Das Aktienkapital erhöht sich ohne weiteres in dem Zeitpunkt und in dem Umfang, als die Berechtigten ihre Rechte durch schriftliche Erklärung ausüben (Art. 653 Abs. 2 OR). Die Erhöhung erfolgt damit tropfenweise, was für die Dauer der bedingten Kapitalerhöhung zu einer Abkehr vom Grundsatz des festen Grundkapitals führt. Nach Abschluss jedes Geschäftsjahres stellt der Verwaltungsrat gestützt auf eine Prüfungsbestätigung eines zugelassenen Revisionsexperten das Ausmass der erfolgten Kapitalerhöhung in einem Feststellungsbeschluss fest, ändert die Statuten und meldet die Statutenänderung beim Handelsregister zur Eintragung an (Art. 653f ff. OR).

Bei der ordentlichen und der genehmigten Kapitalerhöhungen stellt das Gesetz Schutzbestimmungen zugunsten der Aktionäre auf: Jeder Aktionär hat grundsätzlich Anspruch auf den Teil der neu ausgegebenen Aktien, der seiner bisherigen Beteiligung entspricht (Art. 652b OR; sog. **Bezugsrecht**; vgl. dazu näher Kap. F.1.8.2.2).

Wie bei der Gründung bestehen bei der Kapitalerhöhung auch Schutzbestimmungen zugunsten der Gläubiger. Werden im Rahmen einer (ordentlichen oder genehmigten) Erhöhung des Aktienkapitals die Einlagen auf das neue Aktienkapital durch **Sacheinlagen** geleistet oder erfolgt eine **(beabsichtigte) Sachübernahme**, so hat der Verwaltungsrat über die Art und den Zustand von Sacheinlagen oder Sachübernahmen und die Angemessenheit der Bewertung in einem **Kapitalerhöhungsbericht** Rechenschaft zu geben (Art. 652e OR), und dieser ist von einem zugelassenen Revisor im **Prüfungsbericht** zu bestätigen (Art. 652f OR). Bei der ordentlichen Kapitalerhöhung kommen überdies auch der Generalversammlung Pflichten im Zusammenhang mit Sacheinlagen oder Sachübernahmen zu (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 4 und 5 OR).

1.2.2.3 Buchführungsvorschriften

Das Aktienrecht sieht für die Aktiengesellschaft in den Art. 662a bis 670 OR gegenüber den allgemeinen kaufmännischen Buchführungsvorschriften (Art. 957 bis 963 OR) strengere Bestimmungen vor. Diese Bestimmungen dienen vor allem auch dem Kapitalschutz.

Art. 662a OR nennt die Grundsätze ordnungsmässiger Rechnungslegung. Es sind dies:

- **Vollständigkeit** der Jahresrechnung: Angabe sämtlicher Aktiven und Passiven sowie sämtlicher Aufwände und Erträge (es darf nichts Wesentliches verschwiegen werden)
- **Klarheit der Angaben:** Übersichtliche Darstellung und Gliederung, eindeutige und verständliche Bezeichnung

- **Wesentlichkeit** (materiality-Prinzip): Keine Verpflichtung zu und kein Anspruch auf Bekanntgabe von Unwesentlichem
- **Vorsicht:** Höchstbewertungsvorschriften und Imparitätsprinzip (vgl. auch Kap. E.3.5.2)
- **Fortführung der Unternehmenstätigkeit:** Der Bewertung wird die zeitlich unbeschränkte Fortführung des Unternehmens unterstellt (going concern); wenn die Fortführung des Unternehmens gefährdet ist, muss allerdings eine Bewertung zu – in der Regel tieferen – Liquidationswerten erfolgen.
- **Stetigkeit** in Darstellung und Bewertung: An der einmal gewählten Gliederung und insbesondere an den Grundsätzen der Bewertung ist festzuhalten.
- **Bruttoprinzip:** Unzulässigkeit der Verrechnung von Aktiven und Passiven sowie von Aufwand und Ertrag

Art. 663 und Art. 663a OR enthalten Mindestgliederungsvorschriften für **Bilanz** und **Erfolgsrechnung**.

Art. 663b OR enthält für die Transparenz wichtige Vorschriften betreffend obligatorischer Angaben im **Anhang** der Jahresrechnung. Erwähnenswert sind insbesondere die Pflicht zur Angabe von *Eventualverpflichtungen* (Bürgschaften, Garantieverpflichtungen und Pfandbestellungen zugunsten Dritter), von nichtbilanzierten *Leasingverpflichtungen*, von Verbindlichkeiten gegenüber Vorsorgeeinrichtungen, von für die Beurteilung der Vermögens- und Ertragslage wichtigen *Beteiligungen* und von Angaben über die Durchführung einer Risikobeurteilung. Anzugeben sind auch die Gründe, die zum *vorzeitigen Rücktritt der Revisionsstelle* geführt haben. Von besonderer Bedeutung ist die Pflicht zur Bekanntgabe der *Auflösung stiller Reserven* (vgl. dazu gleich nachfolgend).

Konzerne (vgl. dazu Kap. F.1.12) haben eine konsolidierte Jahresrechnung zu erstellen (Art. 663e OR). Das Erstellen einer Konzernrechnung ist generell vorgeschrieben für grössere Gesellschaften, die konsolidiert zwei der folgenden drei Kriterien erfüllen: Bilanzsumme CHF 10 Mio., Umsatz CHF 20 Mio., 200 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt. Für kleinere Gesellschaften ist die Konzernrechnung vorgeschrieben, wenn eine solche für eine möglichst zuverlässige Beurteilung der Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft notwendig ist.

Das Gesetz enthält in den Artikeln 664 ff. OR Bewertungsvorschriften. Ihnen gemeinsam ist, dass es sich um **Höchstbewertungsvorschriften** handelt, als Konkretisierung des Vorsichtsprinzips: Es soll damit eine Überbewertung des Gesellschaftsvermögens vermieden werden; eine Unterbewertung nimmt das Obligationenrecht dagegen bewusst in Kauf (anders dagegen das Börsengesetz; vgl. Kap. F.1.14).

Von den offenen Reserven, die aus von der Gesellschaft erwirtschafteten Gewinnen gebildet und in der Bilanz offen ausgewiesen werden (Art. 671 ff. OR) sind die **stillen Reserven** zu unterscheiden. Als stille Reserven bezeichnet man die Differenz zwischen dem wirklichen Wert eines bilanzierten Vermögensgegenstandes und dessen tieferem Buchwert. Stille Reserven sind somit in der Bilanz nicht ausgewiesen. Die **Bildung** von stillen Reserven durch den Verwaltungsrat ist – obwohl in gewissem Widerspruch zum Grundsatz der Bilanzwahrheit stehend – zulässig, soweit die Rücksicht auf das dauernde Gedeihen des Unternehmens oder auf die Ausrichtung einer möglichst gleichmässigen Dividende es unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre rechtfertigt (Art. 669 Abs. 3 OR).

Bsp.: Die X-AG hat im Jahr 1996 einen Maschinenpark für CHF 500'000 gekauft. In der Bilanz wird dieser im Jahr 2000 nach Abschreibungen mit dem Betrag von CHF 300'000 aufgeführt. Der Verkehrswert beträgt CHF 400'000. Es bestehen stille Reserven von CHF 100'000.

Problematisch ist vor allem die **Auflösung** von stillen Reserven durch Neubewertung von Vermögensgegenständen zum höheren wirklichen Wert. Durch die (stille) Auflösung stiller Reserven wird das Jahresergebnis besser dargestellt als es tatsächlich ist. Art. 663b Ziff. 8 OR sieht deshalb vor, dass der Gesamtbe-

trag der aufgelösten und der darüber hinausgehenden stillen Reserven, soweit dieser den Gesamtbetrag der neu gebildeten derartigen Reserven übersteigt, im Anhang anzugeben ist, sofern dadurch das erwirtschaftete Ergebnis wesentlich günstiger dargestellt wird. Mit andern Worten: Wenn in einem Geschäftsjahr per saldo eine Auflösung stiller Reserven stattfindet, muss dies *offen gelegt* werden. Auch wenn diese 1992 ins Aktienrecht eingefügte Vorschrift die Transparenz gegenüber früher ganz wesentlich verbessert hat, gibt es dennoch viele Stimmen, die diese Regelung als zu wenig weitgehend beurteilen und postulieren, dass die Bildung und vor allem die Auflösung stiller Reserven generell und detailliert auszuweisen ist.

1.2.2.4 Vorschriften betreffend die Revisionsstelle

Der Revisionsstelle prüft, ob die Jahres- und gegebenenfalls die Konzernrechnung sowie der Antrag des Verwaltungsrats an die Generalversammlung über die Verwendung des Bilanzgewinns gesetzes- und statutenkonform sind (Art. 728a Abs. 1 Ziff. 1 und 2 OR). Des Weiteren prüft die Revisionsstelle, ob der Anhang zur Jahresrechnung Angaben über die Durchführung einer Risikobeurteilung enthält (Art. 663b Ziff. 12 OR). Und bei der ordentlichen Revision prüft sie ausserdem, ob ein internes Kontrollsystem (IKS) existiert (Art. 728a Abs. 1 Ziff. 3 OR). Das Gesetz enthält Regeln zur **Befähigung** (Art. 727b und Art. 727c OR i.V.m. Art. 4 ff. Revisionsaufsichtsgesetz) und zur **Unabhängigkeit** (Art. 728 und Art. 729 OR) der Revisionsstelle. Mit diesen Kontrollelementen ist erhöhte Gewähr geboten, dass die oben dargestellten Vorschriften zum Schutz des Eigenkapitals eingehalten werden. Für Einzelheiten zum Revisionsrecht wird auf Kap. F.1.10 verwiesen.

1.2.3 Vorschriften zur Sicherung des Bestandes des Eigenkapitals

Das Gesetz sieht verschiedene Vorschriften zur Sicherung des Bestandes des Eigenkapitals vor:

- **Verbot der Rückzahlung des Aktienkapitals** (Art. 680 Abs. 2 OR): Nicht nur die Rückforderung der Einlage durch den Aktionär, sondern auch deren Rückzahlung durch die Gesellschaft ist ausgeschlossen.
- **Dividendenzahlung nur aus Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven** (Art. 675 Abs. 2 OR): Als Konsequenz des Verbots der Rückzahlung des Aktienkapitals dürfen Dividenden nicht ausgerichtet werden, wenn keine für die Dividendenausschüttung verwendbaren Reserven vorliegen und der Verlustvortrag grösser als der Jahresgewinn ist.
- **Aktienrechtliche Rückerstattungspflichten** (Art. 678 f. OR): Gemäss Art. 678 Abs. 1 OR sind offene Gewinnausschüttungen, für deren Auszahlung die formellen oder materiellen Voraussetzungen fehlten, von bösgläubigen Aktionären und Mitgliedern des Verwaltungsrates sowie diesen nahe stehenden Personen zurückzuerstatten. Verdeckte Gewinnausschüttungen (Gewährung ungerechtfertigter finanzieller Vorteile in anderer Form als durch formelle Ausschüttung) haben sie zurückzuerstatten, wenn diese in einem *offensichtlichen Missverhältnis* zur *Gegenleistung* und zur *wirtschaftlichen Lage* der Gesellschaft stehen (Art. 678 Abs. 2 OR); der Anspruch steht der Gesellschaft und dem Aktionär zu, wobei dieser auf Rückerstattung an die Gesellschaft klagt (Art. 678 Abs. 3 OR). Art. 678 f. OR ist *lex specialis* zu den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung in Art. 62 ff. OR.
- **Einschränkungen des Erwerbs eigener Aktien**: Der Erwerb eigener Aktien durch die Gesellschaft darf nur dann erfolgen, wenn *frei verwendbares Eigenkapital* in der Höhe der dafür nötigen Mittel vorhanden ist und der gesamte Nennwert dieser Aktien 10% (bzw. beim Erwerb im Zusammenhang mit Übertragbarkeitsbeschränkungen 20%) des Aktienkapitals nicht übersteigt (Art. 659 OR). Die Gesellschaft hat für die eigenen Aktien einen dem Anschaffungswert entsprechenden Betrag gesondert als Reserve auszuweisen (Art. 659a Abs. 2 OR).

- **Strenge Vorschriften bei der Kapitalherabsetzung** (Art. 732 bis 735 OR): Die Kapitalherabsetzung ist der umgekehrte Vorgang zur Kapitalerhöhung, indem den Aktionären ihre Einlagen teilweise zurückerstattet werden. Da den Gläubigern damit Haftungssubstrat entzogen wird, muss sichergestellt werden, dass die Gläubiger durch die Kapitalherabsetzung nicht zu Schaden kommen. Das Gesetz schreibt vor, dass ein öffentlicher *Schuldenruf* durchzuführen und den Gläubigern bekannt zu geben ist, dass sie innert zwei Monaten für ihre Forderungen *Befriedigung oder Sicherstellung* verlangen können. Die Kapitalherabsetzung darf erst nach Ablauf der den Gläubigern gesetzten Frist und Sicherstellung der Forderungen oder Befriedigung der Gläubiger verlangt werden. Die Generalversammlung darf einen Kapitalherabsetzungsbeschluss nur fassen, wenn ein zugelassener Revisionsexperte in einem Prüfungsbericht bestätigt, dass die Forderungen der Gläubiger trotz der Herabsetzung des Aktienkapitals voll gedeckt sind.
- **Pflichten des Verwaltungsrates bei Kapitalverlust** (Art. 725 Abs. 1 OR): Ein Kapitalverlust liegt vor, wenn die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven durch das Nettovermögen nicht mehr gedeckt ist. Ist dies der Fall, hat der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung einzuberufen und ihr Sanierungsmassnahmen zu beantragen.

| Aktiven | | Passiven | |
|----------------|-----|---------------------|-----|
| Anlagevermögen | 25 | Fremdkapital | 40 |
| Umlaufvermögen | 25 | | |
| Verlustvortrag | 140 | Aktienkapital | 100 |
| | | Gesetzliche Reserve | 50 |
| | 190 | | 190 |

Abb. 58: Kapitalverlust

Die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven beträgt 75. Diese ist nicht mehr durch die Netto-Vermögenswerte von 10 (Aktiven von 50 abzüglich Fremdkapital von 40) gedeckt. Es liegt ein Kapitalverlust vor. Das Fremdkapital ist aber immer noch gedeckt (also liegt keine Überschuldung vor).

- **Pflichten des Verwaltungsrates bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung** (Art. 725 Abs. 2 OR): Eine Überschuldung liegt vor, wenn das Fremdkapital nicht mehr zu 100% durch die Aktiven gedeckt ist. Besteht begründete Besorgnis einer Überschuldung, hat der Verwaltungsrat eine Zwischenbilanz zu erstellen und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorzulegen.
- **Pflichten des Verwaltungsrates bei Überschuldung** (Art. 725 Abs. 2 OR): Ergibt die Zwischenbilanz, dass die Gesellschaft zu Fortführungs- und zu Veräusserungswerten überschuldet ist, hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen; dieser eröffnet den Konkurs, falls keine Aussicht auf Sanierung besteht (Art. 725a Abs. 1 OR).

| Aktiven | | Passiven | |
|----------------|-----|---------------------|-----|
| Anlagevermögen | 25 | Fremdkapital | 60 |
| Umlaufvermögen | 15 | | |
| Verlustvortrag | 140 | Aktienkapital | 100 |
| | | Gesetzliche Reserve | 20 |
| | 180 | | 180 |

Abb. 59: Überschuldung

Das Fremdkapital (60) ist nicht mehr von den Vermögenswerten (40) gedeckt. Die Gesellschaft ist überschuldet.

1.2.4 Haftungsvorschriften

Die Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und der Revisionsstelle haften nebst den Aktionären auch den Gesellschaftsgläubigern für den Schaden, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursacht haben (Art. 754 und Art. 755 OR; vgl. Kap. F.1.7). Diesen Haftungsvorschriften kommt nicht zuletzt eine wichtige präventive Funktion zu, indem sie in vielen Fällen die Einhaltung der Gläubigerschutzvorschriften fördern.

1.3 Gründung

1.3.1 Aktienkapital und Aktie

Das **Aktienkapital** muss mindestens **CHF 100'000** betragen (Art. 621 OR), wovon bei der Gründung wenigstens 20% des Nennwerts jeder Aktie und insgesamt mindestens der Betrag von CHF 50'000 liberriert sein muss (Art. 632 OR).

Der Begriff **Aktie** hat im Wesentlichen drei Inhalte:

- Zunächst ist eine Aktie gemäss der Legaldefinition der im Voraus festzusetzende Anteil am Aktienkapital der Gesellschaft. Sie stellt eine *Teilsomme des Aktienkapitals* dar (Art. 620 Abs. 1 OR) und weist einen Nennwert auf, der mindestens einen Rappen beträgt (Art. 622 Abs. 4 OR; neue Fassung seit 1. Mai 2001). Die Aktie darf nur zum Nennwert (Betrag, zu dessen Einlage sich der Aktionär mindestens verpflichtet) oder zu einem diesen übersteigenden Betrag (Emissionspreis: Nennwert plus das sog. Agio) ausgegeben werden. Die Ausgabe unter dem Nennwert (sog. Unterpariemission) ist unzulässig.
- Unter dem Begriff Aktie wird auch die *Mitgliedschaft* als Gesamtheit der Rechte und Pflichten des Aktionärs verstanden.
- Schliesslich versteht man unter der Aktie auch den *Aktientitel*, d.h. die Verkörperung des Anteils und der Mitgliedschaft in einer Urkunde. Diese Urkunde stellt in der Regel ein Wertpapier dar und lautet auf den Namen (Namenaktie) oder den Inhaber (Inhaberaktien). Das Recht an einer Aktie muss aber nicht notwendigerweise in einer Urkunde dokumentiert sein.

1.3.2 Anzahl Gründer/Einpersonen-AG

Bei der Gründung muss die Gesellschaft *mindestens einen* Aktionär (Gründer) haben (Art. 625 OR). An die Person der Gründer stellt das Gesetz keine speziellen Anforderungen.

Einpersonengesellschaften sind atypische Erscheinungen, da das für eine Gesellschaft charakteristische Merkmal der Personenvereinigung fehlt. In der Praxis besteht jedoch ein grosses Bedürfnis nach Einpersonengesellschaften, einerseits im Konzern (100%-Tochtergesellschaften; zum Konzern vgl. Kap. F.1.12), anderseits beim Unternehmer, welcher sein Unternehmen in Form einer Aktiengesellschaft als Alleinaktionär hält.

Auf die Einpersonen-AG sind trotz wirtschaftlicher Identität zwischen Gesellschaft und Alleinaktionär grundsätzlich vollumfänglich die Regeln des Aktienrechts anwendbar. Nur wenn sich die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit als rechtsmissbräuchlich erweist, kann auf den Aktionär durchgegriffen werden (direkter *Durchgriff*) oder erstreckt sich eine Verpflichtung des Alleinaktionärs auf die von diesem beherrschte Gesellschaft (umgekehrter Durchgriff; vgl. Kap. E.2.3.2).

Bsp.: Müller kauft von der X-AG ein Patent. Im Kaufvertrag verpflichtet er sich, ausserhalb der Schweiz keinerlei Erzeugnisse aus dem Patent zu verkaufen. Kurz nach dem Verkauf gründet er die Y-AG und wird deren Alleinaktionär. Er überträgt das Patent der Y-AG, die anschliessend Erzeugnisse aus dem Patent ins Ausland verkauft. Die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der Y-AG würde sich als rechtsmissbräuchlich erweisen, das Verwertungsverbot gilt auch für die Y-AG (umgekehrter Durchgriff).

1.3.3 Statuten

Eine Voraussetzung für die Errichtung einer AG ist die Festlegung der Statuten. Die Statuten regeln die Organisation der Gesellschaft und die Rechte und Pflichten der Beteiligten. Die Statuten müssen bei der Gründung zwingend Bestimmungen enthalten (**notwendiger Statuteninhalt**; vgl. Art. 626 OR) über:

- die *Firma* und den *Sitz* der Gesellschaft,
- den *Zweck* der Gesellschaft,
- die Höhe des *Aktienkapitals* und den Betrag der darauf geleisteten *Einlagen*,
- Anzahl, Nennwert und Art der *Aktien*,
- die *Einberufung* der Generalversammlung und das *Stimmrecht* der Aktionäre,
- die *Organe* für die Verwaltung und die Revision und
- die Form der von der Gesellschaft ausgehenden *Bekanntmachungen*.

Art. 627 OR enthält eine Auflistung des **bedingt notwendigen Statuteninhalts**. Es handelt sich dabei um von der dispositiven gesetzlichen Ordnung abweichende Bestimmungen, welche zu ihrer Verbindlichkeit der Aufnahme in die Statuten bedürfen. Daneben können die Statuten auch Bestimmungen enthalten, welche an sich auch ohne Aufnahme in die Statuten gültig sind (**fakultativer Statuteninhalt**). Bei Sacheinlage- und Sachübernahmegründung müssen die Statuten auch diesbezügliche Bestimmungen enthalten (vgl. Kap. F.1.2.2.1).

1.3.4 Zeichnung und Liberierung der Aktien sowie Bestellung der Organe

Weitere Voraussetzungen der Gründung sind die Zeichnung und zumindest teilweise Liberierung der Aktien (vgl. dazu vorne Kap. F.1.2.2.1) und die Bestellung von Verwaltungsrat und Revisionsstelle.

1.3.5 Errichtungsakt

Die konstituierende Generalversammlung hat einen öffentlich zu beurkundenden Beschluss zu fassen, dass eine Aktiengesellschaft gegründet wird. Sie muss die Statuten genehmigen, die Organe bestellen und feststellen, dass alle Aktien gezeichnet und im erforderlichen Ausmass liberiert sind.

1.3.6 Eintragung im Handelsregister/Rechtspersönlichkeit

Die Aktiengesellschaft erhält die *Rechtspersönlichkeit* nicht schon mit Abschluss des Errichtungsaktes, sondern erst mit der *Eintragung im Handelsregister* (Art. 643 Abs. 1 OR). Art. 45 HRegV enthält eine detaillierte Regelung darüber, was in das Handelsregister einzutragen ist.

Ist vor der Eintragung im Namen der Gesellschaft gehandelt worden, so haften die Handelnden persönlich und solidarisch; sie werden diesbezüglich als einfache Gesellschaft behandelt. Wurden solche Verpflichtungen ausdrücklich im Namen der zu bildenden Gesellschaft eingegangen und innerhalb einer Frist von drei Monaten nach der Eintragung der Gesellschaft von der AG übernommen, so werden die Handelnden befreit, und es haftet nur die Gesellschaft (Art. 645 OR).

1.4 Organisation

1.4.1 Gesetzlich vorgeschriebene Organe

Von Gesetzes wegen sind bei der Aktiengesellschaft folgende Organe vorgeschrieben:

- **Generalversammlung** (Art. 698 ff. OR)
- **Verwaltungsrat** (Art. 707 ff. OR)
- **Revisionsstelle** (Art. 727 ff. OR)

1.4.2 Weitere Organe

Der Aktiengesellschaft steht es frei, weitere Organe vorzusehen, doch dürfen diesen keine Aufgaben zugewiesen werden, die nach dem Gesetz zwingend einem obligatorischen Organ zukommen. Beispiele solcher weiterer Organe sind die Geschäftsleitung/Direktion und der Beirat. Für die Einführung solcher weiterer Organe braucht es eine doppelte Grundlage, ein *Zusammenspiel von Generalversammlung und Verwaltungsrat*: Zunächst muss die Generalversammlung beschliessen, in die Statuten eine entsprechende Ermächtigungsnorm für den Verwaltungsrat aufzunehmen. Besteht eine solche Kompetenznorm, ist der Verwaltungsrat berechtigt (nicht aber verpflichtet), weitere Organe zu bestimmen und diesen einen Teil seiner Aufgaben zu delegieren. Die Regelung der Delegation von Aufgaben an weitere Organe erfolgt im sog. Organisationsreglement und nicht in den Statuten (Art. 716b OR; vgl. Kap. F.1.6.3).

1.4.3 Paritätsprinzip

Das Paritätsprinzip besagt, dass **jedem Organ bestimmte unentziehbare und unübertragbare Aufgaben** zukommen. Davon zu unterscheiden ist das Omnipotenzprinzip, gemäss welchem der Generalversammlung eine umfassende Kompetenz zukommt, sie folglich alle Entscheide an sich ziehen kann.

Obwohl die Generalversammlung gemäss Wortlaut des Art. 698 Abs. 1 OR oberstes Organ der Aktiengesellschaft ist, beruht das Aktienrecht funktionell auf dem Paritätsprinzip. Jedem der drei Organe Generalversammlung, Verwaltungsrat und Revisionsstelle sind von Gesetzes wegen zwingend Aufgabenbereiche zur ausschliesslichen Bearbeitung zugewiesen, und kein anderes Organ kann sich dieser Aufgaben be-

mächtigen (vgl. Kap. F.1.6.2 und F.1.10). Die Generalversammlung ist bloss in dem Sinne oberstes Organ der AG, als ihr gewisse grundlegende Entscheide (insbesondere Festlegung des Gesellschaftszwecks, Festsetzung der Statuten) unentziehbar zugeordnet sind und sie über die Bestellung und Abberufung der anderen (gesetzlichen) Organe befindet.

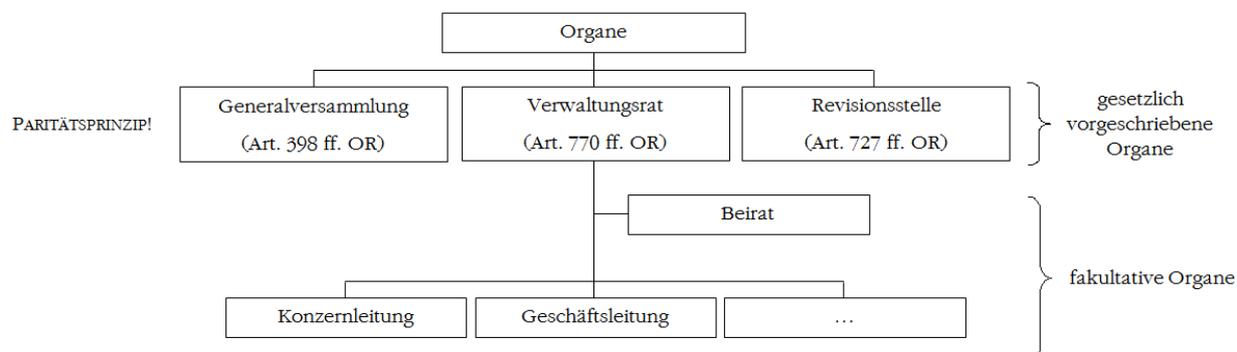


Abb. 60: Organe

Merke

Die Organisation in der AG beruht auf dem Paritätsprinzip.

1.5 Generalversammlung

1.5.1 Befugnisse

Der Generalversammlung stehen gemäss Art. 698 Abs. 2 OR folgende **unübertragbaren Befugnisse** zu:

- Die Festsetzung und Änderung der **Statuten** (und damit beispielsweise Beschlüsse betreffend Änderungen des **Gesellschaftszwecks**, des Aktienkapitals oder der Firma, Sitzverlegung, Beschränkung der Übertragbarkeit von Namenaktien, Stimmrechtsbeschränkung)
- Die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle
- Die Genehmigung des Jahresberichtes und der Konzernrechnung
- Die Genehmigung der **Jahresrechnung** sowie die Beschlussfassung über die **Verwendung des Bilanzgewinnes**, insbesondere die Festsetzung der Dividende und der Tantieme
- Die **Entlastung** der Mitglieder des Verwaltungsrates (und der Geschäftsleitung)
- Die Beschlussfassung über weitere Gegenstände, die ihr durch das Gesetz oder die Statuten vorbehalten sind (so insbesondere Kapitalerhöhung, Kapitalherabsetzung, Durchführung einer Sonderprüfung, Auflösung der Gesellschaft und Fusion).

1.5.2 Einberufung und Durchführung

Die **ordentliche Generalversammlung** findet jährlich innerhalb sechs Monaten nach Schluss des Geschäftsjahres statt. Daneben können je nach Bedürfnis **ausserordentliche Generalversammlungen** stattfinden (Art. 699 Abs. 2 OR).

Die Einberufung erfolgt grundsätzlich durch den Verwaltungsrat; nötigenfalls, d.h. nur in wichtigen Fällen und vor allem dann, wenn der Verwaltungsrat eine Einberufung pflichtwidrig unterlässt, erfolgt sie durch die Revisionsstelle (Art. 699 Abs. 1 OR). Die Einberufung einer Generalversammlung kann auch durch

Aktionäre, die zusammen mindestens 10% des Aktienkapitals vertreten, verlangt werden (Art. 699 Abs. 3 OR).

Hinsichtlich der **Form der Einberufung** verlangt Art. 700 OR, dass sie spätestens 20 Tage im Voraus durch die in den Statuten vorgesehene Form zu erfolgen hat. In der Einberufung sind die Traktanden und die Anträge des Verwaltungsrates anzugeben. Aktionäre, die 10% des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von CHF 1 Mio. vertreten, können vor Einberufung der Generalversammlung die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes verlangen (Art. 699 Abs. 3 OR). Über nicht gehörig angekündigte Verhandlungsgegenstände kann kein Beschluss gefasst werden; ausgenommen sind Anträge auf Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung, auf Durchführung einer Sonderprüfung und auf Wahl der Revisionsstelle infolge eines Begehrens eines Aktionärs (Art. 700 Abs. 3 OR). Im Rahmen der traktandierten Verhandlungsgegenstände können ohne vorgängige Ankündigung an der Generalversammlung von jedem Aktionär Anträge gestellt werden (Art. 700 Abs. 4 OR). Jeder Aktionär kann seine Meinung an der Generalversammlung äussern.

Ohne Einhaltung der Formvorschriften für die Einberufung kann in der sog. **Universalversammlung** Beschluss gefasst werden: Die Eigentümer oder Vertreter sämtlicher Aktien können, falls kein Widerspruch erhoben wird, eine Generalversammlung ohne Einhaltung der Formvorschriften abhalten und über alle in den Geschäftskreis der Generalversammlung fallenden Gegenstände Beschluss fassen (Art. 701 OR). Diese Art der Beschlussfassung stellt eine willkommene Vereinfachung dar und ist in kleinen Gesellschaften mit wenigen Aktionären sehr verbreitet.

Unzulässig sind demgegenüber sog. *Zirkularbeschlüsse*, d.h. die schriftliche Beschlussfassung auf dem Zirkularweg, und damit auch die Durchführung einer *Urabstimmung*.

1.5.3 Beschlussfassung

Das neue Aktienrecht enthält im Gegensatz zu früher generell **keine Präsenzquoren** mehr, und für die Beschlussfassung erforderliche Quoren, die sich an der Gesamtzahl der Aktien bemessen, fehlen ebenfalls. Die **Beschlussfassungsquoren** richten sich vielmehr einzig nach den an der jeweiligen Generalversammlung *vertretenen* Aktienstimmen. Diese Regelung ist für Publikumsgesellschaften gedacht und für diese auch richtig: Bei ihnen war es aufgrund der grossen Zahl von Aktionären unter altem Recht häufig schwierig, die erforderlichen Präsenzquoren zu erreichen. Für kleinere, private Aktiengesellschaften und Joint-Venture-Gesellschaften empfiehlt es sich indessen, die statutarische Einführung von Präsenzquoren zumindest für wichtige Beschlüsse zu prüfen: Dadurch kann sichergestellt werden, dass die Mehrheit nicht die Abwesenheit der Minderheitsaktionäre missbraucht, um diesen nicht genehme Beschlüsse von grosser Tragweite zu fassen.

Soweit Gesetz und Statuten es nicht anders bestimmen, werden Beschlüsse mit der **absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen** gefasst (Art. 703 OR). Die Mehrheit bestimmt sich nicht nach den abgegebenen Stimmen, weshalb sich *Stimmenthaltungen wie Nein-Stimmen* auswirken.

Bsp.: An der Generalversammlung der X-AG sind 70 Aktien à nominal CHF 1'000 vertreten. Bei der Beschlussfassung stimmen Aktionäre, denen gesamthaft 33 Aktien gehören, dafür und Aktionäre, die 30 Aktien besitzen, dagegen. Aktionäre, denen gesamthaft 7 Aktien gehören, enthalten sich der Stimme. Der Beschluss kommt nicht zustande.

Merke

Ein Stichentscheid des Vorsitzenden in der Generalversammlung ist zulässig, bedarf aber einer entsprechenden statutarischen Regelung (BGE 95 II 555).

Für **wichtige Beschlüsse** verlangt Art. 704 OR ein **qualifiziertes Mehr** und ein **doppeltes Quorum**: Wichtige Beschlüsse müssen mit *zwei Dritteln der vertretenen Stimmen* und mit der *absoluten Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte* gefasst werden. Wichtige Beschlüsse sind von Gesetzes wegen Beschlüsse über:

- die Änderung des Gesellschaftszwecks,
- die Einführung von Stimmrechtsaktien,
- die Beschränkung der Übertragbarkeit von Namenaktien (sog. Vinkulierung),
- eine genehmigte oder eine bedingte Kapitalerhöhung,
- die Kapitalerhöhung aus Eigenkapital, gegen Sacheinlage oder zwecks Sachübernahme und die Gewährung besonderer Vorteile,
- die Einschränkung oder Aufhebung des Bezugsrechts,
- die Verlegung des Sitzes der Gesellschaft sowie
- die Auflösung der Gesellschaft (mit oder ohne Liquidation).

Diese Liste kann statutarisch beliebig erweitert werden.

Die Aktionäre üben ihr Stimmrecht in der Generalversammlung grundsätzlich nach dem Verhältnis der gesamten ihnen gehörenden Aktien aus (Art. 692 Abs. 1 OR), und zwar unabhängig von der tatsächlich erfolgten Liberierung (**Grundsatz der Proportionalität von Kapitalbeteiligung und Stimmrecht**). Von diesem Grundsatz kann durch die statutarische Einführung von **Stimmrechtsaktien** abgewichen werden: Die Statuten können bestimmen, dass das Stimmrecht unabhängig vom Nennwert nach der *Zahl* der jedem Aktionär gehörenden Aktien festgesetzt wird, so dass auf jede Aktie eine Stimme entfällt (Art. 693 Abs. 1 OR). Werden gleichzeitig Aktien mit unterschiedlichem Nennwert ausgegeben, so sind die Aktien mit tieferem Nennwert (die sog. Stimmrechtsaktien) im Stimmrecht privilegiert.

Bsp.: Aktionär A hält 1 Aktie à nom. CHF 1'000, Aktionär B 10 Aktien à nom. CHF 100. Legen die Statuten fest, dass auf jede Aktie eine Stimme entfällt, hat Aktionär B bei gleichem Kapitaleinsatz ein zehnfach höheres Stimmengewicht als A.

Stimmrechtsaktien dürfen nur als Namenaktien ausgegeben werden und müssen voll liberiert sein. Der Nennwert der Stammaktien darf das Zehnfache des Nennwerts der Stimmrechtsaktien nicht übersteigen (Art. 693 Abs. 2 OR). Die Bemessung des Stimmrechts nach der Zahl der Aktien ist auf die Wahl der Revisionsstelle, die Ernennung von Sachverständigen zur Prüfung der Geschäftsführung, die Beschlussfassung über die Einleitung einer Sonderprüfung sowie die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage nicht anwendbar (Art. 693 Abs. 3 OR). Ferner ist ihre erhöhte Stimmkraft durch das doppelte Quorum für wichtige Beschlüsse gemäss Art. 704 Abs. 1 OR relativiert: Für diese Beschlüsse ist nicht nur ein qualifiziertes Mehr von zwei Dritteln der vertretenen Stimmen, sondern auch die Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte (und damit des vertretenen Kapitals) erforderlich.

Bsp.: An der Generalversammlung der X-AG sind 50 Stammaktien à nominal CHF 1'000 und 250 Stimmrechtsaktien à nominal CHF 100 vertreten. Bei der Beschlussfassung über eine genehmigte Kapitalerhöhung erfolgt folgende Stimmabgabe: Dafür stimmen Aktionäre mit 10 Stammaktien und 230 Stimmrechtsaktien, dagegen Aktionäre mit 40 Stammaktien und 20 Stimmrechtsaktien. Für die Kapitalerhöhung stimmen somit 80% der vertretenen Aktienstimmen (240 von 300), aber nur 44% der vertretenen Aktiennennwerte (CHF 33'000 von CHF 75'000). Das qualifizierte Mehr von Art. 704 OR ist nicht zustande gekommen.

1.6 Verwaltungsrat

1.6.1 Weitgehende Gestaltungsfreiheit in der Organisation der obersten Unternehmensführung

Die gesetzliche Ordnung des Aktienrechts sieht eine weitgehende Gestaltungsfreiheit in der Organisation der obersten Unternehmensführung vor. Grundsätzlich gestattet es das schweizerische Recht, jedes der bekannten Organisationsmodelle zu wählen, allerdings mit einer nicht unwesentlichen Einschränkung: Der Verwaltungsrat hat in Art 716a OR Aufgaben zugewiesen, die er nach zwingender Gesetzesvorschrift nicht an andere Organe übertragen kann.

Als mögliche Modelle kommen in Frage:

- Geschäftsführung durch den Gesamtverwaltungsrat
- Dualistisches System
- Präsidialsystem
- Board System

Geschäftsführung durch den Gesamtverwaltungsrat: Als *gesetzliche Grundordnung* gilt, dass die Geschäftsführung, soweit sie nicht übertragen wurde, allen Mitgliedern des Verwaltungsrates gemeinsam zusteht (Art. 716b Abs. 3 OR). Eine solche Organisation der Unternehmensleitung ist angemessen für kleine Gesellschaften, in denen faktisch eine Selbstorganschaft besteht, sie ist dagegen untauglich für grössere Unternehmungen.

Dualistisches System: Geschäftsführung und Vertretung werden in vollem Umfang delegiert, es besteht eine klare Trennung zwischen dem *geschäftsführenden Organ* und dem *Aufsichts- resp. Kontrollorgan* (so im deutschen Aufsichtsratssystem). Eine solche Organisation der obersten Unternehmensleitung ist angemessen für grosse Unternehmungen. Nach schweizerischem Aktienrecht ist sie *in reiner Form* aufgrund der Schranke der unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrates (vgl. Kap. F.1.6.2) *nicht zulässig*. Durch die konsequente Delegation von Geschäftsführung und Vertretung im größtmöglichen gesetzlich zulässigen Umfang ist das dualistische System in angenäherter Form erreichbar. Für *Bankaktiengesellschaften* gilt als Spezialregelung, dass das *dualistische System* *zwingend* vorgeschrieben ist: Art. 8 Abs. 2 der Verordnung zum Bankengesetz bestimmt, dass kein Mitglied des für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle verantwortlichen Organs einer Bank der Geschäftsführung angehören darf. Indessen ergibt sich aus dieser Bestimmung ebenfalls, dass eine gänzliche Trennung von Unternehmensleitung und Aufsichtsorgan nicht möglich ist, indem die Oberleitung dem für Aufsicht und Kontrolle zuständigen Organ zugewiesen ist; die Liste der unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrates gilt in den wesentlichen Zügen auch für Bankaktiengesellschaften.

Präsidialsystem: Der *Präsident* – oder in abgewandelter Form ein anderes Mitglied des Verwaltungsrates – ist *gleichzeitig Delegierter* des Verwaltungsrates. Als solcher ist ihm, allein oder zusammen mit anderen nicht dem Verwaltungsrat angehörenden Personen (Mitglieder der Geschäftsleitung), die operative Geschäftsführung übertragen. Dieses System führt zu einer starken Stellung der Person des Delegierten, was je nach konkreter Situation vor- oder nachteilig sein kann. Auch dieses System ist nach schweizerischem Recht zulässig, wiederum in den Schranken, die die unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrates bilden.

Board System: Dieses System kommt aus dem amerikanischen Recht. Es basiert auf der Grundidee der *Funktionsteilung* nicht zwischen zwei verschiedenen Gremien, sondern *innerhalb eines einzigen Gremiums*. Der Verwaltungsrat besteht aus zwei Arten von Mitgliedern, den *inside directors* (interne, vollamtlich für das

Unternehmen tätige Mitglieder) und *outside directors* (externe, nebenamtliche Mitglieder). Den *inside directors* kommt die operative Geschäftsführung zu. Die *outside directors* sind häufig organisiert in Ausschüssen mit spezifischen Begleit- und Mitentscheidungsfunktionen, wie etwa Nominierungsausschuss (Nomination Committee), Entschädigungsausschuss (Compensation Committee), Prüfungsausschuss (Audit Committee) oder Risikoausschuss (Risk Committee). Im Ergebnis führt dieses System zu einem Dualismus innerhalb eines Organs.

Merke

Der Vorteil der schweizerischen Ordnung liegt in ihrer Flexibilität. Einzige Schranke in der Organisationsfreiheit bilden die unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrats.

1.6.2 Die unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrates

Der Verwaltungsrat hat gemäss Art 716a OR folgende unübertragbare und unentziehbare Aufgaben:

- Die **Oberleitung der Gesellschaft** und die Erteilung der nötigen Weisungen (und damit die Verantwortung für die Strategie des Unternehmens)
- Die **Festlegung der Organisation** (Regelung seiner eigenen Tätigkeit, Delegation von Kompetenzen, Erstellen eines Organisationsreglements)
- Die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung
- Die **Ernennung und Abberufung** der mit der **Geschäftsführung** und der **Vertretung** betrauten Personen
- Die **Oberaufsicht** über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen
- Die Erstellung des Geschäftsberichts sowie die Vorbereitung der Generalversammlung und die Ausführung ihrer Beschlüsse
- Die Benachrichtigung des Richters im Fall der Überschuldung.

Diese Aufgaben kann der Verwaltungsrat *weder nach unten* (an die Geschäftsleitung) *noch nach oben* (an die Generalversammlung) *delegieren*; und sie können ihm auch *nicht* – trotz hierarchischer Überordnung – durch die Generalversammlung *entzogen werden*. Widersprechende Statutenbestimmungen oder Beschlüsse sind nichtig (Art. 706b Ziff. 3 OR).

Dagegen kann der Verwaltungsrat die *Vorbereitung* und die *Ausführung* seiner Beschlüsse oder die Überwachung von Geschäften Ausschüssen oder einzelnen Mitgliedern zuweisen, wobei er für eine angemessene Berichterstattung an seine Mitglieder zu sorgen hat (Art. 716a Abs. 2 OR). Die Vorbereitung und Ausführung der Beschlüsse kann er ferner – entgegen dem unpräzisen Gesetzeswortlaut – auch der allenfalls bestehenden Geschäftsleitung übertragen. In allen Fällen gilt aber, dass die Beschlüsse zu diesen Geschäften durch den Gesamtverwaltungsrat zu fällen sind und dass die Verantwortung für die getroffenen Entschiede bei ihm liegt.

Merke

Der Verwaltungsrat hat vier Hauptaufgaben (die 4 S):

- Strategies: Oberleitung
- Systems: Festlegung von Organisation, Rechnungswesen, Finanzkontrolle, Finanzaufsicht
- Staff: Ernennung und Abberufung der mit Geschäftsführung und Vertretung betrauten Personen
- Supervision: Oberaufsicht

1.6.3 Delegation von Aufgaben

1.6.3.1 Delegation der Geschäftsführung

Der Verwaltungsrat kann die **Geschäftsführung** ganz oder zum Teil an einzelne Mitglieder des Verwaltungsrates (*Delegierte*) oder an Dritte (*Direktoren*) übertragen. Erforderlich für die Delegation ist zweierlei, es braucht dafür nach der gesetzlichen Kompetenzordnung zwingend das *Zusammenspiel von Generalversammlung und Verwaltungsrat*: Zunächst braucht es eine Bestimmung in den – von der Generalversammlung beschlossenen – **Statuten**, die den Verwaltungsrat zur Delegation der Geschäftsführung ermächtigt; hierauf erst kann der Verwaltungsrat von dieser Kompetenz Gebrauch machen und im sog. **Organisationsreglement** die Delegation regeln (Art. 716b Abs. 1 OR). Das Organisationsreglement ordnet gemäss Art. 716b Abs. 2 OR die Geschäftsführung, bestimmt die dafür erforderlichen Stellen, umschreibt deren Aufgaben und regelt insbesondere die Berichterstattung. Nicht delegierbar sind die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben gemäss Art. 716a Abs. 1 OR.

Die Mitglieder des Verwaltungsrats sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, müssen ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren (Art. 717 Abs. 1 OR). Es gilt für die geschäftsführenden Organe der Aktiengesellschaft damit ein objektivierter Verschuldensmassstab. Es genügt also nicht die Anwendung der Sorgfalt, die sie in ihren eigenen Angelegenheiten beachten (*diligentia quam in suis*; vgl. Art. 538 Abs. 1 OR). Die Organe der AG müssen so handeln, wie es von einem Organ in der konkreten Stellung verlangt werden kann und darf.

Bsp.: Ein Verwaltungsratsmitglied legt den Grossteil des Gesellschaftsvermögens in hochspekulativen Papieren an. Aus dieser Anlage entsteht der Gesellschaft ein grosser Verlust. Der Verwaltungsrat kann sich nicht damit entlasten, dass er selber die dreifache Zahl der gleichen Aktien gekauft hat (BGE 99 II 180).

Für die nichtgeschäftsführenden Mitglieder des Verwaltungsrats führt die Delegation der Geschäftsführung zu einer Haftungsbeschränkung: Sie haften nur noch für die sorgfältige Auswahl, Unterrichtung und Überwachung der geschäftsführenden Personen (Art. 754 Abs. 2 OR).

Merke

Eine Delegation der (übertragbaren) Aufgaben des Verwaltungsrats ist nur im Zusammenspiel von Generalversammlung (statutarische Ermächtigungsnorm) und Verwaltungsrat (Umsetzung im Organisationsreglement) möglich.

1.6.3.2 Delegation der Vertretung

Nach der dispositiven gesetzlichen Regelung vertritt der Verwaltungsrat die Gesellschaft nach aussen, wobei die **Vertretungsmacht** jedem Mitglied *einzel*n zukommt (Art. 718 Abs. 1 OR). Der Verwaltungsrat kann die Vertretung einem oder mehreren Mitgliedern (Delegierte) oder Dritten (Direktoren) übertragen (Art. 718 Abs. 2 OR). Gemäss Art. 718 Abs. 3 OR muss aber in jedem Fall mindestens ein Mitglied des

Verwaltungsrats zur Vertretung befugt sein. Und gemäss Art. 718 Abs. 4 OR muss die Gesellschaft durch eine Person mit Schweizer Wohnsitz vertreten werden können, wobei dieses Erfordernis durch ein Mitglied des Verwaltungsrats oder einen Direktor erfüllt werden kann. Nicht gesetzlich vorgeschrieben ist für die Delegation der Vertretung, dass der Verwaltungsrat auch die Geschäftsführung delegiert hat. Praktisch gehören aber die Geschäftsführung und die Vertretung zusammen, so dass der Verwaltungsrat die Delegation der Vertretung im Organisationsreglement regeln wird. Möglich ist die Einräumung der Vertretungsmacht aber auch durch blossen Beschluss des Verwaltungsrates.

Der Umfang der Vertretungsmacht der zur Vertretung befugten Personen umfasst **alle Rechtshandlungen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann** (Art. 718a Abs. 1 OR). Darunter fallen nicht bloss solche, die der Gesellschaft nützlich sind oder in ihrem Betrieb gewöhnlich vorkommen; erfasst sind ebenfalls ungewöhnliche Geschäfte, sofern sie auch nur möglicherweise im Gesellschaftszweck begründet sind, d.h. durch diesen zumindest nicht ausgeschlossen werden (BGE 116 II 323).

Bsp.: Beispiele von ausserhalb des Gesellschaftszwecks liegenden Geschäften sind etwa die Veräusserung aller Betriebsanlagen (ohne Liquidationsbeschluss) oder sehr grosse, die wirtschaftliche Kraft einer Gesellschaft übersteigende Schenkungen.

Die **Vertretungsmacht** der Organe kann in dreifacher Hinsicht beschränkt werden (Art. 718a OR):

- Beschränkung auf ausschliessliche Vertretung der Hauptniederlassung
- Beschränkung auf ausschliessliche Vertretung der Zweigniederlassung
- Beschränkung auf Kollektivvertretung

Solche Beschränkungen sind im Handelsregister einzutragen, ansonsten sie gutgläubigen Dritten gegenüber keine Wirkung haben (Art. 718a Abs. 2 OR). Eine weitergehende interne Beschränkung der Vertretungsbefugnis kann zwar in Organisationsreglementen, Weisungen oder Arbeitsverträgen vorgesehen sein, sie hat aber gegenüber dem gutgläubigen Dritten keine Wirkung, sondern macht das Vertretungsorgan nur intern haftbar. Der gutgläubige Dritte darf – mit Ausnahme der gesetzlich vorgesehenen und im Handelsregister eingetragenen Beschränkungen – davon ausgehen, dass die Vertretungsbefugnis alle Rechtshandlungen, die der Gesellschaftszweck mit sich bringen kann, umfasst. Dritte, die von einer weitergehenden internen Beschränkung der Vertretungsbefugnis Kenntnis haben, können sich dagegen auf diesen Gutgläubenschutz nicht berufen; ihnen gegenüber gilt die interne Kompetenzregelung.

Bsp.: Beispiele interner Begrenzungen, die dem gutgläubigen Dritten nicht entgegenghalten werden können, sind der Ausschluss von gewissen Rechtshandlungen (z.B. keine Aufnahme von Darlehen, keine Grundstückskäufe) oder summenmässige Kompetenzlimiten (z.B. nur Verpflichtungsgeschäfte bis CHF 100'000).

Der Verwaltungsrat kann nebst Delegierten und Direktoren auch **Prokuristen** und **Handlungsbevollmächtigte** ernennen (Art. 721 OR). Hinsichtlich deren Vertretungsmacht kommt nicht Art. 718a OR zur Anwendung, sondern die speziellen Bestimmungen über die handelsrechtlichen Vollmachten (Art. 458 OR ff.; vgl. Kap. E.3.6): Der **Prokurist** kann wie die Organe zwar alle Rechtshandlungen vornehmen, die der Gesellschaftszweck mit sich bringen kann, zur Veräusserung und Belastung von Grundstücken ist er indessen nicht befugt (Art. 459 OR). Der **Handlungsbevollmächtigte** darf nur jene Rechtshandlungen vornehmen, die der *Gesellschaftszweck gewöhnlich mit sich bringt*, explizit nicht befugt ist er zum Eingehen von Wechselverbindlichkeiten, zur Aufnahme von Darlehen und zur Prozessführung (Art. 462 OR). Verträge zwischen der Gesellschaft und ihrem Vertreter bedürfen der Schriftform, sofern es sich nicht um einen Vertrag des laufenden Geschäfts mit einem Wert unter CHF 1'000 handelt (Art. 718b OR)

1.6.4 Zusammensetzung und Rechtsstellung

Der Verwaltungsrat besteht aus einem oder mehreren natürlichen Personen als Mitglieder (Art. 707 Abs. 1 OR). Mitglieder des Verwaltungsrates sind berechtigt, an der Generalversammlung teilzunehmen und dort Anträge zu stellen, auch wenn sie nicht Aktionäre sind (Art. 702a OR). Juristische Personen, die an der Gesellschaft beteiligt sind, sind nicht als Mitglied des Verwaltungsrates wählbar; dagegen können an ihrer Stelle ihre Vertreter gewählt werden (Art. 707 Abs. 3 OR).

Die früher in der Praxis bedeutsamen Vorschriften über Nationalität, Wohnsitz und Aktionärsstellung der Mitglieder des Verwaltungsrates wurden mit der kleinen Aktienrechtsrevision per 1. Januar 2008 abgeschafft. Hinsichtlich Wohnsitz gilt einzig und neu die Bestimmung von Art. 718 Abs. 4 OR, wonach die Gesellschaft durch eine Person vertreten werden können muss, die Wohnsitz in der Schweiz hat; das Erfordernis kann durch ein Mitglied des Verwaltungsrates oder einen Direktor erfüllt werden.

Der Verwaltungsrat wird von der Generalversammlung gewählt. Soweit die Statuten nichts anderes bestimmen, beträgt die **Amts-dauer** drei Jahre. Sie darf sechs Jahre nicht übersteigen, wobei eine Wiederwahl möglich ist (Art. 710 OR). Die Generalversammlung ist berechtigt, die Mitglieder des Verwaltungsrates *jederzeit* auch während der Amtsdauer *abzuberufen* (Art. 705 Abs. 1 OR). Ebenso dürfen Mitglieder des Verwaltungsrates jederzeit *zurücktreten*, wobei sie bei einem Rücktritt zur Unzeit schadenersatzpflichtig werden (Art. 404 OR).

Merke

Trotz Wahl auf Amtsdauer kann ein Verwaltungsrat jederzeit abgewählt werden oder zurücktreten.

Wie dargelegt (vgl. Kap. F.1.6.3.1) müssen die Mitglieder des Verwaltungsrates ihre Aufgaben mit **aller Sorgfalt** erfüllen. Sie müssen überdies die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren (Art. 717 Abs. 1 OR). Die Mitglieder des Verwaltungsrates unterstehen einer umfassenden **Treuepflicht**. Aus dieser folgt insbesondere auch eine Geheimhaltungs- und Schweigepflicht.

Betreffend Informationsrechte des einzelnen Verwaltungsratsmitgliedes ist zu unterscheiden (Art. 715a OR):

- Während den Sitzungen sind alle Mitglieder des Verwaltungsrates sowie die mit der Geschäftsführung betrauten Personen zur Auskunft verpflichtet.
- Ausserhalb der Sitzungen beschränkt sich das Recht auf Auskunft gegenüber den mit der Geschäftsführung betrauten Personen auf den allgemeinen Geschäftsgang; nur mit Ermächtigung des Präsidenten kann das Verwaltungsratsmitglied Auskunft auch über einzelne Geschäfte verlangen.
- Ein Einsichtsrecht in die Akten und Bücher besteht nur, wenn es für die Erfüllung einer Aufgabe erforderlich ist, und bedarf der Zustimmung der Präsidenten.

1.6.5 Einberufung, Durchführung und Beschlussfassung

Das Gesetz enthält in diesem Bereich nur wenige Vorschriften; die nähere Regelung der Organisation des Verwaltungsrates ist in dem von diesem zu erlassende Organisationsreglement vorzunehmen.

Der (aus mehreren Mitgliedern bestehende) Verwaltungsrat bezeichnet seinen Präsidenten und einen Sekretär, der nicht dem Verwaltungsrat angehören muss (Art. 712 OR).

Die Einberufung der Verwaltungsratssitzungen erfolgt durch den Präsidenten, wobei jedes Mitglied des Verwaltungsrates unter Angabe der Gründe vom Präsidenten eine unverzügliche Einberufung einer Sitzung verlangen kann.

Die Beschlüsse des Verwaltungsrates werden mit der **Mehrheit der abgegebenen** – nicht der vertretenen – **Stimmen** gefasst; anders als in der Generalversammlung ist eine echte Stimmenthaltung damit möglich. Der Vorsitzende hat den **Stichentscheid**, sofern die Statuten nichts anderes anordnen (Art. 713 Abs. 1 OR). Beschlüsse können auch auf dem Wege der schriftlichen Zustimmung gefasst werden (Zirkularbeschlüsse), sofern nicht ein Mitglied eine mündliche Beratung verlangt (Art. 713 Abs. 2 OR). Über die Verhandlungen und Beschlüsse ist ein Protokoll zu führen (Art. 713 Abs. 3 OR).

Merke

Der Vorsitzende hat von Gesetzes wegen (dispositive Regelung) den Stichentscheid im Verwaltungsrat.

1.7 Verantwortlichkeit

1.7.1 Übersicht

Das Aktienrecht kennt besondere Haftungsnormen. Es sind dies:

- Die Haftung für den Emissionsprospekt (Art. 752 OR)
- Die Gründungshaftung (Art. 753 OR)
- Die Haftung für Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation (Art. 754 OR)
- Die Revisionshaftung (Art. 755 OR)

Diese Haftungsnormen regeln – entsprechend den allgemeinen haftpflichtrechtlichen Grundsätzen – den Ersatz eines Schadens, der durch pflichtwidriges und schuldhaftes Verhalten einer (Organ-)Person adäquat kausal verursacht wurde. Dabei ergibt sich eine aktienrechtliche Verantwortlichkeit dann, wenn eine *spezifisch aktienrechtliche Pflicht* verletzt ist und nicht eine Widerrechtlichkeit allgemeiner Art vorliegt. Die Besonderheiten der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit gegenüber den allgemeinen Regeln liegen in der erweiterten Aktivlegitimation (es sind auch Personen zur Klage legitimiert, die nur indirekt geschädigt sind; Art. 756 Abs. 1 und Art. 757 Abs. 1 OR), in der Möglichkeit, mehrere Personen gemeinsam (Art. 759 OR) beim gleichen Gericht (am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Sitz der Gesellschaft; Art. 29 Gerichtsstandsgesetz) einzuklagen, in den längeren Verjährungsfristen (fünfjährige relative Frist; Art. 760 OR) und in der Möglichkeit, das Prozessrisiko in gewissen Fällen teilweise auf die Gesellschaft abzuwälzen (Art. 756 Abs. 2 OR).

1.7.2 Haftung für den Emissionsprospekt

Sind bei der Gründung einer Gesellschaft oder bei der Ausgabe von Aktien, Obligationen oder anderen Titeln in Emissionsprospekten oder ähnlichen Mitteilungen unrichtige, irreführende oder den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechende Angaben gemacht worden, so haftet jeder, der absichtlich oder fahrlässig dabei mitgewirkt hat, den Erwerbenden der Titel für den dadurch verursachten Schaden (Art. 752 OR).

1.7.3 Gründungshaftung

Die **Gründer**, Mitglieder des Verwaltungsrates und alle Personen, die bei der Gründung *mitwirken* (z.B. Anwälte, Notare, Banken), werden sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den **Schaden verantwortlich**, der diesen aufgrund einer **Pflichtverletzung** in einem der folgenden Fälle entsteht:

- Bei einer **qualifizierten Gründung**, insbesondere bei unrichtigen Angaben hinsichtlich Sacheinlagen und Sachübernahmen oder deren Verschweigen oder Verschleiern (Art. 753 Ziff. 1 OR)

- Bei **Eintragung** der Gesellschaft **im Handelsregister** aufgrund unrichtiger Angaben (Art. 753 Ziff. 2 OR)
- Bei wissentlicher Entgegennahme von **Zeichnungen** durch zahlungsunfähige Personen (Art. 753 Ziff. 3 OR)

Merke

Der Gründungshaftung unterliegen nicht nur die Gründer, sondern alle Personen, die bei der Gründung mitwirken.

1.7.4 Haftung für Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation

Die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation *befassten* Personen sind sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen (Art. 754 Abs. 1 OR). Wer die Erfüllung einer Aufgabe befugterweise einem anderen Organ überträgt, haftet für den von diesem verursachten Schaden, sofern er nicht nachweist, dass er bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat (Art. 754 Abs. 2 OR).

Als Haftungsvoraussetzungen müssen gemäss allgemeinen haftpflichtrechtlichen Prinzipien folgende Elemente vorliegen (zum Ganzen vgl. auch Kap. A.6.3.1):

- **Schaden**, entsprechend der Differenz zwischen dem im massgebenden Zeitpunkt vorhandenen Vermögen und dem Vermögensstand, welcher ohne Eintritt des schädigenden Ereignisses vorliegen würde;
- **Rechtsgutverletzung**, d.h. Verletzung von Person oder Eigentum; Verletzung von Vermögen als solchem nur, wenn die (verletzte) Verhaltenspflicht auch das Vermögen schützt;
- **Rechtswidrigkeit (Pflichtverletzung)**, begründet in einer Verletzung aktienrechtlicher oder anderer gesetzlicher Pflichten;

Bsp.: Beispiele aus der Gerichtspraxis für Pflichtverletzungen eines Verwaltungsrates sind: Nichtbeachten der Pflichten von Art. 725 OR trotz Wissen bzw. Wissenmüssen um eine bestehende Überschuldung; Investition von 80% des Gesellschaftsvermögens in eine hochspekulative Anlage; Tätigen von Geschäften mit Mehrheitsaktionären, die für die Gesellschaft und die Minderheitsaktionäre nachteilig sind; Wahrung der Interessen der Muttergesellschaft statt derjenigen der Tochtergesellschaft, für die er tätig ist; Unterlassen der ordnungsgemässen Buchführung.
- **Adäquater Kausalzusammenhang** zwischen rechtswidrigem Verhalten und eingetretenem Schaden;
- **Verschulden**, d.h. Absicht oder Fahrlässigkeit, wobei sich letztere an einem objektivierten Verschuldensmassstab bemisst; massgebend ist diejenige Sorgfalt, die ein gewissenhafter und vernünftiger Mensch desselben Verkehrskreises wie der Verantwortliche unter den gleichen Umständen als erforderlich ansehen würde (BGE 112 II 72).

Merke

Sehr häufig wird – selbst in Gerichtsurteilen – dem Kriterium des adäquaten Kausalzusammenhangs zu wenig Beachtung geschenkt und aus dem blossen Vorliegen eines Schadens und einer Rechtswidrigkeit (und Verschulden) auf eine Haftung geschlossen. Dies ist unrichtig: Fehlt es an einem adäquaten Kausalzusammenhang zwischen Rechtswidrigkeit und Schaden, ist keine Haftung geben. Dies gilt für das Haftpflichtrecht generell.

Als **verantwortliche Personen** i.S.v. Art. 754 Abs. 1 OR kommen nicht nur die im Handelsregister eingetragenen *formellen* (gewählten) *Organe*, sondern auch sog. *faktische oder materielle Organe* in Betracht: Als mit der Geschäftsführung befasst im Sinne dieser Bestimmung gelten nicht nur Entscheidungsorgane, die ausdrücklich als solche ernannt worden sind, sondern alle Personen, ob gewählt oder nicht, die in massgebender Weise an der Willensbildung der AG teilnehmen, Personen also, die tatsächlich Organen vorbehaltenen Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen (faktische Organe). Als Beispiele faktischer Organe fallen etwa stille Verwaltungsräte, Hauptaktionäre oder Konzern-Muttergesellschaften in Betracht.

Merke

Der Organbegriff gemäss Art. 754 OR ist nicht deckungsgleich mit demjenigen nach Art. 55 ZGB (er geht eher weiter), die Unterschiede sind aber nicht grundlegend.

1.7.5 Revisionshaftung

Alle mit der Prüfung der Jahres- und Konzernrechnung, der Gründung, der Kapitalerhöhung oder der Kapitalherabsetzung *befassten* Personen sind sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und den Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen (Art. 755 Abs. 1 OR). Die Revisionsstelle haftet mit den Geschäftsführungsorganen solidarisch, soweit sie für den Schaden (mit-)verantwortlich ist.

1.7.6 Durchsetzung der Ansprüche (Aktiv- und Passivlegitimation)

Anspruchsberechtigt zur Geltendmachung eines Anspruches sind, je nach Konstellation, die Gesellschaft, die Aktionäre und die Gläubiger. Hinsichtlich der Klageberechtigung ist zu unterscheiden, ob ein direkter oder ein indirekter Schaden vorliegt sowie ob die Gesellschaft aufrechtstehend oder im Konkurs ist. Zur Frage der Anspruchsberechtigung zur Verantwortlichkeitsklage wurden in den vergangenen Jahren unzählige Kommentare, Aufsätze und Monographien mit unterschiedlichen Theorien verfasst. Das Bundesgericht hat mit zwei wegweisenden Entscheiden in den Jahren 1991 (BGE 117 II 432 ff.: Einheitlicher Anspruch der Gläubigergesamtheit im Konkurs mit daraus folgender Einredenbeschränkung für die beklagten Organe; *sog. Raschein-Praxis*; bestätigt in BGE 122 III 168 f.; 122 III 189 f.; 131 III 306) und 1996 (BGE 122 III 176 ff.: Neudefinition des direkten Schadens im Konkurs mit daraus folgender Einschränkung der Aktivlegitimation der Gläubiger; *sog. X Corporation-Praxis*) in rechtsgestaltender Weise Eckmarken gesetzt, gleichzeitig aber mit der dogmatisch unverständlichen Neudefinition des direkten Schadens im Konkurs für Verwirrung gesorgt. Mit dem Entscheid i.S. *Biber* vom 9. November 2004 (BGE 131 III 306) hat es die mit seinen beiden früheren Entscheiden gesetzten Marken dogmatisch nachvollziehbar und begründet eingeordnet, indem es zur ursprünglichen Definition des direkten Schadens im Konkurs zurückgekehrt ist, an der Einschränkung der Klagelegitimation im Konkurs aber festgehalten hat. Die Bundesgerichtsentscheide 117 II 432 (*Raschein-Praxis*) und 131 III 306 (*Biber-Praxis*) bilden gemeinsam den neuen Massstab in der Frage der Anspruchsberechtigung; das Bundesgericht hat mit diesen beiden Urteilen zweifellos Richterrecht geschaffen. Ältere Literatur und Urteile zu diesem Themenkomplex

lex sind entsprechend einzuordnen. Im Folgenden wird die Praxis gemäss Raschein- und Biber-Urteil dargestellt.

Der **direkte** oder **unmittelbare Schaden** ist der Schaden, der direkt, unmittelbar in der Vermögensmasse des Geschädigten eintritt; dies ist der klassische Schaden des allgemeinen Haftpflichtrechts.

Der **indirekte** oder **mittelbare Schaden** (auch **Reflexschaden** genannt) ist der Schaden, der dem Aktionär oder dem Gläubiger indirekt, mittelbar entsteht, weil die *Gesellschaft* eine Vermögenseinbusse erlitten hat; die Beteiligung des Aktionärs verliert dadurch an Wert, der Gläubiger der Gesellschaft erleidet mit seiner Forderung einen Ausfall.

Eingeklagt werden kann grundsätzlich stets nur der direkte oder unmittelbare Schaden, den die Gesellschaft, der Aktionär oder der Gläubiger erlitten hat (vgl. BGE 131 III 306). Eine Besonderheit des aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrechts liegt nun darin, dass zur Einklagung des direkten Schadens der Gesellschaft in gewissen Situationen nicht nur die Geschädigte selbst, sondern auch der Aktionär resp. der Gläubiger legitimiert ist. Und mit der Raschein-Praxis wurde festgelegt, dass im Konkurs nicht mehr ein Anspruch der Gesellschaft gegeben ist, sondern ein – betragsmässig deckungsgleicher und hinsichtlich Anspruchsvoraussetzungen identischer (vgl. BGE 122 III 169; 122 III 189) – einheitlicher Anspruch der Gläubigergesamtheit; diese ziemlich kühne Umqualifizierung durch das Bundesgericht hat zur Folge resp. bezweckt, dass den verantwortlichen Organen die ihnen gegenüber der Gesellschaft allenfalls zustehenden Einreden (z.B. Décharge) nicht mehr zur Verfügung stehen. Im Einzelnen verhält es sich wie folgt:

Die **Gesellschaft** kann immer nur ihren eigenen direkt erlittenen Schaden geltend machen (Art. 756 Abs. 1 OR).

Der **Aktionär** hat folgende Klageberechtigungen:

- Den ihm entstandenen *unmittelbaren Schaden* kann er grundsätzlich jederzeit geltend machen, unabhängig davon, ob über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet wurde oder nicht. Im Konkurs der Gesellschaft ist die Klagelegitimation des Aktionärs jedoch gemäss Biber-Praxis zur Verhinderung eines Wettlaufs zwischen der Konkursverwaltung und dem direkt klagenden Aktionär massiv eingeschränkt, sofern auch die Gesellschaft direkt geschädigt ist: Diesfalls kann der Aktionär seinen direkten Schaden nur geltend machen, wenn das Verhalten der Organe gegen aktienrechtliche Bestimmungen mit ausschliesslichem Aktionärsschutzcharakter verstösst – solche Bestimmungen gibt es kaum – oder die Haftung auf einem anderen widerrechtlichen Verhalten des Organs oder einem culpa in contrahendo-Tatbestand gründet.
- Er kann, wenn die Gesellschaft *nicht im Konkurs* steht, auch den *der Gesellschaft entstandenen Schaden* (also seinen *mittelbaren Schaden*) geltend machen, wobei sein Anspruch sich auf Leistung des Schadenersatzes an die Gesellschaft richtet (mittelbarer Schaden wird mittelbar ersetzt; Art. 756 Abs. 1 OR). Der Streitwert bestimmt sich konsequenterweise auch bei der Geltendmachung mittelbaren Schadens nach dem der Gesellschaft entstandenen Gesamtschaden, weshalb die Geltendmachung dieses Anspruchs für den Aktionär mit einem hohen Kostenrisiko verbunden ist. Hinzu kommt, dass der Aktionär ausserhalb des Konkurses über eine schlechte Informationslage verfügt, da er in der Regel keinen Zugang zu den relevanten Unterlagen hat. Aus diesen Gründen sind solche Klagen selten.
- Steht die Gesellschaft *im Konkurs*, steht es zunächst der Konkursverwaltung zu, den *der Gesellschaft entstandenen Schaden* geltend zu machen, nunmehr in der Form des einheitlichen Anspruchs der Gläubigergemeinschaft. Verzichtet sie darauf, ist hierzu theoretisch jeder Aktionär berechtigt; angesichts der gesetzlichen Verteilungsordnung des Prozessgewinns hat der Aktionär zu einer solchen Klage allerdings kaum Veranlassung (Art. 757 Abs. 2 OR).

Der **Gläubiger** hat folgende Klageberechtigungen:

- Ansprüche aus *unmittelbarer Schädigung* kann jeder Gläubiger selbständig aus eigenem Recht und grundsätzlich unabhängig von der Eröffnung eines Konkurses geltend machen. Indessen liegt ausserhalb des Konkurses in der Regel kein Schaden vor, weil die Forderungen der Gläubiger durch Aktiven gedeckt sind. Ausnahmen zu dieser Regel können eine Bonitätsminderung (der Verkehrswert einer Forderung sinkt durch die verschlechterte Vermögenssituation der Schuldnerin) und der (durch eine bewusst zu schlechte Darstellung der finanziellen Situation der Gesellschaft) erwirkte Forderungsverzicht eines Gläubigers darstellen. Und im Konkurs ist die Aktivlegitimation des Gläubigers für die Geltendmachung seines unmittelbaren Schadens nach Biber-Praxis zur Verhinderung eines Wettlaufs zwischen der Konkursverwaltung und dem direkt klagenden Gläubiger analog zur entsprechenden Legitimation des Aktionärs massiv eingeschränkt, sofern auch die Gesellschaft direkt geschädigt ist: Diesfalls kann der Gläubiger seinen direkten Schaden nur geltend machen, wenn das Verhalten der Organe gegen aktienrechtliche Bestimmungen mit ausschliesslichem Gläubigerschutzcharakter verstösst – solche Bestimmungen gibt es kaum – oder die Haftung auf einem anderen widerrechtlichen Verhalten des Organs oder einem culpa in contrahendo-Tatbestand gründet.
- Erst im Konkurs der Gesellschaft kann der Gläubiger Ersatz des *Gesellschaftsschadens* (also seines *mittelbaren Schadens*) verlangen, nunmehr in der Form des einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit. Die Klagelegitimation zur Geltendmachung des Gesellschaftsschadens steht dabei aber zunächst einzig und allein der Konkursverwaltung zu. Nur wenn diese auf die Geltendmachung der Ansprüche verzichtet, ist der einzelne Gläubiger – wie der Aktionär – zur Einklagung des Gesellschaftsschadens berechtigt, wobei das Ergebnis vorab zur Deckung des klagenden Gläubigers verwendet wird (Art. 757 OR und Art. 260 SchKG). Verantwortlichkeitsklagen im Konkurs sind in der Praxis häufig, was sich insbesondere damit erklärt, dass die Gläubiger resp. die Konkursverwaltung eine umfassende Einsicht in die Unterlagen der Gesellschaft haben.

Neben der Frage der Klage- oder Aktivlegitimation stellt sich weiter die Frage der **Passivlegitimation**, d.h. die Frage, gegen wen sich ein Anspruch richtet. Dabei ist der **Grundsatz der differenzierten Solidarität** massgebend: Sind für den Schaden mehrere Personen verantwortlich, so ist jede von ihnen insoweit solidarisch haftbar, als ihr der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zurechenbar ist. Der Kläger kann mehrere Beteiligte gemeinsam für den **Gesamtschaden** einklagen und verlangen, dass der Richter im gleichen Verfahren die Ersatzpflicht jedes einzelnen Beklagten festsetzt (Art. 759 Abs. 1 und 2 OR).

Merke

Das tatsächliche Risiko eines Verwaltungsrats, mit einer Verantwortlichkeitsklage konfrontiert zu werden, ist ausserhalb des Konkurses gering, im Konkurs dagegen hoch.

1.8 Aktionär

| Pflichten | Rechte | | |
|--------------------------------------|---|--|---|
| Liberierungspflicht (Art. 680 OR) | Vermögensmässige Rechte: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Dividendenrecht (Art. 660 Abs. 1 OR) ▪ Bezugsrecht (Art. 625b OR) ▪ Recht auf Anteil am Liquidationserlös (Art. 660 Abs. 2 OR) | Mitwirkungsrechte: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Recht auf Teilnahme an der GV (Art. 689 OR) ▪ Stimmrecht (Art. 694 OR) ▪ etc. | Schutzrechte: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Einsichts- und Auskunftsrechte (Art. 696 f. OR) ▪ Recht auf Durchführung einer Sonderprüfung (Art. 697a ff. OR) ▪ Anfechtungsrecht gegen GV-Beschlüsse (Art. 706 OR) ▪ Recht zur Verantwortlichkeitsklage (Art. 752 ff. OR) ▪ Recht zur Auflösungsklage aus wichtigen Gründen (Art. 736 Ziff. 4 OR) |

Abb. 61: Rechte und Pflichten des Aktionärs

1.8.1 Pflichten des Aktionärs

Die **einzigste Pflicht** des Aktionärs ist, die von ihm gezeichneten Aktien zu **liberieren** (Art. 680 Abs. 1 OR). Kommt er seiner Liberierungspflicht nicht nach, kann er seiner Rechte verlustig erklärt werden (*sog. Kaduzierung*; Art. 682 OR). In den Statuten kann zudem eine Konventionalstrafe bei nicht rechtzeitiger Leistung der Einlage vorgesehen sein (Art. 627 Ziff. 5 und Art. 682 Abs. 1 OR).

Zu mehr als zur Leistung seiner Einlage (und der Konventionalstrafe bei deren Nichtleistung) kann der Aktionär auch durch die Statuten nicht verpflichtet werden (Art. 680 Abs. 1 OR). Damit trifft den Aktionär insbesondere auch **keine Treuepflicht**: Es ist ihm unbenommen, seine Rechtsstellung zum Nachteil der Gesellschaft zu verwenden, er muss nicht wie die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung und wie die Arbeitnehmer der Gesellschaft die Interessen der Gesellschaft wahren. In dieser eigenartigen, durch keine Pflichten beschränkten Stellung des Aktionärs liegt der Grund, weshalb auf der anderen Seite auch seine Rechte gegenüber der Gesellschaft, insbesondere seine Informationsrechte, begrenzt sind bzw. zwingend begrenzt sein müssen (vgl. Kap. F.1.8.2.4).

Bsp.: Dem Aktionär der X-AG ist es nicht untersagt, ein die X-AG konkurrenzierendes Unternehmen zu eröffnen.

Merke

Dem Aktionär dürfen durch die Statuten keine weiteren Pflichten neben der einzigen gesetzlichen Pflicht zur Liberierung der Aktien auferlegt werden.

1.8.2 Rechte des Aktionärs

1.8.2.1 Allgemeine Rechtsstellung

Die Rechtsstellung des Aktionärs ist zunächst durch einige allgemeine aktienrechtliche Prinzipien gegen Übergriffe der Generalversammlung oder des Verwaltungsrates geschützt: Das Sachlichkeitsgebot, den Grundsatz der Gleichbehandlung und das Prinzip schonender Rechtsausübung.

Das **Sachlichkeitsgebot** besagt, dass jede Einschränkung der Rechtsstellung des Aktionärs einer sachlichen Rechtfertigung bedarf. Das Sachlichkeitsgebot war ursprünglich ein ungeschriebenes aktienrechtliches Prinzip. Es wurde mit der Aktienrechtsrevision im Jahre 1992 ausdrücklich im Gesetz verankert. So sind insbesondere Generalversammlungsbeschlüsse anfechtbar, welche *in unsachlicher Weise* Rechte von Aktionären entziehen oder beschränken (Art. 706 Abs. 2 OR).

Von zentraler Bedeutung für die Rechtsstellung des einzelnen Aktionärs ist der **Grundsatz der Gleichbehandlung**. Der Aktionär ist gegen jede Ungleichbehandlung geschützt, die nicht durch die Interessen der Gesellschaft gerechtfertigt werden kann. Der Grundsatz der Gleichbehandlung gilt damit nicht absolut: *Eine ungleiche Behandlung ist dort zulässig, wo sie ein angemessenes Mittel zu einem gerechtfertigten Zweck darstellt* (BGE 69 II 250). Auch der Gleichbehandlungsgrundsatz ist im neuen Aktienrecht ausdrücklich verankert, und er bindet explizit nicht nur die Generalversammlung, sondern auch den Verwaltungsrat: Generalversammlungsbeschlüsse, die eine durch den Gesellschaftszweck nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung der Aktionäre bewirken, sind anfechtbar (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR). Und der Verwaltungsrat und die mit der Geschäftsführung betrauten Dritten müssen die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich behandeln (Art. 717 Abs. 2 OR).

Das **Prinzip schonender Rechtsausübung** besagt, dass unter mehreren möglichen Varianten, die zur Erreichung eines legitimen Ziels möglich sind, diejenige zu wählen ist, die am schonendsten in die Rechtsstellung der Betroffenen eingreift. Das Prinzip schonender Rechtsausübung ist damit mit dem verwaltungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismässigkeit verwandt. Es wurde zunächst durch die Lehre ins Aktienrecht eingeführt, mit der Aktienrechtsrevision 1992 andeutungsweise gesetzlich geregelt (in Art. 706 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 OR) und mit dem Bundesgerichtsentscheid in Sachen SBG vs. BK Vision AG (BGE 121 III 238) im Jahre 1995 explizit gerichtlich anerkannt. Das Prinzip schonender Rechtsausübung bindet wie das Sachlichkeits- und das Gleichbehandlungsgebot Generalversammlung und Verwaltungsrat.

1.8.2.2 Vermögensmässige Rechte

Dividendenrecht (Art. 660 Abs. 1 OR)

Sofern eine Aktiengesellschaft keine *Vorzugsaktien* (vgl. dazu Art. 654 und Art. 656 OR) ausgegeben hat, hat jeder Aktionär Anspruch auf einen verhältnismässigen Anteil am Bilanzgewinn (Art. 660 Abs. 1 OR). Zur Auszahlung gelangt allerdings bei weitem nicht der ganze Gewinn der Gesellschaft. Die Dividende darf erst dann festgesetzt werden, wenn die Zuweisungen an die gesetzlichen Reserven (5% des Jahresgewinns, bis diese 20% des einbezahlten Aktienkapitals erreichen; Art. 671 OR) und eventuell in den Statuten vorgesehene weitere Reserven (Art. 672 OR) erfolgt sind (Art. 674 OR).

Stark relativiert wird das Dividendenrecht des Aktionärs durch das Recht der Generalversammlung (Art. 674 Abs. 2 Ziff. 2 OR) und (sogar) des Verwaltungsrates (Art. 669 Abs. 3 OR), über die gesetzlichen und statutarischen Reserven hinaus weitere offene und stille Reserven zu bilden, soweit die Rücksicht auf das dauernde Gedeihen des Unternehmens oder die Ausrichtung einer möglichst gleichmässigen Dividende es unter Berücksichtigung der Interessen aller Aktionäre rechtfertigt.

Bezugsrecht (Art. 652b OR)

Werden im Rahmen einer Kapitalerhöhung neue Aktien ausgegeben, hat jeder Aktionär Anspruch auf den Teil der neu ausgegebenen Aktien, der seiner bisherigen Beteiligung entspricht (Art. 652b OR).

Das Bezugsrecht hat eine vermögensmässige und eine mitgliedschaftsrechtliche Komponente. Ein *vermögensmässiges Recht* beinhaltet es immer dann, wenn – was die Regel ist – die neuen Aktien zu einem Preis ausgegeben werden, der unter dem Börsenkurs resp. dem inneren Wert der Aktien liegt. Wer das Bezugsrecht ausübt, kommt damit günstig zu neuen Aktien. Die *mitgliedschaftsrechtliche Komponente* liegt darin, dass der Aktionär bei Ausübung des Bezugsrechts seinen bisherigen proportionalen Aktienbesitz wahren kann. Dies ist kaum wichtig bei Publikumsgesellschaften, wo man jederzeit Aktien über die Börse erwerben kann. Die mitgliedschaftsrechtliche Komponente des Bezugsrechts ist aber von ausserordentlich grosser Wichtigkeit bei personalistischen Gesellschaften (d.h. bei Gesellschaften, die auf die Persönlichkeit der einzelnen Mitglieder ausgerichtet sind und wenige Aktionäre haben, typischerweise Familiengesellschaften), wo es keinen funktionierenden Markt für Aktien gibt. Wer bei personalistischen Gesellschaften vom Bezugsrecht ausgeschlossen wird, verliert damit in aller Regel seinen proportionalen Anteil am Unternehmen und damit seinen Einfluss auf Dauer.

Das Bezugsrecht kann nur unter strengen Voraussetzungen aufgehoben werden: Erforderlich ist in formeller Hinsicht ein Beschluss der Generalversammlung, der dem *qualifizierten Quorum* unterliegt (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 6 OR), sowie in materieller Hinsicht das Vorliegen eines *wichtigen (gemeint sachlichen) Grundes* (Art. 652b Abs. 2 OR) und die Einhaltung des Grundsatzes der *Gleichbehandlung* der Aktionäre. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn der Bezugsrechtsausschluss sachlich begründet und das Prinzip schonender Rechtsausübung eingehalten ist. Als wichtiger Grund gelten von Gesetzes wegen insbesondere die Übernahme von Unternehmen oder die Ausgabe von Mitarbeiteraktien.

Recht auf Anteil am Liquidationserlös (Art. 660 Abs. 2 OR):

Bei Auflösung der Gesellschaft hat der Aktionär, soweit die Statuten nichts anderes vorsehen, das Recht auf einen verhältnismässigen Anteil am Ergebnis der Liquidation.

1.8.2.3 Mitwirkungsrechte

Als Mitwirkungsrechte gelten:

- Das Recht auf **Teilnahme an der Generalversammlung**, beinhaltend das Recht auf Einladung und Bekanntgabe der Traktanden und Anträge (Art. 700 OR), das Recht auf Meinungsäusserung und Antragstellung an der Generalversammlung und das Recht, sich an der Generalversammlung vertreten zu lassen (Art. 689 Abs. 2 OR)
- Das **Stimmrecht** (Art. 694 OR)

(zum Ganzen vgl. Kap. F.1.5.2 und F.1.5.3).

1.8.2.4 Schutzrechte

Einsichts- und Auskunftsrechte

Spätestens 20 Tage vor der ordentlichen Generalversammlung sind der Geschäftsbericht und der Revisionsbericht den Aktionären am Gesellschaftssitz aufzulegen. Jeder Aktionär kann verlangen, dass ihm unverzüglich eine Ausfertigung dieser Unterlagen zugestellt wird (Art. 696 Abs. 1 OR).

Jeder Aktionär ist berechtigt, an der Generalversammlung vom Verwaltungsrat Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft und von der Revisionsstelle über Durchführung und Ergebnis ihrer Prüfung zu verlangen (Art. 697 Abs. 1 OR). Dieses Auskunftsrecht soll dem Aktionär die Wahrnehmung seiner Aktionärsrechte ermöglichen. Angesichts seiner fehlenden Treuepflicht wird sein Informationsrecht jedoch beschränkt durch Geschäftsgeheimnisse und andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft (Art. 697 Abs. 2 OR); stehen solche in Frage, kann die Auskunft verweigert werden.

Bsp.: Der Aktionär der X-AG darf zwar ein dieses konkurrenzierendes Unternehmen führen. Auskunft über die Fabrikation der Produkte der X-AG, deren Absatzgebiete und Kundenkreis darf ihm aber verweigert werden.

Recht auf Durchführung einer Sonderprüfung:

Die Sonderprüfung wurde mit der Aktienrechtsrevision im Jahre 1992 als neues Institut ins Aktienrecht aufgenommen. Idee dieses Instituts ist es, die *berechtigten Anliegen des Aktionärs auf möglichst umfassende Information* (zwecks fundierter Meinungsbildung und effizienter Wahrnehmung der dem Aktionär im System der AG zugewiesenen Kontrollfunktion) und die *Interessen der Gesellschaft auf Verhinderung missbräuchlicher Verwendung dieser Information* durch den keiner Treuepflicht unterliegenden Aktionär unter einen Hut zu bringen. Der Sonderprüfer hat in diesem System eine *Schleusenfunktion*: Er hat gegenüber der Gesellschaft volles Auskunfts- und Einsichtsrecht (Art. 697d Abs. 2 OR) und bildet sich gestützt darauf sein Urteil über eine bestimmte Frage. Gestützt darauf verfasst er einen Bericht an die Generalversammlung, in welchem er die Geschäftsgeheimnisse und andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft wahrt (Art. 697e OR). Im Ergebnis ist im Idealfall der Aktionär unter Wahrung der Interessen der Gesellschaft über eine bestimmte Frage informiert. Das Institut der Sonderprüfung soll den Aktionären insbesondere zur Prüfung der Frage dienen, ob sie eine Verantwortlichkeitsklage einreichen sollen.

Jeder Aktionär kann der Generalversammlung beantragen, bestimmte Sachverhalte durch einen Sonderprüfer abklären zu lassen. Voraussetzung ist, dass die Sonderprüfung zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist und vorgängig das Recht auf Auskunft ausgeübt worden ist (Art. 697a Abs. 1 OR). Stimmt die Generalversammlung dem Antrag zu, so wird in der Folge der Sonderprüfer *durch den Richter* eingesetzt.

Stimmt die Generalversammlung dem Antrag nicht zu, so wandelt sich das Einzelrecht zum Minderheitenrecht, indem Aktionäre, die zusammen mindestens 10% des Aktienkapitals vertreten, den Richter ersuchen können, einen Sonderprüfer einzusetzen. In materieller Hinsicht ist diesfalls erforderlich, dass die Aktionäre eine Gesetzes- oder Statutenverletzung der Gründer oder Organe und eine dadurch verursachte Schädigung der Gesellschaft oder der Aktionäre *glaubhaft machen* (nicht: beweisen).

Anfechtungsrecht

Jeder Aktionär hat das Recht, **Beschlüsse der Generalversammlung**, die gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen, beim Richter mit Klage gegen die Gesellschaft **anzufechten** (Art. 706 Abs. 1 OR). Die Klage ist innert zweier Monate seit Durchführung der Generalversammlung einzureichen (Art. 706a Abs. 1 OR). Art. 706 Abs. 2 OR enthält eine nicht abschliessende Aufzählung von anfechtbaren Beschlüssen. Anfechtbar sind danach insbesondere Beschlüsse, die in unsachlicher Weise Rechte von Aktionären entziehen oder beschränken oder die eine durch den Gesellschaftszweck nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung oder Benachteiligung der Aktionäre bewirken (Verletzung des Sachlichkeitsgebots, des Prinzips schonender Rechtsausübung oder des Grundsatzes der Gleichbehandlung; vgl. Kap. F.1.8.2.1).

Art. 706b OR hält fest, dass es auch **nichtige Generalversammlungsbeschlüsse** gibt; die Nichtigkeit von Beschlüssen kann anders als die Anfechtbarkeit jederzeit und damit auch noch nach Ablauf von zwei Monaten geltend gemacht werden, was den Preis erheblicher Rechtsunsicherheit beinhaltet. Nichtig sind

Beschlüsse, die gegen die aktienrechtliche Grundordnung verstossen. Die Liste in Art. 706b OR ist nach allgemein anerkannter Auffassung verunglückt und viel zu weit gehend; Art. 706b OR muss daher – im Interesse der Rechtssicherheit – äusserst restriktiv ausgelegt werden.

Bsp.: Als Beispiele nichtiger Beschlüsse werden genannt: Die Einführung einer persönlichen Haftung von Aktionären; die Einführung eines einseitigen Rechts auf Rückruf von Aktien durch den Verwaltungsrat; die Emission von Aktien unter pari; die Zulassung von Zirkulationsbeschlüssen.

Zu betonen ist, dass den Aktionären **kein Recht zur Anfechtung** von gesetzes- oder statutenwidrigen **Beschlüssen des Verwaltungsrates** zukommt; diesbezüglich bleibt dem Aktionär nur die – nachträgliche – Verantwortlichkeitsklage. Etwas anderes gilt für **nichtige Verwaltungsratsbeschlüsse** (Art. 714 OR), wobei auch diesbezüglich aus Gründen der Rechtssicherheit eine restriktive Auslegung Platz greifen muss.

Recht zur Verantwortlichkeitsklage

Es wird diesbezüglich auf Kap. F.1.7 verwiesen.

Recht auf Auflösungsklage aus wichtigem Grund:

Aus wichtigem Grund können Aktionäre, die zusammen mindestens 10% des Aktienkapitals vertreten, die Auflösung der Gesellschaft verlangen (Art. 736 Ziff. 4 OR). Die Auflösung der Gesellschaft kommt jedoch nur als ultima ratio, d.h. als letztmögliche Massnahme, in Frage. Die Auflösung kommt nur ganz ausnahmsweise in Betracht, vor allem in Fällen, in denen Mehrheitsaktionäre aufgrund ihrer Stellung die Rechte von Minderheitsaktionären andauernd und schwerwiegend verletzen.

Bsp.: Ein Mehrheitsaktionär einer kleinen Familiengesellschaft missbraucht seine Machtstellung gegenüber dem Minderheitsaktionär über die Dauer von zehn Jahren schwer und benachteiligt diesen finanziell, indem er übermässige persönliche Bezüge tätigt. Der Mehrheitsaktionär lässt sich auch durch diverse ungünstige Gerichtsentscheide nicht beeindrucken, und weitere Rechtsschritte würden den anhaltenden Machtmissbrauch auch für die Zukunft nicht wirksam unterbinden.

Im Einzelfall kann der Richter gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR auch auf eine andere sachgemässe, den Beteiligten zumutbare Lösung erkennen (beispielsweise den Ausschluss eines Aktionärs gegen Abfindung).

1.9 Aktie

1.9.1 Begriff der Aktie

Der Begriff «Aktie» steht u.a. für die Mitgliedschaft in einer Aktiengesellschaft (vgl. Kap. F.1.3.1). Diese Mitgliedschaft besteht unabhängig von einer Verbriefung in einer speziellen Urkunde. Gelegentlich wird, vor allem bei kleineren Gesellschaften, bewusst auf die Ausgabe von Aktien in Form von Wertpapieren verzichtet. Das Recht an der Aktie wird in diesem Fall wie andere Rechte durch Zession (Art. 164 ff. OR) übertragen. Häufig, vor allem bei grösseren Gesellschaften mit vielen Aktionären, wird die Mitgliedschaft dagegen in einem Wertpapier verkörpert. Die Aktie kann als Inhaber- oder als Namenaktie ausgestaltet sein (Art. 622 Abs. 1 OR). Die Statuten können auch vorsehen, dass eine Mehrheit von Aktien in einem einzigen Wertpapier (dem sog. Aktienzertifikat) verbrieft werden kann (BGE 86 II 98).

1.9.2 Grundsatz der freien Übertragbarkeit von Aktien

Als Grundsatz gilt, dass Aktien frei veräusserlich sind, d.h. keinen Übertragungsbeschränkungen unterliegen. Dieser Grundsatz ist zwingend für Inhaberaktien, dagegen lediglich dispositiv für Namenaktien. Bei

Namenaktien kann die Übertragbarkeit Beschränkungen unterworfen werden. Diese *Beschränkung der freien Veräusserbarkeit von Namenaktien* nennt man **Vinkulierung** (vgl. Kap. F.1.9.3 und F.1.9.4 nachfolgend).

Inhaberaktien dürfen erst nach Einzahlung des vollen Nennwerts als Wertpapiere ausgegeben werden (Art. 683 Abs. 1 OR). Die Übertragung der Inhaberaktie und damit die Übertragung der in ihr verkörperten Mitgliedschaft bedarf einerseits eines gültigen obligatorischen Grundgeschäfts (Abschluss des Vertrags, z.B. Kaufvertrag), andererseits eines Verfügungsgeschäftes (Vollzug, Erfüllung des Vertrags). Der Vollzug der Übertragung erfolgt bei Inhaberaktien durch Übertragung des Besitzes an der Urkunde. Gegenüber der Gesellschaft gilt als Aktionär, wer sich als Besitzer der Aktie ausweist (vgl. Art. 689 Abs. 2 OR).

Die Übertragung einer **Namenaktie** bedarf wie diejenige einer Inhaberaktie zunächst eines gültigen obligatorischen Grundgeschäfts und der Übergabe des Besitzes an der Urkunde. Die Übertragung einer Namenaktie unterscheidet sich von der Übertragung einer Inhaberaktie in zwei Punkten: Zusätzlich zur Übergabe des Besitzes am Papier ist die Namenaktie zu indossieren, d.h. die Übertragung an den Erwerber durch unterschriebene Erklärung des Veräusserers auf dem Aktientitel zu dokumentieren (Art. 684 Abs. 2 OR). Gegenüber der Gesellschaft gilt der Erwerber einer Namenaktie erst dann als Aktionär, wenn er im Aktienbuch eingetragen ist. Erst dann kann der Erwerber die Rechte gegenüber der Gesellschaft geltend machen.

Unverbriefte Aktienrechte werden durch Zession (vgl. Kap. C.4.4.1) übertragen.

Merke

Nur Namenaktien können vinkuliert werden, Inhaberaktien dagegen nicht.

1.9.3 Gesetzliche Vinkulierung

Bei jeder Namenaktie besteht eine **gesetzliche Vinkulierung**: Nicht voll liberierte Namenaktien sind nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragbar, es sei denn, sie werden durch Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung erworben (Art. 685 Abs. 1 OR). Die Gesellschaft kann die Zustimmung nur verweigern, wenn die Zahlungsfähigkeit des Erwerbers zweifelhaft ist und die von ihr geforderte Sicherheit nicht geleistet wird (Art. 685 Abs. 2 OR).

1.9.4 Statutarische Vinkulierung nicht börsenkotierter Namenaktien

Die Statuten können bestimmen, dass Namenaktien nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden dürfen (Art. 685a Abs. 1 OR). Dabei trifft das Gesetz hinsichtlich der Voraussetzungen wie der Wirkungen der Vinkulierung eine **grundlegende Unterscheidung zwischen börsenkotierten und nicht börsenkotierten Namenaktien**. Der Begriff «börsenkotiert» ist dabei weit auszulegen: Darunter fällt jeder regelmässige Handel mit einer Kursnotierung und selbst der mit Willen der Gesellschaft stattfindende anonyme Handel.

Merke

Das Gesetz regelt die Vinkulierung börsenkotierter und nicht börsenkotierter Namenaktien unterschiedlich.

Bei nicht börsenkotierten Namenaktien kann die Gesellschaft die Zustimmung zur Übertragung verweigern (Art. 685b Abs. 1 OR),

- wenn sie einen in den Statuten genannten **wichtigen Grund** bekannt gibt oder

- wenn sie dem Veräusserer anbietet, die Aktien *zum wirklichen Wert* zu übernehmen (sog. **escape clause**).

Als **wichtige Gründe** gelten Statutenbestimmungen über die Zusammensetzung des Aktionärskreises, die im Hinblick auf den Gesellschaftszweck oder die wirtschaftliche Selbständigkeit des Unternehmens die Verweigerung rechtfertigen (Art. 685b Abs. 2 OR). Beispiele solcher Gründe sind etwa (wobei diesbezüglich mangels Gerichtsurteilen eine erhebliche Rechtsunsicherheit besteht):

- Ausschluss des Erwerbs von Aktien durch **Konkurrenten** oder ihnen nahe stehenden Personen
- Erhaltung der wirtschaftlichen **Selbständigkeit** als Unternehmen gewerblich-mittelständischer Struktur
- Verhinderung eines rechtlichen oder tatsächlichen Beherrschungsübergangs resp. **Kontrollwechsels**
- **Prozentklausel** (zwecks Erhaltung der wirtschaftlichen Selbständigkeit)
- **Persönliche Eigenschaften** von Aktionären für die Zweckerreichung bei sog. Tendenzbetrieben (Parteiblatt, Revisionsgesellschaft)
- Erhaltung des **schweizerischen Charakters** der Gesellschaft

Ist im konkreten Fall kein wichtiger Grund gegeben, bleibt nur die **escape clause** zur Verhinderung des Erwerbs der Aktien durch eine der Gesellschaft nicht genehme Person: Die Gesellschaft muss diesfalls das Angebot unterbreiten, die Aktien für eigene Rechnung, für Rechnung anderer Aktionäre oder für Rechnung Dritter *zum wirklichen Wert* zu übernehmen. Ist der Erwerber mit dem ihm angebotenen Preis nicht einverstanden, kann er verlangen, dass der Richter den wirklichen Wert bestimmt (Art. 685b Abs. 5 OR), was bedeutet, dass er Kenntnis vom wirklichen Wert erhält. Lehnt er das Übernahmeangebot nicht innert eines Monats nach Kenntnis des wirklichen Werts ab, so gilt es als angenommen (Art. 685b Abs. 6 OR).

Solange die erforderliche Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung der Aktien nicht erteilt ist, verbleiben entsprechend der sog. **Einheitstheorie** das Eigentum an den Aktien und alle damit verknüpften Rechte beim Veräusserer (Art. 685c Abs. 1 OR). Es kommt, anders als unter früherem Recht, grundsätzlich zu keiner Spaltung der Aktionärsrechte. Eine Spaltung der Aktionärsrechte gibt es nur noch ausnahmsweise: Werden Aktien durch Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung erworben, gehen das Eigentum und die Vermögensrechte an den Aktien schon vor Zustimmung der Gesellschaft über, die Mitwirkungsrechte dagegen erst mit Zustimmung der Gesellschaft (Art. 685c Abs. 2 OR).

Lehnt die Gesellschaft das Gesuch um Zustimmung nicht innert dreier Monate ab, gilt das Stillschweigen von Gesetzes wegen als Zustimmung (Art. 685c Abs. 3 OR).

1.9.5 Statutarische Vinkulierung börsenkotierter Namenaktien

Bei Gesellschaften mit börsenkotierten Namenaktien sind die Möglichkeiten der Vinkulierung gegenüber nichtkotierten Gesellschaften weiter und sehr stark eingeschränkt. Eine solche Gesellschaft kann einen Erwerber als Aktionär nur ablehnen,

- wenn die Statuten eine **prozentmässige Begrenzung** vorsehen, für die ein Erwerber als Aktionär anerkannt werden muss, und diese Begrenzung überschritten wird (Art. 685d Abs. 1 OR);

Bsp.: Beispiel einer entsprechenden Statutenbestimmung: «Der Verwaltungsrat kann einen Erwerber von Namenaktien ablehnen, sofern er infolge der Anerkennung als Vollaktionär direkt oder indirekt mehr als

3% der Gesamtzahl der im Handelsregister eingetragenen Namenaktien erwerben oder insgesamt besitzen würde.»

- wenn die Statuten Ausländer als Erwerber börsenkotierter Namenaktien ausschliessen, soweit und solange deren Anerkennung die Gesellschaft daran hindern könnte, durch Bundesgesetze geforderte Nachweise über die – schweizerische – Zusammensetzung des Aktionariats zu erbringen (sog. **Ausländerklausel**; Art. 4 der Schlussbestimmungen zum 26. Titel des OR).

Betreffend **Rechtsübergang** ist zu unterscheiden: Bei Erwerb der Aktie an der Börse gehen die Rechte mit der Übertragung der Aktie, bei ausserbörslichem Erwerb mit dem Gesuch um Anerkennung an den Erwerber über (Art. 685f Abs. 2 OR). Zur Verhinderung der Spaltung der Aktionärsrechte *gehen in jedem Fall sämtliche Rechte an den Erwerber über, beim Veräusserer bleiben keine Rechte zurück. Bis zur Anerkennung durch die Gesellschaft können indessen das Stimmrecht und die mit diesem zusammenhängende Rechte durch den Erwerber nicht ausgeübt werden*; diese Rechte ruhen in dieser Zeit (Art. 685f Abs. 3 OR).

Diese vom Gesetzgeber getroffene Regelung führt bei Publikumsgesellschaften zu einer *völligen Devinkulierung des wirtschaftlichen Substrats*: Der Erwerber kann so viele Namenaktien kaufen, wie er will, er erwirbt damit auch gegen den Willen der Gesellschaft das Eigentum und alle Vermögensrechte. Er wird Aktionär ohne Stimmrecht und muss sogar als solcher ins Aktienbuch eingetragen werden (Art. 685f Abs. 3 OR). Praktisch werden diese Aktien damit zu «Partizipationsscheinen». Gleichzeitig führt der Kauf solcher Aktien zur Schrumpfung der Stimmrechtsbasis, da ihr Stimmrecht ruht.

Merke

Das wirtschaftliche Substrat (Eigentum, Vermögensrechte an Aktien) ist bei Publikumsgesellschaften völlig devinkuliert.

Lehnt die Gesellschaft das Gesuch des Erwerbers um Anerkennung nicht innert der gefährlich kurzen Frist von 20 Tagen ab, gilt das Stillschweigen von Gesetzes wegen als Zustimmung (Art. 685g OR).

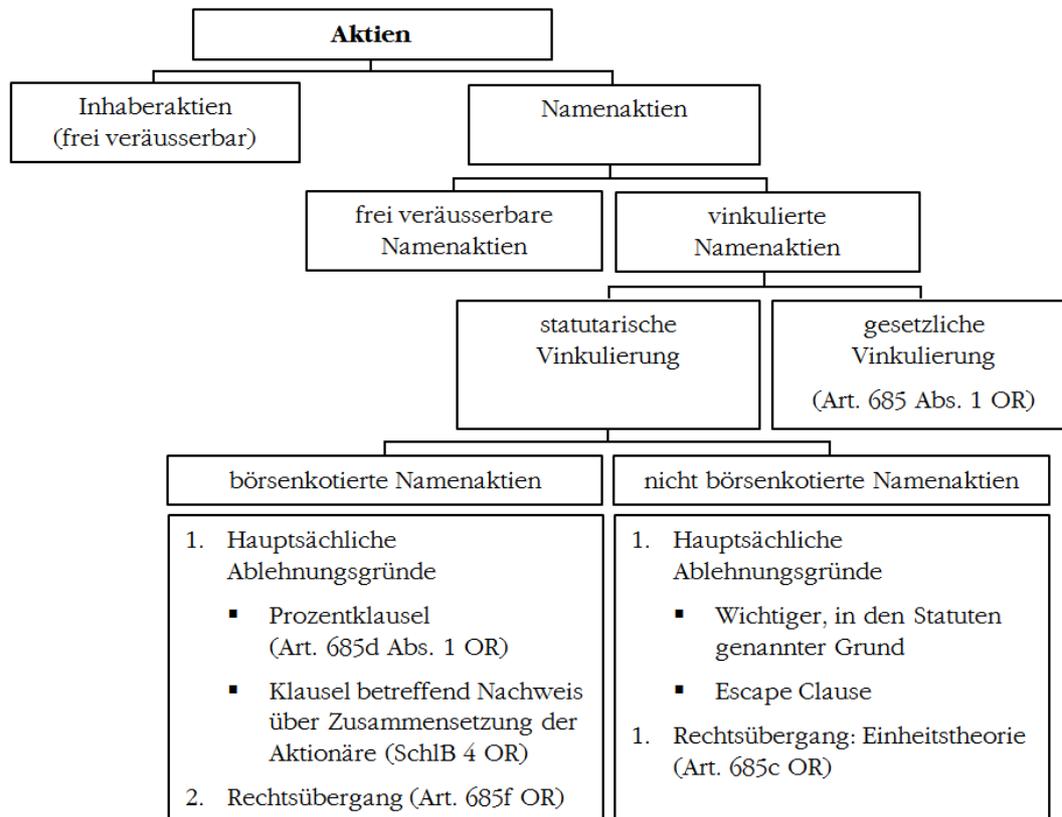


Abb. 62: Aktienverkauf

1.9.6 Aktienbuch

Die Gesellschaft führt über die Namenaktien ein Aktienbuch, in welches die Eigentümer mit Namen und Adressen eingetragen werden. Im Verhältnis zur Gesellschaft gilt als Aktionär, wer im Aktienbuch eingetragen ist (Art. 686 OR). Die Bestimmung wirkt sich lediglich im Innenverhältnis zwischen Gesellschaft und Aktionär aus. Der Eintrag hat nicht konstitutive, sondern lediglich deklaratorische Bedeutung.

1.10 Revisionsstelle

1.10.1 Neue Regeln zum Revisions- und Revisionsaufsichtsrecht seit 2008

Die Fragen der Qualifikation und der Unabhängigkeit der Revisionsstelle als Organ der Gesellschaft sind in den letzten Jahren weltweit infolge einiger spektakulärer Unternehmenszusammenbrüche in den Blickpunkt des öffentlichen Interesses gerückt. Auch der schweizerische Gesetzgeber hat sich dem Trend zu schärferen gesetzlichen Regeln in diesem Bereich nicht entzogen.

Der Gesetzgeber hat durch Anpassungen im Obligationenrecht die Vorschriften der Revisionspflicht neu nicht mehr wie bisher rechtsformspezifisch, sondern *im Wesentlichen rechtsformneutral* für alle Gesellschaften geregelt, *mit angemessenen Erleichterungen für kleine und mittlere Unternehmen*. Das **neue Revisionsrecht** wurde vom Parlament am 16. Dezember 2005 verabschiedet und vom Bundesrat per 1. Januar 2008 in Kraft gesetzt. Gleichzeitig trat ein neues Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (**Revisionsaufsichtsgesetz, RAG**) in Kraft, welches die obligationenrechtlichen Vorschriften zur Revisionsstelle ergänzt. Das Revisionsaufsichtsgesetz will durch ein *staatliches Zulassungssystem* sicherstellen, dass nur qualifizierte Fachpersonen Revisionsdienstleistungen erbringen können. Die Revisionsstellen von Publikumsgesellschaften werden zudem einer staatlichen Aufsicht unterstellt

1.10.2 Revisionspflicht: Ordentliche und eingeschränkte Revision

Das Revisionsrecht unterscheidet neu zwischen der *ordentlichen* und der *eingeschränkten* Revision. Der **ordentlichen Revision** unterstellt sind *Publikumsgesellschaften* sowie *wirtschaftlich bedeutende Nichtpublikumsgesellschaften* (Art. 727 OR). Als wirtschaftlich bedeutend gelten Gesellschaften, welche gemäss Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren zwei der drei folgenden Grössen überschreiten: Bilanzsumme CHF 10 Mio., Umsatz CHF 20 Mio. und Mitarbeiterzahl von 50 Vollzeitstellen (sog. «10-20-50-Regel»). Alle andern Gesellschaften unterliegen von Gesetzes wegen der **eingeschränkten Revision** (Art. 727a Abs. 1 OR), wobei bei diesen Gesellschaften Aktionäre, die zusammen 10% des Aktienkapitals vertreten, die Durchführung einer ordentlichen Revision verlangen können (vgl. Art. 727 Abs. 2 und 3 OR).

Kleinstgesellschaften, die über nicht mehr als zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt verfügen, können mit Zustimmung sämtlicher Aktionäre auf eine Revision verzichten (Art. 727a Abs. 2 OR).

1.10.3 Wahl und Befähigung

Die Generalversammlung wählt eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen oder Personengesellschaften als Revisionsstelle für eine *Amtsdauer von ein bis drei Geschäftsjahren*, wobei eine Wiederwahl möglich ist (Art. 730 Abs. 1 und 2 und Art. 730a Abs. 1 OR). Bei der ordentlichen Revision besteht eine *Rotationspflicht für den leitenden Revisor* (nicht aber für die Revisionsstelle!), der das Mandat längstens während sieben Jahren ausüben und anschliessend erst nach einem Unterbruch von drei Jahren wieder aufnehmen darf (Art. 730a Abs. 2 OR). Die Generalversammlung kann einen Revisor auch während der Amtsdauer jederzeit mit sofortiger Wirkung abberufen; umgekehrt kann auch die Revisionsstelle jederzeit zurücktreten, unter Angabe der Gründe an den Verwaltungsrat, welcher diese der nächsten Generalversammlung mitteilen muss (Art. 730a Abs. 3 und 4 OR).

Das Gesetz stellt in verschiedener Hinsicht **Anforderungen** an die Revisoren und deren Ausbildung sowie Fachpraxis:

- *Publikumsgesellschaften* müssen als Revisionsstelle ein **staatlich beaufsichtigtes Revisionsunternehmen** gemäss RAG wählen. Ferner müssen sie Prüfungen, die nach den gesetzlichen Vorschriften durch einen zugelassenen Revisor oder einen zugelassenen Revisionsexperten vorzunehmen sind, ebenfalls von einem staatlich beaufsichtigten Revisionsunternehmen durchführen lassen (Art. 727b Abs. 1 OR).
- Die *übrigen* zur *ordentlichen Revision* verpflichteten Gesellschaften müssen als Revisionsstelle einen gemäss RAG **zugelassenen Revisionsexperten** wählen und Prüfungen, die nach den gesetzlichen Vorschriften durch einen zugelassenen Revisor vorzunehmen sind, von einem zugelassenen Revisionsexperten durchführen lassen (Art. 727b Abs. 2 OR).
- Gesellschaften, die zu einer *eingeschränkten Revision* verpflichtet sind, müssen einen gemäss RAG **zugelassenen Revisor** wählen (Art. 727c OR).
- Im Weiteren muss wenigstens ein Mitglied der Revisionsstelle seinen Wohnsitz, seinen Sitz oder eine eingetragene Zweigniederlassung in der Schweiz haben (Art. 730 Abs. 4 OR).

Als *zugelassene Revisionsexperten* gelten gemäss Art. 4 Abs. 2 RAG eidgenössisch diplomierte Wirtschaftsprüfer, ferner Treuhand- und Steuerexperten sowie Experten in Rechnungslegung und Controlling, die mindestens fünf Jahre Fachpraxis vorweisen sowie Absolventen eines Universitäts- oder Fachhochschulstudiums in Betriebs-, Wirtschafts- oder Rechtswissenschaften an einer schweizerischen Hochschule, Fachleute im Finanz- und Rechnungswesen sowie Treuhänder mit jeweiligem eidgenössischem Fachausweis, sofern sie über mindestens zwölf Jahre Fachpraxis verfügen. Als *Revisor* wird eine natürliche Person

zugelassen, wenn sie eine Ausbildung nach Art. 4 Abs. 2 RAG abgeschlossen hat, ein Jahr Fachpraxis im Gebiet des Rechnungswesens und der Rechnungsrevision vorweisen kann und über einen unbescholtenen Leumund verfügt (Art. 5 RAG).

Für die Zulassung von *Revisionsunternehmen* als Revisionsexperte oder Revisor ist erforderlich, dass sowohl in den obersten Leitungsorganen als auch bei den tatsächlichen Erbringern der Revisionsdienstleistungen genügend Personen vorhanden sind, welche die entsprechenden Voraussetzungen als natürliche Personen erfüllen; die Einzelheiten sind in Art. 6 RAG geregelt. Revisionsunternehmen, welche Revisionsdienstleistungen für Publikumsgesellschaften erbringen, bedürfen zusätzlich einer besonderen Zulassung und stehen unter staatlicher Aufsicht (Art. 7 ff. RAG).

1.10.4 Unabhängigkeit

Die Revisionsstelle muss unabhängig sein und sich ihr Prüfungsurteil objektiv bilden. Die Unabhängigkeit darf weder *tatsächlich* noch dem *Anschein* nach beeinträchtigt sein (Art. 728 Abs. 1 und Art. 729 Abs. 1 OR).

Die Anforderungen bezüglich Unabhängigkeit sind bei der ordentlichen Revision strenger als bei der eingeschränkten Revision. Mit dem Erfordernis der Unabhängigkeit bei der *ordentlichen Revision* unvereinbar sind die in Art. 728 Abs. 2 OR aufgeführten Tatbestände, unter anderem die Mitgliedschaft im Verwaltungsrat der zu prüfenden Gesellschaft oder ein arbeitsrechtliches Verhältnis zu dieser, eine bedeutende Aktienbeteiligung, eine wesentliche Forderung oder Schuld gegenüber der Gesellschaft, das Mitwirken bei der Buchführung sowie das Erbringen anderer Dienstleistungen, durch die das Risiko entsteht, als Revisionsstelle eigene Arbeiten überprüfen zu müssen, oder die Übernahme eines Auftrags, der zur wirtschaftlichen Abhängigkeit führt. Die Bestimmungen über die Unabhängigkeit gelten für alle an der Revision beteiligten Personen sowie auch für Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans und andere Personen mit Entscheidfunktionen bei der Revisionsstelle (Art. 728 Abs. 3 OR).

Die Anforderungen an die Unabhängigkeit bei der *eingeschränkten Revision* gehen weniger weit. So ist namentlich das Mitwirken bei der Buchführung und das Erbringen anderer Dienstleistungen für die zu prüfende Gesellschaft zulässig. Sofern das Risiko der Überprüfung eigener Arbeiten entsteht, muss jedoch eine verlässliche Prüfung durch geeignete organisatorische und personelle Massnahmen sichergestellt werden (Art. 729 Abs. 2 OR).

1.10.5 Aufgaben

Gegenstand der Prüfung ist die *Ordnungsmässigkeit der Buchführung und der Rechnungslegung*. Die Jahresrechnung muss gemäss Art. 662a Abs. 1 OR so beschaffen sein, dass die Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft möglichst zuverlässig beurteilt werden kann.

Hauptaufgabe bei der **ordentlichen Revision** ist die periodische Prüfung, ob die Jahresrechnung und gegebenenfalls die Konzernrechnung den gesetzlichen Vorschriften, den Statuten und dem gewählten Regelwerk entsprechen, ob der Antrag des Verwaltungsrats an die Generalversammlung über die Verwendung des Bilanzgewinnes den gesetzlichen Vorschriften und den Statuten entspricht und ob ein internes Kontrollsystem (IKS) existiert (Art. 728a Abs. 1 OR). Die Revisionsstelle muss zudem die vom Verwaltungsrat im Anhang zur Jahresrechnung neuerdings zu machenden Angaben über die Durchführung einer Risikobeurteilung prüfen (Art. 663b Ziff. 12 OR).

Gemäss Art. 728b Abs. 1 OR ist die Revisionsstelle verpflichtet, dem Verwaltungsrat einen umfassenden Bericht mit Feststellungen über die Rechnungslegung, das interne Kontrollsystem und die Durchführung und das Ergebnis der Revision zu erstatten. An die Generalversammlung geht ein zusammenfassender

Bericht der Revisionsstelle über das Ergebnis der Prüfung, welcher in der Regel standardisiert ist und – im guten Fall – besagt, dass die Buchführung, die Jahresrechnung, gegebenenfalls die Konzernrechnung sowie der Antrag über die Verwendung des Bilanzgewinnes dem Gesetz, den Statuten und allenfalls dem gewählten Regelwerk entsprechen; der Bericht muss eine Empfehlung enthalten, ob die Jahresrechnung und die Konzernrechnung mit oder ohne Einschränkung genehmigt oder zurückgewiesen werden soll (Art. 728b Abs. 2 OR).

Falls die Revisionsstelle Verstösse gegen das Gesetz, die Statuten oder das Organisationsreglement feststellt, muss sie dies schriftlich dem Verwaltungsrat melden (Art. 728c Abs. 1 OR). Bei wesentlichen Gesetzes- oder Statutenverstössen oder bei Unterlassung der Ergreifung angemessener Massnahmen durch den Verwaltungsrat hat sie zusätzlich die Generalversammlung zu informieren (Art. 728c Abs. 2 OR). Und falls der Verwaltungsrat eine offensichtliche Überschuldung nicht gemäss Art. 725 Abs. 2 OR dem Richter anzeigt, muss an dessen Stelle die Revisionsstelle das Gericht benachrichtigen (Art. 728c Abs. 3 OR).

Bei der **eingeschränkten Revision** geht die Prüfung weniger weit, sie beschränkt sich auf Befragungen, analytische Prüfungshandlungen und angemessene Detailprüfungen (sog. Review); Ergebnis der Prüfungshandlungen ist ein *Negativtestat* (sog. «negative assurance»), wonach keine Sachverhalte vorliegen, aus denen zu schliessen ist, dass die Jahresrechnung und der Gewinnverwendungsantrag nicht dem Gesetz und den Statuten entsprechen (Art. 729a OR). Es erfolgt einzig eine Berichterstattung über die Revisionsergebnisse an die Generalversammlung, eine zusätzliche vertiefte Berichterstattung an den Verwaltungsrat ist nicht vorgesehen (Art. 729b OR). Und als einzige Anzeigepflicht besteht jene der Benachrichtigung des Gerichts bei offensichtlicher Überschuldung und Untätigkeit des Verwaltungsrats (Art. 729c OR).

1.11 Auflösung, Liquidation, Umstrukturierung

1.11.1 Auflösung

Die Gesellschaft wird gemäss Art. 736 OR in folgenden Fällen aufgelöst:

- nach Massgabe der **Statuten** (z.B. Begrenzung der Dauer);
- durch einen **Beschluss der Generalversammlung**, über den eine öffentliche Urkunde zu errichten ist; dieser Beschluss ist nach neuester Rechtsprechung des Bundesgericht widerrufenlich (BGE 123 III 473);
- durch Eröffnung **des Konkurses**;
- durch **Urteil des Richters**, wenn Aktionäre, die zusammen mindestens 10% des Aktienkapitals vertreten, aus wichtigen Gründen die Auflösung verlangen, wobei es dem Richter freisteht, statt der beantragten Auflösung eine andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung (z.B. den Abschluss eines Gesellschafters gegen Abfindung) zu beschliessen (vgl. Kap. F.1.8.2.4);
- in den übrigen vom **Gesetz** vorgesehenen Fällen, z.B. bei widerrechtlichem Zweck, Gründungsmängeln oder Fehlen der vorgeschriebenen Organe.

1.11.2 Liquidation

Mit der Auflösung tritt die Gesellschaft in der Regel ins Liquidationsstadium, nur ausnahmsweise wird eine Gesellschaft ohne Liquidation beendet, nämlich in den Fällen der Fusion, der Aufspaltung und der Übertragung ihres Vermögens auf eine Körperschaft des öffentlichen Rechts (Art. 738 OR; zu den Ausnahmen vgl. unten Kap. F.1.11.3).

Während des Liquidationsverfahrens behält die Gesellschaft die juristische Persönlichkeit, die Firma enthält den Zusatz «in Liquidation» (Art. 739 OR). Die Liquidation wird durch den Verwaltungsrat durchgeführt, sofern sie nicht gemäss Statuten oder durch Beschluss der Generalversammlung anderen Personen übertragen wird (Art. 740 Abs. 1 OR). Die Liquidatoren erstellen bei Übernahme ihres Amtes eine Bilanz und erlassen einen *öffentlichen Schuldeneruf* (Art. 742 OR). Sie *beenden die laufenden Geschäfte*, ziehen allenfalls noch nicht liberierte Aktienbeträge ein, verwerten die Aktiven und tilgen die Schulden (Art. 743 f. OR). Das nach Tilgung der Schulden verbleibende Vermögen wird als Liquidationsergebnis unter den Aktionären verteilt (Art. 745 OR). Nach Beendigung der Liquidation wird die Firma im Handelsregister gelöscht (Art. 746 OR).

1.11.3 Umstrukturierung

1.11.3.1 Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG)

Am 1. Juli 2004 ist das Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung in Kraft getreten, offiziell – aber missverständlich – abgekürzt das **Fusionsgesetz (FusG)**. Dieses Gesetz enthält eine umfassende Regelung der zulässigen Umstrukturierungen für alle Gesellschaftsformen (nicht nur für die AG). Für allgemeine Ausführungen wird auf Kap. E.2.6 verwiesen. Die folgenden Ausführungen zur Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung konzentrieren sich auf die Regelung für Aktiengesellschaften.

1.11.3.2 Fusion

Unter Fusion wird die vertraglich vereinbarte Vereinigung von zwei (oder mehreren) juristischen Personen verstanden, bei der die *Aktiven und Passiven der beiden Gesellschaften zu einer rechtlichen Einheit verschmelzen*. Da die fusionierte Gesellschaft die geschäftliche Tätigkeit der beiden bisherigen Gesellschaften weiterführt, erübrigt sich die Durchführung eines Liquidationsverfahrens.

Eine **Absorptionsfusion** (Art. 3 Abs. 1 lit. a FusG) liegt vor, wenn eine schon bestehende Gesellschaft eine andere Gesellschaft übernimmt. Die gesamten Aktiven und Passiven der übernommenen Gesellschaft gehen ohne Liquidation kraft *Universalsukzession* (d.h. Übergang sämtlicher Rechte und Pflichten als Einheit in einem einzigen Vorgang und ohne Beachtung der für die Übertragung einzelner Vermögenswerte notwendigen Formvorschriften, was sehr effizient ist) auf die übernehmende Gesellschaft über, die Mitglieder der übernommenen Gesellschaft werden ohne weiteres Mitglieder der übernehmenden Gesellschaft. Eine **Kombinationsfusion** (Art. 3 Abs. 1 lit. b FusG) liegt vor, wenn sich zwei oder mehrere bestehende Gesellschaften in einer neu gegründeten Gesellschaft vereinigen. Die gesamten Aktiven und Passiven gehen ohne Liquidation kraft *Universalsukzession* in das Vermögen der neu zu gründenden Gesellschaft über, die Mitglieder der fusionierenden Gesellschaften werden Mitglieder der neu zu gründenden Gesellschaft. Sowohl die Absorptions- als auch die Kombinationsfusion zeichnet sich damit durch folgende drei Charakteristika aus: *Universalsukzession* (Gesamtrechtsnachfolge), *mitgliedschaftliche Kontinuität* sowie *Auflösung ohne Liquidation*.

Das Fusionsgesetz regelt detailliert die Erfordernisse und den **Ablauf der Fusion**: Abschluss und Inhalt des Fusionsvertrags, Fusionsbericht des Verwaltungsrats, Prüfung von Fusionsvertrag und Fusionsbericht durch einen zugelassenen Revisionsexperten, Einsichtsrecht der Aktionäre in diese Dokumente, Fusionsbeschluss der Generalversammlung, Eintragung der Fusion im Handelsregister (Art. 12 bis 21 FusG). Die Fusion wird gemäss Art. 22 FusG mit der Eintragung im Handelsregister rechtswirksam. *Arbeitnehmer* sind vor der Fusion zu konsultieren (Art. 28 FusG), und jeder Arbeitnehmer kann nach der Fusion den Übergang seines Arbeitsverhältnisses ablehnen (Art. 27 FusG i.V.m. Art. 333 OR). Für *kleine und mittlere Unter-*

nehmen (Unternehmen, die zwei der folgenden drei Grössen nicht überschreiten: Bilanzsumme CHF 20 Mio., Umsatz CHF 40 Mio., 200 Vollzeitstellen; Art. 2 lit. e FusG) enthält das Gesetz Erleichterungen, indem bei Zustimmung aller Aktionäre auf den Fusionsbericht, die Prüfung von Fusionsvertrag und Fusionsbericht sowie das Einsichtsrecht der Aktionäre verzichtet werden kann (Art. 14 bis 16, jeweils Abs. 2 FusG). Und auch für Fusionen bei *Konzernverhältnissen* sieht das Gesetz Erleichterungen vor, abgestuft nach dem Grad der Konzernierung (100%-Beteiligung oder 90%-Beteiligung; vgl. Art. 23 und Art. 24 FusG).

Der **Rechtsschutz** ist im Fusionsgesetz stark ausgebaut: Gläubiger haben Anspruch auf *Sicherstellung* ihrer Forderungen, sofern der Gesellschaft nicht der Nachweis gelingt, dass die Forderungen der Gläubiger durch die Fusion nicht gefährdet sind (Art. 25 FusG). Aktionäre können die *Anteils- und Mitgliedschaftsrechte*, insbesondere die Festlegung des Aktien-Austauschverhältnisses und damit die Bewertung der fusionierten Gesellschaften gerichtlich überprüfen und eine *angemessene Ausgleichszahlung* festlegen lassen (Art. 105 FusG). Sie können ferner *gesetzwidrige Fusionen anfechten* (Art. 106 und Art. 107 FusG). Und es steht ihnen und den Gläubigern bei Schadenszufügung eine *Verantwortlichkeitsklage* offen, wenn die mit der Fusion befassten Personen pflichtwidrig gehandelt haben (Art. 108 FusG).

Im bisherigen Recht war die Fusion nur rudimentär geregelt. Es enthielt wohl Vorschriften zum Schutz der Gläubiger, dagegen kaum solche zum Verfahren und zum Schutz der (Minderheits-)Aktionäre. Ausserdem waren bis vor wenigen Jahren die rechtsformübergreifende und die internationale Fusion ausgeschlossen; die Praxis liess diese in den letzten Jahren aber in sehr liberaler Haltung trotz fehlender gesetzlicher Regelung zu.

Eine Fusion wird in der Praxis in aller Regel in Form der Absorptionsfusion durchgeführt, die Kombinationsfusion war bisher selten; dies wird sich vermutlich auch unter dem neuen Fusionsgesetz nicht ändern.

Eine in der Praxis sehr häufig vorkommende alternative Form des Zusammenschlusses von Unternehmen ist die sog. **Quasi-Fusion (Aktientausch, Shares for Shares)**, die trotz der Bezeichnung als «Fusion» mit der gesetzlich geregelten Absorptions- oder Kombinationsfusion nichts gemein hat. Bei der Quasi-Fusion *erwirbt die übernehmende Gesellschaft von den Aktionären die Aktien der übernommenen Gesellschaft und entschädigt die Aktionäre nicht in Form von Geld, sondern durch Ausgabe eigener Aktien*. Die Quasi-Fusion ist keine Fusion im rechtlichen Sinne, bleiben doch beide Gesellschaften bestehen; die Quasi-Fusion führt zu einer Konzernbildung.

Bsp.: Ein Beispiel einer Quasi-Fusion war die Übernahme der Winterthur Versicherungen durch die Credit Suisse Group.

1.11.3.3 Spaltung

Eine Gesellschaft kann sich spalten, indem sie ihr ganzes Vermögen aufteilt und auf andere Gesellschaften überträgt; ihre Aktionäre erhalten Aktien der übernehmenden Gesellschaften, die übertragende Gesellschaft wird aufgelöst und im Handelsregister gelöscht (sog. **Aufspaltung**; Art. 29 lit. a FusG). Oder sie kann sich spalten, indem sie nur Teile ihres Vermögens auf eine andere Gesellschaft überträgt, wobei ihre Aktionäre Aktien der übernehmenden Gesellschaft erhalten (sog. **Abspaltung**; Art. 29 lit. b FusG). Je nachdem, ob die übertragenen Vermögensteile an schon bestehende oder an neu zu gründende Gesellschaften übergehen, spricht man von einer **Spaltung zur Übernahme** oder einer **Spaltung zur Neugründung**. Das Fusionsgesetz gewährt eine hohe Flexibilität, indem es nicht nur die **symmetrische Spaltung** zulässt, bei welcher alle Aktionäre an allen an der Spaltung beteiligten Gesellschaften proportional zu ihrer bisherigen Beteiligung Aktien zugewiesen erhalten, sondern auch die **asymmetrische Spaltung**, bei welchen die Aktienzuweisungen nicht bei allen Gesellschaften nach der gleichen Proportionalität erfolgen (Art. 31 Abs. 2 FusG).

Verfahrensmässig läuft die Spaltung weitgehend gleich ab wie die Fusion: Spaltungsvertrag resp. Spaltungsplan, Spaltungsbericht, Prüfung durch einen zugelassenen Revisionsexperten, Einsichtsrecht der Aktionäre, Spaltungsbeschluss der Generalversammlung, Eintragung im Handelsregister mit Rechtswirksamkeit der Spaltung (Art. 36 bis 52 FusG). *Arbeitnehmer* sind vor der Spaltung zu konsultieren (Art. 50 FusG), und jeder Arbeitnehmer kann nach der Spaltung den Übergang seines Arbeitsverhältnisses ablehnen (Art. 49 FusG i.V.m. Art. 333 OR).

Da bei der Spaltung das Vermögen aufgeteilt wird, ist der Vorgang der Spaltung unter Gesichtspunkten des Gläubiger- und Aktionärsschutzes in der Regel heikler als die Fusion. Um dem Rechnung zu tragen, hat der Gesetzgeber weit gehende Regeln insbesondere zum Schutz der Gläubiger und Arbeitnehmer vorgesehen. Art. 47 FusG sieht eine *zeitlich unlimitierte – es gelten einzig die allgemeinen Verjährungsregeln – gegenseitige Haftung aller an der Spaltung beteiligten Gesellschaften* vor. Und Art. 46 FusG implementiert i.V.m. Art. 43 FusG ein *Sicherstellungsverfahren für die Forderungen der Gläubiger*, welches – anders als bei der Fusion und der Vermögensübertragung – vor der Rechtswirksamkeit der Spaltung durchgeführt werden muss und damit die Spaltung nicht zuletzt in ihrem zeitlichen Ablauf unberechenbar und damit unattraktiv macht. Es zeichnet sich ab, dass der Gesetzgeber mit diesem äusserst weit gehenden Schutz der Gläubigerinteressen über das Ziel hinaus geschossen hat mit dem Effekt, dass in der Praxis anstelle dieser gesetzlich geregelten Spaltungsform weiterhin andere Wege der Unternehmensaufteilung gegangen werden. So ist insbesondere zu beobachten, dass Spaltungen häufig auf dem (bisherigen) Weg in zwei Schritten – erster Schritt Vermögensübertragung an Tochtergesellschaft, zweiter Schritt Übertragung der Aktien der Tochtergesellschaft an die Aktionäre der Muttergesellschaft auf dem Weg der Sachdividendenausschüttung oder der Kapitalherabsetzung – durchgeführt werden.

Vor dem Inkrafttreten des Fusionsgesetzes war die Spaltung nicht gesetzlich geregelt. Sie erfolgte in Form der Übertragung eines Geschäftes nach den Vorschriften des Art. 181 aOR (*Singularsukzession der Aktiven, Universalsukzession der Passiven*) und war damit schwerfällig und intransparent.

1.11.3.4 Vermögensübertragung

Die Vermögensübertragung ist ein *grundsätzlich geschmeidiges Rechtsinstitut*, welches für eine Vielzahl von Umstrukturierungskonstellationen passt: Für die Gründung einer Tochtergesellschaft durch Übertragung von Teilen ihres Vermögens (sog. **Ausgliederung**), für die Veräusserung eines Unternehmensteils, für die Vereinfachung der Liquidation eines Unternehmens, anstelle von Fusionen und Spaltungen von Gesellschaftsformen, bei welchen das Fusionsgesetz die Fusion oder Spaltung nicht zulässt (z.B. Spaltung von Personengesellschaften oder Vereinen) etc. Bei der Vermögensübertragung handelt es sich um eine Weiterentwicklung der in Art. 181 OR – unvollständig – geregelten Geschäftsübernahme; mit dem Fusionsgesetz wurde folgerichtig auch Art. 181 OR teilweise neu gefasst.

Der entscheidende Fortschritt gegenüber dem früheren Recht liegt darin, dass neu nicht nur Passiven von Gesetzes wegen pauschal und ohne Zustimmung der Gläubiger übertragen werden können (Art. 181 aOR), sondern neu auch bei den Aktiven nicht mehr der schwerfällige Weg der Einzelübertragung jedes Aktivums gegangen werden muss, sondern eine Gesamtheit von Aktiven qua Universalsukzession übertragen werden kann. Zentral ist damit das Inventar mit eindeutiger Bezeichnung aller Aktiven und Passiven, die von der Übertragung erfasst werden (Art. 71 Abs. 1 lit. b FusG): Das Inventar grenzt das übertragene vom zurückbleibenden Vermögen ab, und man spricht deshalb statt von Universalsukzession der Aktiven besser von **Vermögensübertragung nach Inventar**.

Für die Vermögensübertragung bedarf es eines Übertragungsvertrags, dessen Inhalt im Gesetz geregelt ist (Art. 70 und Art. 71 FusG). Mit der Eintragung im Handelsregister wird die Vermögensübertragung rechtswirksam, alle Aktiven und Passiven gemäss Inventar gehen auf den übernehmenden Rechtsträger über (Art. 73 FusG). Der Schutz der Aktionäre liegt in deren *nachträglicher Information* über den Vorgang *im*

Anhang der nächsten Jahresrechnung (Art. 74 FusG), *Arbeitnehmer* sind dagegen vor der Übertragung zu *konsultieren* (Art 77 FusG). Zum Schutz der Gläubiger sieht das Gesetz in Art. 75 Abs. 1 und 2 FusG eine *dreijährige solidarische Haftung des bisherigen Schuldners (der übertragenden Gesellschaft) mit dem neuen Schuldner (der übernehmenden Gesellschaft)* vor, wobei diese Dreijahresfrist mit Veröffentlichung der Vermögensübertragung resp. mit allfälliger späterer Fälligkeit der Forderung zu laufen beginnt. Ferner besteht unter Umständen eine Pflicht der an der Vermögensübertragung beteiligten Rechtsträger, die *Forderungen der Gläubiger sicherzustellen* (Art. 75 Abs. 3 und 4 FusG).

Die neu geregelte Vermögensübertragung ist leider mit einem gravierenden Geburtsmangel versehen: Nachdem das Parlament einen Antrag verworfen hat, welcher explizit regeln wollte, dass nicht nur Arbeitsverträge (und Mietverträge), sondern alle Vertragsverhältnisse automatisch und ohne Zustimmung der Vertragsgegenseite übertragen werden können, muss möglicherweise von einer diesbezüglich verbindlichen Meinungsäusserung des Gesetzgebers ausgegangen werden (sog. *qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers*). Gehen allerdings Verträge nicht automatisch über, macht dies das neue Rechtsinstitut in der Praxis in vielen Fällen schwerfällig, womit das mit dem Institut anvisierte Ziel torpediert wird. Solange zu dieser wichtigen Frage kein rechtskräftiges Urteil des Bundesgerichts vorliegt (was viele Jahre dauern kann), ist eine grosse *Rechtsunsicherheit* gegeben, was bei einem neu geschaffenen Rechtsinstitut ausserordentlich bedauerlich ist.

1.11.3.5 Umwandlung

Eine AG kann ohne Liquidation in eine GmbH, eine Kommandit-AG oder eine Genossenschaft umgewandelt werden (Art. 54 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 2 lit. c und Art. 54 Abs. 1 lit. b FusG). Auch der umgekehrte Vorgang ist möglich (Art. 54 Abs. 1 lit. a und Abs. 4 lit. a FusG). Die Umwandlung ist im Fusionsgesetz als so genannte **rechtsformändernde Umwandlung** konzipiert: Die bisherige Gesellschaft wird nicht wie bei der übertragenden Umwandlung aufgelöst und ihr Vermögen auf eine neue Gesellschaft übertragen, sondern sie bleibt bestehen und ändert lediglich ihre Rechtsform (sog. *Rechtskleidwechsel*).

Verfahrensmässig läuft die Umwandlung ähnlich ab wie die Fusion oder die Spaltung: Umwandlungsplan, Umwandlungsbericht, Prüfung von Umwandlungsplan und -bericht durch einen zugelassenen Revisionsexperten, Einsichtsrecht der Aktionäre, Umwandlungsbeschluss der Generalversammlung, Eintragung im Handelsregister mit der Folge der Rechtswirksamkeit der Umwandlung (Art. 59 bis 67 FusG).

Das Fusionsgesetz regelt auch die Rechtsformumwandlung von *Instituten des öffentlichen Rechts* in Gesellschaften des Privatrechts sowie die Fusion und Vermögensübertragung unter Beteiligung von Instituten des öffentlichen Rechts (Art. 99 bis 101 FusG). Vorausgesetzt ist dabei stets, dass das Institut des öffentlichen Rechts (z.B. Kantonbank, Kantonsspital, kommunales Elektrizitätswerk) vorgängig im Handelsregister eingetragen ist (Art. 2 lit. d FusG).

1.12 Konzern

1.12.1 Übersicht

Die **Legaldefinition** des Konzern findet sich in Art. 663e Abs. 1 OR: Ein Konzern liegt danach vor, wenn eine Gesellschaft durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise *eine oder mehrere andere Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammenfasst*. Im Konzern werden somit mehrere rechtlich selbständige, aber wirtschaftlich unter einer **einheitlichen Leitung** stehende und nach einem gemeinsamen Plan arbeitende Unternehmen zu einem Gesamtunternehmen zusammengefasst.

Bsp.: Beispiel für ein Konzern: Die K-AG hält 100% der Aktien der X-AG, 80% der Y-AG und 70% der Z-AG. Sie bestimmt die mit der Geschäftsleitung betrauten Organe der von ihr beherrschten Gesellschaften.

In der Schweiz **fehlt ein systematisch kodifiziertes Konzernrecht**. Das Recht geht noch weitgehend von der Fiktion selbständiger und unabhängiger Gesellschaften auch im Konzern aus. In diesem Widerspruch zwischen rechtlicher und wirtschaftlicher Struktur liegt der Kern der Probleme begründet, die sich bei der rechtlichen Behandlung des Konzerns ergeben.

Merke

Die Schweiz verfügt über kein Konzernrecht, sondern bloss über punktuelle Regelungen von Einzelfragen.

Im Aktienrecht finden sich seit der Revision im Jahre 1992 immerhin erste vereinzelte Regelungen zum Konzern, nämlich:

- Pflicht zum Erstellen einer konsolidierten Jahresrechnung, der **Konzernrechnung** (Art. 663e ff. OR). Die einzelnen Jahresabschlüsse der Konzerngesellschaften, insbesondere der Konzernobergesellschaft, geben kein zuverlässiges Bild über ihre wirtschaftliche Lage, weil die konzerninternen Beziehungen und Verflechtungen nicht eliminiert und korrigiert werden. Die Konzernrechnung ist ein Zusammenzug der Jahresrechnungen, in dem solche konzerninterne Beziehungen ausgeblendet werden;
- Pflicht zur **Offenlegung von Beteiligungsverhältnissen** bei Publikumsgesellschaften (Art. 663c OR) sowie generell, bei allen Gesellschaften, von Beteiligungen, die für die Beurteilung der Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft wesentlich sind (Art. 663b Ziff. 7 OR);
- Regeln zur Unabhängigkeit der Revisionsstelle im Konzern (Art. 728 Abs. 6 OR);
- Einschränkungen über den **Erwerb eigener Aktien** (die Einschränkungen gelten auch für den Erwerb der Aktien durch Tochtergesellschaften; Art. 659b OR).

Das Aktienrecht anerkennt damit den Konzern als Realität. Gleichzeitig enthält es aber zwei Bestimmungen, die angesichts des Grundsatzes der einheitlichen Leitung im Konzern – welche den Konzern gemäss Legaldefinition gerade ausmacht – kaum eingehalten werden können: Zum einen die Sorgfalts- und Treuepflicht des einzelnen Verwaltungsrats, die ihn verpflichtet, die *Interessen der (Einzel-)Gesellschaft zu wahren* (Art. 717 OR), zum andern die *Liste der unübertragbaren und (auch für die Konzernmuttergesellschaft) unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats* (Art. 716a OR).

Merke

Die Konzernwirklichkeit und die Vorschriften der Art. 717 und Art. 716a OR stehen in (bis heute) ungelöstem Widerspruch zueinander.

1.12.2 Zentrale rechtliche Problembereiche im Konzern

Die zentralen Problembereiche im Konzern liegen angesichts der inkonsistenten gesetzlichen Regelung in folgenden Fragen:

- Interessenverfolgung im Konzern
- Gewinnverlagerungen zwischen Konzerngesellschaften
- Haftung der Konzern-Muttergesellschaft gegenüber Minderheitsaktionären und Gläubigern einer Tochtergesellschaft

1.12.2.1 Interessenverfolgung im Konzern

Im Konzern verfolgt zunächst jede einzelne Gesellschaft ihre Interessen. Darüber hinaus besteht aber auch ein über diesen einzelnen Interessen stehendes **Konzerninteresse**, das sich aus dem Gesamtinteresse aller Gesellschaften zusammensetzt. Die Oberleitung des Konzerns neigt – ökonomisch zu Recht – zur einseitigen Durchsetzung des Konzerninteresses, *welches nicht mit dem Interesse einer einzelnen Konzerngesellschaft übereinstimmen muss*. Solche Interessenkollisionen sind dann besonders gravierend, wenn eine Konzerngesellschaft nicht zu 100% beherrscht wird, sondern daran *Minderheitsaktionäre* beteiligt sind. In diesem Fall wirkt sich jeder Entscheid zum Nachteil der betreffenden Gesellschaft gleichzeitig zum Nachteil dieser Minderheitsaktionäre aus. Ist eine Konzerntochter dagegen zu 100% beherrscht, sind durch solche Schädigungen keine Aktionäre betroffen, sondern einzig die Gläubiger und auch diese nur dann, wenn eine Gesellschaft zahlungsunfähig wird. Das *Bundesgericht* hat in neuester Rechtsprechung (BGE 130 III 213 ff.) mit aller Deutlichkeit festgehalten, dass das *Gesellschaftsinteresse gegenüber dem Konzerninteresse den uneingeschränkten Vorrang* hat: Die Organe einer Gesellschaft haben allein deren Interessen und nicht diejenigen anderer Konzerngesellschaften bzw. des Konzerns zu wahren.

Merke

Die Interessen der Minderheitsaktionäre im Konzern werden am besten geschützt, wenn sie zu fairen Bedingungen ausgekauft werden.

1.12.2.2 Gewinnverlagerungen zwischen Konzerngesellschaften

Im Konzern werden häufig verdeckte **Gewinnverlagerungen** (z.B. durch höhere oder tiefere Ansetzung von Management Fees) zwischen den verbundenen Gesellschaften vorgenommen. Das Motiv hierfür kann unterschiedlicher Natur sein, es kann zulässig oder unzulässig sein. Steuerrechtlich problematisch sind solche Gewinnverlagerungen, da *in der Schweiz keine Konzernbesteuerung* stattfindet, sondern eine Einzelbesteuerung jeder Gesellschaft. Aktienrechtlich problematisch sind solche Gewinnverlagerungen insbesondere dann, wenn an einer Konzerngesellschaft neben der Muttergesellschaft auch *konzernfremde Minderheitsaktionäre* beteiligt sind und eine Gewinnverlagerung von der Tochter- zur Muttergesellschaft erfolgt. Art. 678 Abs. 2 OR statuiert eine Regel betreffend verdeckte Gewinnausschüttungen, die Gewinnverlagerungen von der Tochtergesellschaft an die Muttergesellschaft umfassen kann: Aktionäre sind zur Rückerstattung von Leistungen der Gesellschaft verpflichtet, soweit diese in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen.

1.12.2.3 Haftung der Konzern-Muttergesellschaft gegenüber Minderheitsaktionären und Gläubigern einer Tochtergesellschaft

Es stellt sich die Frage, ob und gestützt auf welche Grundlage die Muttergesellschaft für Handlungen der von ihr in Tochtergesellschaften delegierten Verwaltungsräte gegenüber Minderheitsaktionären und Gläubigern der Tochtergesellschaften haftet:

Zunächst kann sich eine Haftung der Muttergesellschaft nach überwiegender Lehre gestützt auf die *aktienrechtliche Verantwortlichkeit* (Art. 754 OR; vgl. Kap. F.1.7) ergeben. Die Muttergesellschaft, die einen Verwaltungsrat zwecks Durchsetzung ihrer Interessen delegiert, ihm Instruktionen erteilt und sich damit in Verwaltung und Geschäftsführung der Tochtergesellschaft einmischet, wird als **faktisches Organ der Tochtergesellschaft** betrachtet und unter den Voraussetzungen von Art. 754 OR haftbar.

Eine Haftung der Obergesellschaft kann sich auch aus dem sog. **Durchgriff** ergeben. Der Durchgriff auf die Obergesellschaft ist dann gerechtfertigt, wenn sich die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit als rechtsmissbräuchlich erweist (vgl. Kap. E.2.3.2).

In einer neueren Entscheidung (BGE 120 II 331; vgl. aber auch BGE 124 III 297) hat das Bundesgericht eine Haftung der Obergesellschaft auf die allgemeine Rechtsfigur der **Vertrauenshaftung** abgestützt und die Obergesellschaft gestützt auf das von ihr erweckte Vertrauen in das Konzernverhalten der Muttergesellschaft haftbar gemacht.

1.12.3 Holdinggesellschaft, Zweigniederlassung

Vom Konzern abzugrenzen sind Holdinggesellschaft und Zweigniederlassung:

Die **Holdinggesellschaft** ist dadurch charakterisiert, dass ihr (Haupt-)Zweck das (blosse) *Halten von Beteiligungen an anderen Unternehmen* ist (vgl. Art. 671 Abs. 4 OR). Im Konzern erfolgt die Beteiligung an anderen Gesellschaften dagegen mit dem Zweck, diese Gesellschaften unter einer einheitlichen Leitung zusammenzufassen (vgl. Art. 663 e Abs. 1 OR). In der Praxis findet eine Verknüpfung zwischen Konzern und Holdinggesellschaft statt, indem Holdinggesellschaften als Instrument der Konzernbildung benutzt werden.

Bsp.: Die operativ tätige K-AG überträgt ihre beiden 100%-Beteiligungen an der X-AG und der Y-AG der von ihr gegründeten Holding-AG. Sie kann die Konzernleitung bei sich selbst belassen oder der Holding-AG übertragen.

Das Aktienrecht enthält eine Bestimmung über Holdinggesellschaften, welche Erleichterungen hinsichtlich der Bildung von Reserven vorsieht (Art. 671 Abs. 4 OR). In der Praxis bedeutsam ist die steuerrechtliche Privilegierung der Holdinggesellschaften.

Den Begriff der **Zweigniederlassung** erwähnt das Gesetz in verschiedenen Bestimmungen, ohne ihn zu definieren. Gemäss Lehre und Rechtsprechung ist darunter ein kaufmännischer Betrieb zu verstehen, der *zwar rechtlich Teil einer einzigen Gesellschaft* ist, von der er abhängt, der aber in eigenen Räumlichkeiten dauernd eine gleichartige Tätigkeit wie jene ausübt und dabei über eine *gewisse wirtschaftliche und geschäftliche Unabhängigkeit* verfügt (BGE 117 II 87).

Bsp.: Beispiel für eine Zweigniederlassung: Die X-AG mit Sitz in Zürich bezweckt die Projektierung und Ausführung von Bauten. Sie eröffnet in Bern ein Büro, das gegenüber Kunden in Bern mit der Projektierung und Ausführung von Bauten zusammenhängende Dienstleistungen erbringt. Es wird ein Leiter bestellt, der einzelzeichnungsbefugt ist, und zwei Angestellte beschäftigt. Das Büro in Bern tritt unter eigenem Briefkopf mit der Firma «X-AG, Planungsbüro Bern» auf und besorgt der Zahlungsverkehr über ein eigenes Konto.

Merke

Zweigniederlassung und Tochtergesellschaft müssen strikte unterschieden werden. Zweig- und Hauptniederlassung sind Teil der gleichen Gesellschaft.

Nebst den juristischen Personen des Obligationenrechts, bei denen das Gesetz die Zweigniederlassung ausdrücklich vorsieht (Art. 641 OR für die AG, Art. 778a OR für die GmbH, Art. 836 OR für die Genossenschaft), können auch die kaufmännische (nicht aber die nichtkaufmännische) Kollektiv- und Kommanditgesellschaft Zweigniederlassungen bilden. Zweigniederlassungen müssen an ihrem Sitz in das Handelsregister eingetragen werden (Art. 935 OR), wobei dieser Eintrag nur deklaratorisch ist. Zweigniederlassungen müssen die gleiche Firma wie die Hauptniederlassung führen, sie dürfen dieser aber einen Zusatz beifügen (Art. 952 OR). Materiell bedeutsam ist, dass am Ort der Zweigniederlassung ein besonderer Gerichtsstand für Klagen im Zusammenhang mit dem Geschäftsbetrieb begründet wird (Art. 5 Gerichtsstandsgesetz). Ein besonderer Betreuungsort wird aber am Sitz der Zweigniederlassung nicht begründet, dieser liegt ausschliesslich am Ort des Hauptsitzes. Hinzuweisen ist weiter auf die in Art. 460

(vgl. Kap. E.3.6.2) und Art. 718a Abs. 2 OR (vgl. Kap. F.1.6.3.2) vorgesehene Möglichkeit, die Vollmacht zur Vertretung einer Gesellschaft auf den Geschäftskreis der Zweigniederlassung zu beschränken.

1.13 Aktionärbindungsvertrag

1.13.1 Wesen und Bedeutung

Ein Aktionärbindungsvertrag ist ein **Vertrag unter (mehreren oder allen) Aktionären**, in dem diese Aktionäre Vereinbarungen über die Aktiengesellschaft betreffende Angelegenheiten treffen.

Typische Inhalte von Aktionärbindungsverträgen sind Vereinbarungen über die Ausübung von Aktionärsrechten, insbesondere **Stimmrechten**, Regelungen betreffend **Zusammensetzung des Verwaltungsrates**, die Vereinbarung von **Vorkaufs- bzw. Kaufrechten an Aktien** sowie die Auferlegung von **Konkurrenzverboten** und **Treuepflichten**.

Aktionärbindungsverträge enthalten somit verschiedene Rechte und Pflichten, die nicht statutarisch eingeführt werden können (vgl. Kap. F.1.8.1). Aktionärbindungsverträge sind dort unerlässlich, wo die Geltung solcher (personalistischer) Elemente gewünscht ist.

Merke

Bei personalistischen Aktiengesellschaften ist der Aktionärbindungsvertrag das zweite, unerlässliche Element der Verfassung dieser AG.

Beispiele aus Bestimmungen eines Aktionärbindungsvertrages:

«Jede Partei hat Anspruch auf einen Sitz im Verwaltungsrat, solange ihr mindestens 10% des Aktienkapitals gehört.»

«Wer seine Aktien verkaufen will, hat diese Aktien vorerst den andern Parteien im Verhältnis ihrer Aktienanteile zum Kauf anzubieten.»

«Die Parteien verpflichten sich, im gleichen Verhältnis die AG mit den für eine gute Geschäftsführung der AG erforderlichen finanziellen Mitteln auszustatten.»

1.13.2 Zulässigkeit und Wirkung

Die Zulässigkeit von Aktionärbindungsverträgen ist unbestritten. Es gilt auch hier das Prinzip der Vertragsfreiheit.

Aktionärbindungsverträge haben aber *nur Wirkung unter den Vertragspartnern*. Verpflichtet werden nur die Vertragsparteien, d.h. die Aktionäre, die Rechte und Pflichten wirken nicht gegenüber der Gesellschaft. Die Gesellschaft ihrerseits kann nicht Vertragspartei sein.

Aus dieser Rechtslage folgt, dass die Stimmabgabe eines Aktionärs an der Generalversammlung, die sich in Widerspruch zum im Aktionärbindungsvertrag vereinbarten Stimmverhalten setzt, gültig ist und nicht angefochten werden kann; der Aktionär wird allerdings den übrigen Aktionären aus Vertragsverletzung haftbar. Zur Sicherung der Verpflichtungen aus Aktionärbindungsverträgen wird oft eine bei Vertragsverletzung geschuldete, zum Zweck der Abschreckung möglichst hohe Konventionalstrafe vereinbart.

1.14 Börsen-Gesellschaftsrecht

1.14.1 Regelungsinhalt des Börsengesetzes

Das Börsengesetz (BEHG), welches seit 1997/1998 in Kraft ist, verfolgt im Wesentlichen folgende Zwecke:

- **Anlegerschutz** (insbesondere durch Transparenz)
- **Funktionsschutz** (Vertrauen der Anleger in die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte)

Das Börsengesetz will – durch Vorschriften über die Börsen und Effekthändler – das Funktionieren der Finanzmärkte gewährleisten. Daneben enthält es auch *Bestimmungen, die für börsenkotierte Gesellschaften direkt gelten*. Diese Bestimmungen greifen in die Regelungen des Aktienrechts ein und sind als die obligationenrechtliche Regelung ergänzendes Gesellschaftsrecht bei Publikumsgesellschaften zu betrachten. Die wichtigsten Regelungspunkte sind:

- Rechnungslegungsvorschriften und Vorschriften zur Ad hoc-Publizität
- Vorschriften betreffend Offenlegung von Beteiligungen (Meldepflicht)
- Regelung öffentlicher Kaufangebote (mit Austrittsrecht der bisherigen Gesellschafter)
- Eingriffe in die Kompetenzen des Verwaltungsrates im Rahmen eines öffentlichen Kaufangebotes
- Möglichkeit zum Auskauf bisheriger Gesellschafter durch den neuen Hauptaktionär nach einem öffentlichen Kaufangebot (Ausschlussrecht, Squeeze out)
- Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance

Merke

Für börsenkotierte Gesellschaften enthält das Börsengesetz gesellschaftsrechtliche Bestimmungen, die die Regeln des OR ergänzen und überlagern.

1.14.2 Rechnungslegung und Ad hoc-Publizität

Die Börse hat ein Reglement über die Zulassung von Effekten zum Handel zu erlassen (sog. Kotierungsreglement; Art. 8 Abs. 1 BEHG), welches gemäss Art. 8 Abs. 3 BEHG internationalen Standards Rechnung zu tragen hat. Gemäss Art. 66 des Kotierungsreglements der Schweizer Börse SWX (KR) muss die Rechnungslegung von Emittenten ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage vermitteln und damit dem **Grundsatz der true and fair view** genügen. Jahresrechnungen und Zwischenabschlüsse sind gemäss Art. 70 KR in Übereinstimmung mit einem von der Zulassungsstelle anerkannten Rechnungslegungsstandard zu erstellen; ab Geschäftsjahr 2005 sind am Hauptsegment der Schweizer Börse grundsätzlich nur noch die Rechnungslegungsstandards **IFRS** und **US GAAP** zugelassen, nicht mehr dagegen Swiss GAAP FER.

Die Vorschrift von Art. 66 KR geht hinsichtlich Transparenz bedeutend weiter als die Regelung im Aktienrecht. Der Grund liegt im anderen Fokus des Börsengesetzes gegenüber dem Aktienrecht: *Im Börsengesetz geht es um Anlegerschutz und damit um Schaffung grösstmöglicher Transparenz. Im Aktienrecht geht es dagegen um Gläubigerschutz, weshalb das Vorsichtsprinzip wesentlich stärker gewichtet wird*. Dieses Vorsichtsprinzip, wonach zwar die zu gute, nicht aber die zu schlechte Darstellung der Finanzlage des Unternehmens verpönt ist, erfährt im Börsengesetz eine erhebliche Relativierung. Allfällige aus diesen unterschiedlichen Regelungen entstehende Widersprüche zwischen den aktien- und den börsenrechtlichen Vorschriften werden – weit-

gehend – durch die Bestimmung des Art. 67 KR beseitigt, wonach die Anforderung einer Rechnungslegung nach true and fair view nur für den Konzernabschluss und nicht für den Einzelabschluss gilt.

Art. 72 KR regelt die sog. **Ad hoc-Publizität**. Kotierte Gesellschaften sind verpflichtet, den Markt *unverzüglich über kursrelevante Tatsachen zu informieren*. Als kursrelevant gelten Tatsachen, die geeignet sind, zu einer erheblichen Änderung der Kurse zu führen. Die Bekanntmachung ist so vorzunehmen, dass die Gleichbehandlung der Marktteilnehmer gewährleistet ist.

1.14.3 Offenlegung von Beteiligungen (Meldepflicht)

Jeder Aktionär einer kotierten Gesellschaft muss der Gesellschaft und der Börse melden, wenn seine Beteiligung den **Grenzwert von 3, 5, 10, 15, 20, 25, 33^{1/3}, 50 oder 66^{2/3}% der Stimmrechte erreicht, über- oder unterschreitet** (Art. 20 BEHG in der Fassung vom 1. Dezember 2007).

Zwar sieht auch das Aktienrecht in Art. 663c OR eine Offenlegung von Beteiligungen vor. Die Pflicht trifft dort aber die Gesellschaft, und diese ist über den Aktionärskreis häufig nicht vollständig informiert (insbesondere bei Inhaberaktien). Die Vorschrift des Börsengesetzes geht damit wesentlich weiter und trifft jeden Aktionär. Bei Verletzung der Meldepflicht muss der Aktionär bis zum Doppelten des Kauf- oder Verkaufspreises als Busse zahlen (Art. 41 BEHG). Auf Verlangen der Aufsichtsbehörde, der Gesellschaft oder eines Aktionärs kann der Richter die Ausübung des Stimmrechts der Person, die eine Beteiligung unter Verletzung der Meldepflicht erwirbt oder veräussert, für die Dauer von bis zu fünf Jahren suspendieren (Art. 20 Abs. 4^{bis} BEHG).

1.14.4 Öffentliches Kaufangebot

Wer **33^{1/3}% der Stimmen** einer Gesellschaft hält, muss den übrigen Gesellschaftern ein Angebot zur Übernahme der restlichen Beteiligungspapiere unterbreiten (Art. 32 Abs. 1 BEHG). Der Kaufpreis muss mindestens dem Börsenkurs entsprechen und darf höchstens 25% unter dem höchsten Preis liegen, den der Anbieter in den 12 letzten Monaten für Beteiligungspapiere der Zielgesellschaft bezahlt hat (Art. 32 Abs. 4 BEHG).

Die Gesellschaft kann in den Statuten den Grenzwert für das Pflichtangebot auf 49% anheben (sog. **opting up**; Art. 32 BEHG) oder sogar den gänzlichen Ausschluss des öffentlichen Kaufangebotes vorsehen (sog. **opting out**; Art. 22 Abs. 2 und 3 BEHG). Ist die Gesellschaft noch nicht an der Börse kotiert, ist einzige Voraussetzung für das opting out ein Mehrheitsbeschluss der Generalversammlung; materielle Schranken bestehen keine. Ist die Gesellschaft dagegen an der Börse kotiert, darf der Beschluss über das opting out zusätzlich zu keiner Benachteiligung der Aktionäre gemäss Art. 706 OR führen. Letzteres stellt eine hohe materielle Hürde dar und führt praktisch zur Empfehlung an kotierungswillige Gesellschaften, einen allfälligen Beschluss über das opting out vor der Kotierung zu fassen.

Merke

Die Pflicht zur Abgabe eines Kaufangebots entspricht wirtschaftlich einem Austrittsrecht der übrigen Aktionäre.

1.14.5 Eingriffe in die Kompetenzen des Verwaltungsrates im Rahmen eines öffentlichen Kaufangebots

Der **Verwaltungsrat** der Zielgesellschaft muss zum öffentlichen Kaufangebot zuhanden seiner Aktionäre in einem umfassenden **Bericht Stellung nehmen** (Art. 29 Abs. 1 BEHG). Der Bericht muss alle Informationen enthalten, die notwendig sind, damit die Empfänger des Angebots eine fundierte Entscheidung treffen können. Der Verwaltungsrat kann den Aktionären empfehlen, das Angebot anzunehmen oder

zurückzuweisen, er kann aber auch bloss die Vor- und Nachteile des Angebots ohne Abgabe einer Empfehlung darlegen.

Bei einem öffentlichen Kaufangebot, welches darauf hinzielt, die Mehrheitsverhältnisse an der Gesellschaft zu ändern, steht der Verwaltungsrat der Zielgesellschaft in einem potentiellen Interessenkonflikt. Da der Erfolg des öffentlichen Kaufangebotes dazu führen kann, dass der Verwaltungsrat durch den neuen Mehrheitsaktionär neu zusammengestellt wird, lässt sich der Verwaltungsrat bei seiner Beurteilung des Angebots möglicherweise weniger von den Interessen der Gesellschaft und ihrer Aktionäre als von seinen eigenen Interessen leiten. Um solche Interessenkonflikte möglichst auszuschliessen und gleichzeitig die Handlungsfähigkeit der Zielgesellschaft zu wahren, sieht das Börsengesetz daher während der Dauer eines öffentlichen Kaufangebots eine teilweise Kompetenzverlagerung weg vom Verwaltungsrat hin zur Generalversammlung vor. Gemäss Art. 29 Abs. 2 BEHG dürfen Rechtsgeschäfte, durch welche der Aktiv- oder Passivbestand der Gesellschaft in bedeutender Weise verändert würde (z.B. Verkauf oder Belastung von sog. «crown jewels») während der Dauer des öffentlichen Übernahmeangebotes in Abweichung zur Regel des Art. 716a OR nicht durch den Verwaltungsrat beschlossen werden, sondern nur durch die Generalversammlung.

Die Generalversammlung bleibt voll handlungsfähig. Neben dem Abschluss von Rechtsgeschäften gemäss Art. 29 Abs. 2 BEHG kann sie Abwehrmassnahmen wie Vinkulierung der Aktien, Stimmrechtsbeschränkung, Einführung von Stimmrechtsaktien, Erhöhung von Beschlussfassungs- und Präsenzquoten beschliessen. Bei diesen letzteren Massnahmen handelt es sich um solche präventiver Art, weshalb diese besser vor der Lancierung eines öffentlichen Kaufangebots beschlossen werden.

1.14.6 Ausschlussrecht (Squeeze out)

Wenn der Anbieter *nach öffentlichem Kaufangebot* mindestens **98% der Stimmrechte** der Zielgesellschaft hält, können die restlichen Beteiligungspapiere kraftlos erklärt werden. Die Gesellschaft gibt die Beteiligungspapiere neu aus und übergibt sie dem Anbieter gegen Entrichtung des Angebotspreises des vorangegangenen öffentlichen Angebots zugunsten der Eigentümer der kraftlos erklärten Beteiligungspapiere (Art. 33 BEHG).

Ein Ausschlussrecht der Gesellschaft, wie es in dieser Regelung des BEHG enthalten ist, ist – mit Ausnahme der Kaduzierung – im Aktienrecht nicht gegeben. Das Ausschlussrecht des Börsengesetzes greift sehr weitgehend in die Rechtsstellung des Minderheitsaktionärs ein, indem es dem Mehrheitsaktionär ein privatrechtliches Enteignungsrecht einräumt. Diese aussergewöhnliche Massnahme ist dennoch sachgerecht und letztlich auch im Interesse des Minderheitsaktionärs. Der Gesetzgeber hat sich hier von der richtigen Erkenntnis leiten lassen, dass der letztlich beste und konsequenteste Minderheitenschutz im Auskauf dieser Minderheiten besteht: Wenn keine Minderheitsaktionäre vorhanden sind, können sie auch nicht diskriminiert werden. Der Trend Richtung Squeeze out wird auch durch das Fusionsgesetz untermauert und verstärkt, welches gemäss Art. 8 Abs. 2 i.V.m. Art. 18 Abs. 5 FusG den Ausschluss von Aktionären gegen Abfindung im Rahmen einer Fusion von Gesellschaften zulässt, sofern bloss 90% der Aktionäre zustimmen (sog. Squeeze out-Merger).

Merke

Das Ausschlussrecht gilt nicht generell bei Besitz von mindestens 98% der Stimmrechte, sondern nur unmittelbar nach durchgeführtem öffentlichem Kaufangebot.

1.14.7 Corporate Governance

Der Begriff «Corporate Governance» ist im Verlauf der Neunzigerjahre zunächst ins betriebswirtschaftliche und später ins juristische Vokabular aufgenommen worden. Die Definitionen des Begriffs sind zahlreich, vielfältig und zum Teil voneinander abweichend. Vorherrschend sind zwei Verständnisse von Corporate Governance:

Corporate Governance als einseitige Ausrichtung der Führung und Kontrolle eines Unternehmens auf die Interessen der Aktionäre (shareholder value-Denken). Im Vordergrund steht danach die Frage, *in wessen Interesse* ein Unternehmen zu führen ist, verbunden mit der Antwort, dass dies im Interesse der Aktionäre zu erfolgen hat.

Corporate Governance als System von Regeln einer guten Führung und Kontrolle eines Unternehmens. Im Vordergrund steht hier nicht die Frage, in wessen Interesse ein Unternehmen zu führen ist, sondern *wie* ein Unternehmen *richtig* zu führen ist.

Die Ernüchterung nach der Euphorie der späten Neunzigerjahre führt vermehrt zu einer Rückbesinnung auf den eigentlichen Kern der Fragestellung: «Was ist gute Corporate Governance, was ist gute Unternehmensführung?»

Im Zuge der öffentlichen Corporate Governance-Diskussion der letzten Jahre sind in der Schweiz per 1. Juli 2002 zwei Regelwerke in Kraft getreten:

Die **Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance der Schweizer Börse SWX (RLCG, Fassung 2007)**, welche sich an alle börsenkotierten Gesellschaften wendet und einen Katalog von Angaben über die Führung und Kontrolle auf oberster Unternehmensebene dieser Gesellschaft enthält. Die Richtlinie hat verbindlichen Charakter im Sinne der Regel **«comply or explain»**: Sieht die Gesellschaft von der Offenlegung bestimmter Informationen ab, so ist dies im Geschäftsbericht einzeln und substantiell zu begründen. Aufgrund der am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Änderung des Obligationenrechts betreffend Transparenz der Vergütungen (vgl. nachfolgend) erfuhr die Richtlinie SWX auf diesen Zeitpunkt hin einzelne Anpassungen.

Der **Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance des Unternehmerverbands economie-suisse (SCBP, Fassung 2008)**, welcher sich im Sinne von **Leitlinien und Empfehlungen** ebenfalls an die börsenkotierten Gesellschaften wendet. Der Swiss Code of Best Practice hat keinen verbindlichen Charakter. Er enthält inhaltliche Aussagen über Grundsätze einer guten Corporate Governance:

- Informations-, Mitwirkungs- und Entscheidungsrechte der Aktionäre
- Aufgaben, Zusammensetzung, Arbeitsweise und Organisation des Verwaltungsrates
- Umgang mit Interessenkonflikten und Wissensvorsprüngen in Verwaltungsrat und Geschäftsleitung
- Kontrollsystem (Internes Kontrollsystem, Compliance, externe Revisionsstelle)
- Offenlegung (Verweis auf die Richtlinie der Schweizer Börse SWX)
- Empfehlungen zu den Entschädigungen für Verwaltungsrat und Geschäftsleitung

Merke

Der Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance des Unternehmerversands economiesuisse enthält *inhaltliche Aussagen* zur Corporate Governance im Sinne von *unverbindlichen* Empfehlungen an die Publikumsgesellschaften. Die Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance der Schweizer Börse SWX enthält keine inhaltlichen Aussagen zur Corporate Governance, sondern nur Vorgaben (im Sinne von comply or explain) zur *Offenlegung* der Corporate Governance einer Publikumsgesellschaft.

In einer zweiten Phase ist, wie in vielen anderen Ländern, auch der Gesetzgeber aktiv geworden, da ihm die im Rahmen der Selbstregulierung der Schweizer Börse SWX erlassene diesbezügliche Regelung nicht genügt hat. Seit 1. Januar 2007 gelten neue gesetzliche Vorschriften betreffend **Transparenz der Vergütungen** an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung von *börsenkotierten* Aktiengesellschaften (Art. 663b^{bis} und Art. 663c OR). Die Gesellschaften müssen neu im Anhang zur Bilanz – welcher von der Revisionsstelle geprüft wird – angeben, welche Vergütungen und Darlehen die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung erhalten und welche Beteiligungen diese Personen an der Gesellschaft halten. Dabei sind diese Angaben gesondert für jedes einzelne Mitglied zu machen, mit Ausnahme der Vergütungen und Darlehen an die Mitglieder der Geschäftsleitung, bei denen nur der Gesamtbeitrag und der höchste auf ein Mitglied entfallende Betrag unter Nennung des Namens anzugeben ist. Der Detaillierungsgrad der Informationen ist damit wesentlich grösser als nach den diesbezüglichen, bis Ende 2006 geltenden Regeln der Richtlinie SWX, und insbesondere wurden die bisher freiwilligen in gesetzlich verbindliche Regeln überführt.

Im Weiteren hat der Bundesrat im Jahr 2003 zwei Expertenberichte zu Corporate Governance eingeholt (Expertenbericht Böckli/Dessementet/Huguenin zu Corporate Governance; Expertenbericht von der Crone zu Kapitalstrukturen, Generalversammlung und institutioneller Stimmrechtsvertretung) und im Jahr 2005 einen gestützt darauf verfassten Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts in die Vernehmlassung geschickt. Der Bundesrat hat am 21. Dezember 2007 dem Parlament eine **Botschaft zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts** zugeleitet. Mittelfristig ist damit mit weiteren gesetzlichen Regeln im Bereich des Corporate Governance zu rechnen, und zwar nicht nur bei börsenkotierten Gesellschaften. Aktuelle Hinweise zum Stand der Gesetzgebungsprojekte finden sich auf der Website www.bj.admin.ch.

**Richtlinie betr.
Informationen zur Corporate Governance
(Corporate Governance-Richtlinie, RLCG)**

| | | |
|---|--|---|
| Regl. Grundlage Beschluss vom Inkraftsetzung am | Art. 1, 3 und 64 KR 17. April 2002 und 29. März 2006 1. Juli 2002 und 1. Januar 2007 | |
| <i>Ausgangslage</i> | Gemäss Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG) legt die SWX Swiss Exchange fest, welche Informationen zu veröffentlichen sind, damit die Anleger die Eigenschaften der Effekten und die Qualität des Emittenten beurteilen können. International anerkannten Standards wird Rechnung getragen (Art. 8 BEHG). Zu dieser Information gehören Angaben über die Führung und Kontrolle auf oberster Unternehmensebene des Emittenten (Corporate Governance). | 1 |
| <i>Zweck der Richtlinie</i> | Die Richtlinie soll die Emittenten dazu anhalten, den Investoren bestimmte Schlüsselinformationen zur Corporate Governance in geeigneter Form zugänglich zu machen. | 2 |
| <i>Anwendungsbereich</i> | Die Richtlinie findet auf alle Emittenten Anwendung, deren Beteiligungsrechte an der SWX kotiert sind und deren Gesellschaftssitz in der Schweiz ist. Emittenten, deren Gesellschaftssitz nicht in der Schweiz ist, fallen ebenfalls in den Anwendungsbereich der Richtlinie, wenn ihre Beteiligungsrechte an der SWX, nicht aber im Heimatstaat, kotiert sind. | 3 |
| <i>Gegenstand der Informationen</i> | Im Anhang zu dieser Richtlinie sind die Informationen aufgeführt, die im Geschäftsbericht zu veröffentlichen sind. | 4 |
| <i>Klarheit und Wesentlichkeit</i> | Die Informationen zur Corporate Governance sollen sich auf das für die Investoren Wesentliche beschränken und dies sachgerecht und verständlich darlegen. | 5 |
| <i>Ort der Publikation</i> | Die Informationen zur Corporate Governance sind im jährlichen Geschäftsbericht in einem eigenen Kapitel zu veröffentlichen. In diesem Kapitel kann auf andere Stellen im Geschäftsbericht oder auf andere, leicht zugängliche Informationsquellen verwiesen werden. Bei Verweisen auf Webseiten ist der Suchpfad (URL) anzugeben. | 6 |

Abb. 63: Richtlinien betreffend Informationen zur Corporate Governance

| <u>Zulassung von Effekten an der SWX Swiss Exchange</u> | | |
|---|--|---|
| <i>«Comply or explain»</i> | Für sämtliche Angaben zum Anhang gilt der Grundsatz «comply or explain»: Sieht der Emittent von der Offenlegung bestimmter Informationen ab, so ist dies im Geschäftsbericht einzeln und substantiell zu begründen. | 7 |
| <i>Stichtag</i> | Massgebend für die zu publizierenden Informationen sind die Verhältnisse am Bilanzstichtag. Wesentliche Änderungen, die zwischen Bilanzstichtag und Redaktionsschluss des Geschäftsberichts eintreten, sind in geeigneter Form nachzutragen. | 8 |
| <i>Inkraftsetzung</i> | Diese Richtlinie tritt am 1. Juli 2002 in Kraft. Sie ist erstmals im Bericht für das Geschäftsjahr umzusetzen, das am oder nach dem 1. Januar 2002 beginnt. | 9 |

ANHANG

**Richtlinie betr.
Informationen zur Corporate Governance****Gegenstand und Umfang der Angaben zur Corporate Governance**

| | |
|------------|---|
| 1. | Konzernstruktur und Aktionariat Über die Konzernstruktur und das Aktionariat sind folgende Angaben zu machen: |
| <i>1.1</i> | <i>Konzernstruktur</i> |
| 1.1.1 | Darstellung der operativen Konzernstruktur des Emittenten. |
| 1.1.2 | Alle kotierten Gesellschaften, die zum Konsolidierungskreis des Emittenten gehören, unter Angabe von Firma und Sitz, Ort der Kotierung, Börsenkaptalisierung, von Konzerngesellschaften gehaltene Beteiligungsquote sowie Valorenummer bzw. ISIN der Valoren. |
| 1.1.3 | Die nicht kotierten Gesellschaften, die zum Konsolidierungskreis des Emittenten gehören, unter Angabe von Firma und Sitz, Aktienkapital und von Konzerngesellschaften gehaltene Beteiligungsquote. |
| <i>1.2</i> | <i>Bedeutende Aktionäre</i> Bedeutende Aktionäre sowie bedeutende Aktionärgruppen und deren Beteiligungen, sofern sie dem Emittenten bekannt sind. Für Emittenten mit Sitz in der Schweiz hat die Offenlegung gemäss den Publikationen im Schweizerischen Handelsamtsblatt zu erfolgen, welche im Berichtsjahr gemäss Art. 20 BEHG und den Bestimmungen der Verordnung der Eidgenössischen Bankkommission über die Börsen und den Effektenhandel vorgenommen wurden. Dazu gehören auch die in diesem Rahmen veröffentlichten Kernelemente von Aktionärbindungsverträgen. |
| <i>1.3</i> | <i>Kreuzbeteiligungen</i> Kreuzbeteiligungen, soweit die kapital- oder stimmenmässigen Beteiligungen auf beiden Seiten einen Grenzwert von 5% überschreiten. |
| 2. | Kapitalstruktur Über die Kapitalstruktur des Emittenten sind folgende Angaben zu machen: |
| <i>2.1</i> | <i>Kapital</i> Betrag des ordentlichen, genehmigten und bedingten Kapitals des Emittenten per Stichtag. |

Zulassung von Effekten an der SWX Swiss Exchange

| | |
|-------|--|
| 2.2 | <p><i>Genehmigtes und bedingtes Kapital im besonderen</i></p> <p>Zum genehmigten und bedingten Kapital des Emittenten ist zudem anzugeben:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. maximaler Umfang der genehmigten oder bedingten Kapitalerhöhung und Dauer der Ermächtigung zur Durchführung der Kapitalerhöhung; b. Kreis der Begünstigten, die ein Recht auf Zeichnung dieses zusätzlichen Kapitals haben; c. Bedingungen und Modalitäten der Ausgabe oder Entstehung der Beteiligungsrechte, die dem zusätzlichen Kapital entsprechen. |
| 2.3 | <p><i>Kapitalveränderungen</i></p> <p>Beschreibung der Kapitalveränderungen der letzten drei Berichtsjahre.</p> |
| 2.4 | <p><i>Aktien und Partizipationsscheine</i></p> <p>Zahl, Gattung und Nennwert von Aktien und Partizipationsscheinen des Emittenten, jeweils unter Angabe der Hauptmerkmale wie Dividendenberechtigung, Stimmrecht, Vorzugsrechte und ähnliche Berechtigungen unter Hinweis auf den nicht einbezahlten Teil auf dem ordentlichen Kapital.</p> |
| 2.5 | <p><i>Genussscheine</i></p> <p>Zahl und Hauptmerkmale von Genussscheinen des Emittenten.</p> |
| 2.6 | <p><i>Beschränkung der Übertragbarkeit und Nominee-Eintragungen</i></p> |
| 2.6.1 | Beschränkungen der Übertragbarkeit pro Aktienkategorie unter Hinweis auf allfällige statutarische Gruppenklauseln und auf Regeln zur Gewährung von Ausnahmen. |
| 2.6.2 | Gründe für die Gewährung von Ausnahmen im Berichtsjahr. |
| 2.6.3 | Zulässigkeit von Nominee-Eintragungen unter Hinweis auf allfällige Prozentklauseln und Eintragungsvoraussetzungen. |
| 2.6.4 | Verfahren und Voraussetzungen zur Aufhebung von statutarischen Privilegien und Beschränkungen der Übertragbarkeit. |
| 2.7 | <p><i>Wandelanleihen und Optionen</i></p> <p>Ausstehende Wandelanleihen und Anzahl der vom Emittenten oder von Konzerngesellschaften auf Beteiligungsrechte des Emittenten begebenen Optionen (einschliesslich Mitarbeiteroptionen, die separat darzustellen sind) mit Hinweis auf Laufzeit, Wandelbedingungen bzw. Ausübungspreis, Bezugsverhältnis sowie auf den Umfang des gesamthaft erfassten Aktienkapitals.</p> |

| | |
|-----------|---|
| 3. | Verwaltungsrat Über den Verwaltungsrat des Emittenten sind folgende Angaben zu machen: |
| 3.1 | <i>Mitglieder des Verwaltungsrats</i> Pro Mitglied des Verwaltungsrats a. Name, Nationalität, Ausbildung und beruflicher Hintergrund. b. Operative Führungsaufgaben für den Emittenten oder eine Konzerngesellschaft des Emittenten (exekutives / nicht-exekutives Mitglied). c. Pro nicht-exekutives Mitglied des Verwaltungsrats: – ob es in den drei der Berichtsperiode vorangegangenen Geschäftsjahren der Geschäftsleitung des Emittenten oder einer Konzerngesellschaft des Emittenten angehörte; – ob es mit dem Emittenten oder einer Konzerngesellschaft des Emittenten in wesentlichen geschäftlichen Beziehungen steht. |
| 3.2 | <i>Weitere Tätigkeiten und Interessenbindungen</i> Pro Mitglied des Verwaltungsrats: a. Tätigkeiten in Führungs- und Aufsichtsgremien bedeutender schweizerischer und ausländischer Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des privaten und des öffentlichen Rechts; b. dauernde Leitungs- und Beraterfunktionen für wichtige schweizerische und ausländische Interessengruppen; c. Amtliche Funktionen und politische Ämter. |
| 3.3 | <i>Kreuzverflechtungen</i> (aufgehoben) |
| 3.4 | <i>Wahl und Amtszeit</i> |
| 3.4.1 | Grundsätze des Wahlverfahrens (Gesamterneuerung oder gestaffelte Erneuerung) und Amtszeitbeschränkungen. |
| 3.4.2 | Erstmalige Wahl und verbleibende Amtsdauer je pro Mitglied des Verwaltungsrats. |
| 3.5 | <i>Interne Organisation</i> |
| 3.5.1 | Aufgabenteilung im Verwaltungsrat. |
| 3.5.2 | Personelle Zusammensetzung sämtlicher Verwaltungsratsausschüsse, deren Aufgaben und Kompetenzabgrenzung. |
| 3.5.3 | Arbeitsweise des Verwaltungsrats und seiner Ausschüsse. |

Zulassung von Effekten an der SWX Swiss Exchange

| | |
|-----|--|
| 3.6 | <p><i>Kompetenzregelung</i></p> <p>Grundzüge der Kompetenzregelung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung.</p> |
| 3.7 | <p><i>Informations- und Kontrollinstrumente gegenüber der Geschäftsleitung</i></p> <p>Ausgestaltung der Informations- und Kontrollinstrumente des Verwaltungsrats gegenüber der Geschäftsleitung des Emittenten wie z.B. Interne Revision, Risikomanagement-System oder Management Information System (MIS).</p> |
| 4. | <p>Geschäftsleitung</p> <p>Über die Geschäftsleitung des Emittenten sind folgende Angaben zu machen:</p> |
| 4.1 | <p><i>Mitglieder der Geschäftsleitung</i></p> <p>Pro Mitglied der Geschäftsleitung:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Name, Nationalität und Funktion. b. Ausbildung und beruflicher Hintergrund. c. Allfällige frühere Tätigkeiten für den Emittenten oder eine Konzerngesellschaft des Emittenten. |
| 4.2 | <p><i>Weitere Tätigkeiten und Interessenbindungen</i></p> <p>Pro Mitglied der Geschäftsleitung:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Tätigkeiten in Führungs- und Aufsichtsgremien bedeutender schweizerischer und ausländischer Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des privaten und des öffentlichen Rechts; b. dauernde Leitungs- und Beraterfunktionen für wichtige schweizerische und ausländische Interessengruppen; c. Amtliche Funktionen und politische Ämter. |
| 4.3 | <p><i>Managementverträge</i></p> <p>Kernelemente von Managementverträgen zwischen dem Emittenten und Gesellschaften (oder natürlichen Personen) ausserhalb des Konzerns unter Angabe von Firma und Sitz der Gesellschaften, der übertragenen Führungsaufgaben sowie der Form und des Umfangs der Entschädigung für die Auftragsbefreiung.</p> |
| 5. | <p>Entschädigungen, Beteiligungen und Darlehen</p> <p>Über die Entschädigungen und Beteiligungen von Mitgliedern des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung des Emittenten und Darlehen an dieselben sind folgende Angaben zu machen:</p> |

Anhang
Richtlinie betr. Informationen zur Corporate Governance

| | |
|-----------|---|
| 5.1 | <p><i>Inhalt und Festsetzungsverfahren der Entschädigungen und der Beteiligungsprogramme</i></p> <p>Grundlagen und Elemente der Entschädigungen und der Beteiligungsprogramme für Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung des Emittenten sowie Zuständigkeit und Verfahren zu deren Festsetzung.</p> |
| 5.2 | <p><i>Transparenz der Entschädigungen, Beteiligungen und Darlehen von Emittenten mit Sitz im Ausland</i></p> <p>Emittenten, deren Gesellschaftssitz gemäss Rz. 3 nicht in der Schweiz ist und deren Beteiligungsrechte an der SWX, nicht aber im Heimatstaat kotiert sind, haben Art. 663b^{SR} OR analog anzuwenden.</p> |
| 6. | <p>Mitwirkungsrechte der Aktionäre</p> <p>Über die Mitwirkungsrechte der Aktionäre des Emittenten sind folgende Angaben zu machen:</p> |
| 6.1 | <p><i>Stimmrechtsbeschränkung und -vertretung</i></p> |
| 6.1.1 | Sämtliche Stimmrechtsbeschränkungen unter Hinweis auf statutarische Gruppenklauseln und auf Regeln zur Gewährung von Ausnahmen, namentlich für institutionelle Stimmrechtsvertreter. |
| 6.1.2 | Gründe für die Gewährung von Ausnahmen im Berichtsjahr. |
| 6.1.3 | Verfahren und Voraussetzungen zur Aufhebung statutarischer Stimmrechtsbeschränkungen. |
| 6.1.4 | Statutarische Regeln zur Teilnahme an der Generalversammlung, sofern sie vom Gesetz abweichen. |
| 6.2 | <p><i>Statutarische Quoren</i></p> <p>Beschlüsse der Generalversammlung, die gemäss Statuten des Emittenten nur von einer grösseren Mehrheit gefasst werden können, als die vom Gesetz vorgeschriebene, je unter Angabe der entsprechenden Mehrheit.</p> |
| 6.3 | <p><i>Einberufung der Generalversammlung</i></p> <p>Statutarische Regeln zur Einberufung der Generalversammlung, sofern sie vom Gesetz abweichen.</p> |
| 6.4 | <p><i>Traktandierung</i></p> <p>Regeln zur Traktandierung eines Verhandlungsgegenstands für die Generalversammlung, namentlich bezüglich Fristen und Stichtage.</p> |

Zulassung von Effekten an der SWX Swiss Exchange

| | |
|-----------|---|
| 6.5 | <i>Eintragungen im Aktienbuch</i> Regelung zum Stichtag der Eintragung von Namenaktionären im Aktienbuch des Emittenten im Hinblick auf die Teilnahme an der Generalversammlung, sowie allfällige Regeln zur Gewährung von Ausnahmen. |
| 7. | Kontrollwechsel und Abwehrmassnahmen Über Kontrollwechsel und Abwehrmassnahmen sind folgende Angaben zu machen: |
| 7.1 | <i>Angebotspflicht</i> Bestehen einer statutarischen Regelung betr. «opting-out» bzw. «opting-up» (BEHG Art. 22) unter Angabe des prozentualen Grenzwerts. |
| 7.2 | <i>Kontrollwechselklauseln</i> Inhalt von Kontrollwechselklauseln in Vereinbarungen und Plänen zugunsten der Mitglieder des Verwaltungsrats und/oder der Geschäftsleitung sowie weiterer Kadermitglieder des Emittenten (z. B. «Golden Parachutes»). |
| 8. | Revisionsstelle Über die Revisionsstelle sind folgende Angaben zu machen: |
| 8.1 | <i>Dauer des Mandats und Amtsdauer des leitenden Revisors</i> |
| 8.1.1 | Zeitpunkt der Übernahme des bestehenden Revisionsmandats. |
| 8.1.2 | Amtsantritt des leitenden Revisors, der für das bestehende Revisionsmandat verantwortlich ist. |
| 8.2 | <i>Revisionshonorar</i> Summe der Revisionshonorare, welche die Revisionsgesellschaft während des Berichtsjahres in Rechnung stellte. |
| 8.3 | <i>Zusätzliche Honorare</i> Summe der Honorare, welche die Revisionsgesellschaft und/oder mit ihnen verbundene Personen für zusätzliche Dienstleistungen (z.B. Unternehmensberatung) zugunsten des Emittenten oder einer Konzerngesellschaft des Emittenten während des Berichtsjahres in Rechnung stellte. |
| 8.4 | <i>Informationsinstrumente der externen Revision</i> Ausgestaltung der Instrumente, mit denen sich der Verwaltungsrat über die Tätigkeit der externen Revision informiert. Dazu gehören insbesondere die Berichterstattung der Revisionsstelle an den Verwaltungsrat sowie die Anzahl Sitzungen des Gesamtverwaltungsrats oder Prüfungsausschusses mit der externen Revisionsstelle. |

| | |
|-----------|---|
| 9. | Informationspolitik Über die Informationspolitik des Emittenten sind folgende Angaben zu machen: |
| | Rhythmus und Form von Informationen des Emittenten an seine Aktionäre sowie Hinweis auf permanente Informationsquellen und Kontaktadressen des Emittenten, die allgemein zugänglich sind oder speziell von Aktionären genutzt werden können (z. B. Links auf Webseiten, Info-Centers, Druckschriften etc.). |

1.14.8 Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (SCBP) vom 1. Juli 2002 (aktualisiert 21. Februar 2008) (Auszug)

«Corporate Governance» als Leitbild

Corporate Governance ist die Gesamtheit der auf das Aktionärsinteresse ausgerichteten Grundsätze, die unter Wahrung von Entscheidungsfähigkeit und Effizienz auf der obersten Unternehmensebene Transparenz und ein ausgewogenes Verhältnis von Führung und Kontrolle anstreben.

«Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance» als Leitlinie und Empfehlung

Der «Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance» wendet sich an die schweizerischen Publikumsgesellschaften. Einzelne Punkte betreffen institutionelle Anleger und Intermediäre. Der «Swiss Code» soll Leitlinien setzen und Empfehlungen abgeben, nicht den Schweizer Unternehmen eine Zwangsjacke anziehen. Jede Gesellschaft soll die Möglichkeit behalten, eigene Gestaltungsideen zu verwirklichen.

I. Die Aktionäre

1. Den Aktionären steht als Kapitalanlegern die letzte Entscheidung in der Gesellschaft zu.
2. Die Gesellschaft ist bestrebt, den Aktionären die Ausübung ihrer gesetzlichen Rechte zu erleichtern.
3. Die Gesellschaft sorgt dafür, dass die Generalversammlung als Ort der Kommunikation benützt wird und ihre Aufgabe als oberstes Organ gut informiert erfüllen kann.
4. Die Gesellschaft erleichtert den Aktionären die Teilnahme an der Generalversammlung durch frühzeitige und klare Festsetzung der Termine.
5. In der Versammlungsorganisation wird dafür gesorgt, dass die Aktionäre sich zu den Traktanden sachlich und konzis äussern können.
6. Das Recht der Aktionäre auf Auskunft und Einsicht ist organisatorisch zu gewährleisten.
7. In der Generalversammlung soll der Wille der Mehrheit unverfälscht zum Ausdruck kommen.
8. Der Verwaltungsrat bemüht sich um den Kontakt mit den Aktionären auch zwischen den Generalversammlungen.

II. Verwaltungsrat und Geschäftsleitung

A. Aufgaben des Verwaltungsrats

9. Der von den Aktionären gewählte Verwaltungsrat nimmt die Oberleitung der Gesellschaft bzw. des Konzerns wahr.
10. Die unentziehbaren und unübertragbaren Hauptaufgaben des Verwaltungsrats sind im Schweizer Aktienrecht festgelegt.
11. Im Rahmen der Vorgaben der Statuten ordnet der Verwaltungsrat die Kompetenzen der mit der Geschäftsführung betrauten Personen.

B. Zusammensetzung

12. Anzustreben ist eine ausgewogene Zusammensetzung des Verwaltungsrats.
13. Der Verwaltungsrat plant seine Erneuerung und sorgt für die Weiterbildung seiner Mitglieder.

C. Arbeitsweise und Vorsitz des Verwaltungsrats

14. Der Verwaltungsrat legt für seine Tätigkeit zweckmässige Verfahren fest.
15. Der Präsident ist verantwortlich für die Vorbereitung und Leitung der Sitzung; er ist der Garant der Information.

D. Umgang mit Interessenkonflikten und Wissensvorsprüngen

16. Jedes Mitglied von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung hat seine persönlichen und geschäftlichen Verhältnisse so zu ordnen, dass Interessenkonflikte mit der Gesellschaft möglichst vermieden werden.
17. Der Verwaltungsrat regelt die näheren Grundsätze für die Ad-hoc-Publizität und trifft Massnahmen zur Verhinderung von Insiderdelikten.
- E. Präsident von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung; Personalunion oder Doppelspitze
18. Der Grundsatz der Ausgewogenheit von Leitung und Kontrolle gilt auch für die Unternehmensspitze.
- F. Internes Kontrollsystem, Umgang mit Risiken und Compliance
19. Der Verwaltungsrat sorgt für ein dem Unternehmen angepasstes internes Kontrollsystem und Risikomanagement.
20. Der Verwaltungsrat trifft Massnahmen zur Einhaltung der anwendbaren Normen (Compliance).
- G. Ausschüsse des Verwaltungsrats
21. Der Verwaltungsrat bildet Ausschüsse mit definierten Aufgaben.
22. Für Ausschussmitglieder gelten besondere Unabhängigkeitsregeln.

Prüfungsausschuss

23. Der Verwaltungsrat setzt einen Prüfungsausschuss («Audit Committee») ein.
24. Der Prüfungsausschuss bildet sich ein eigenständiges Urteil über die externe Revision, das interne Kontrollsystem und den Jahresabschluss.

Entschädigungsausschuss

25. Der Verwaltungsrat setzt einen Entschädigungsausschuss («Compensation Committee») ein.
26. Der Ausschuss kümmert sich um die Entschädigungspolitik, vor allem auf oberster Unternehmensebene.

Nominierungsausschuss

27. Der Verwaltungsrat setzt einen Nominierungsausschuss («Nomination Committee») ein.
- H. Besondere Verhältnisse
28. Die Regeln des «Swiss Code» können, je nach Aktionärsstruktur und Grösse des Unternehmens, den konkreten Verhältnissen angepasst werden.

III. Die Revision

29. Die Funktion der externen Revision wird durch die von den Aktionären gewählte Revisionsstelle und gegebenenfalls den Konzernprüfer ausgeübt.

IV. Offenlegung

30. Die Gesellschaft macht in ihrem Geschäftsbericht Angaben zur Corporate Governance.

Anhang 1 Empfehlungen zu den Entschädigungen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung

1. Der Verwaltungsrat fasst Beschluss über das Entschädigungssystem und legt die Zuständigkeit des Entschädigungsausschusses fest.
2. Dem Entschädigungsausschuss gehören ausschliesslich unabhängige Mitglieder des Verwaltungsrats an.
3. Der Entschädigungsausschuss arbeitet nach den Vorgaben des Verwaltungsrats einen Vorschlag zur Ausgestaltung des Entschädigungssystems für die Spitzenkräfte der Gesellschaft aus.

4. Das Entschädigungssystem enthält in der Regel feste und variable Teile; es belohnt ein auf mittel- und langfristigen Erfolg abzielendes Verhalten mit erst später verfügbaren Entschädigungselementen.
5. Das Entschädigungssystem wird so ausgestaltet, dass sachlich nicht begründete Vorteilszuwendungen und falsche Anreize vermieden werden.
6. Die Gesellschaft gewährt grundsätzlich keine goldenen Fallschirme und keine Abgangsentschädigungen.
7. Der Entschädigungsausschuss hinterfragt sowohl Lohnvergleiche mit Drittunternehmen wie die Arbeit externer und interner Berater.
8. Der Verwaltungsrat erstellt jährlich einen Entschädigungsbericht für die Generalversammlung.
9. Der Verwaltungsrat bezieht die Generalversammlung in geeigneter Form in die Debatte über das Entschädigungssystem ein.
10. Der Verwaltungsrat sorgt für Transparenz im Bereich der Entschädigungen an die Mitglieder von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung.

2. Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

Wichtiger Hinweis

Das GmbH-Recht ist total revidiert worden. Das neue GmbH-Recht ist am 1. Januar 2008 in Kraft getreten.

2.1 Definition und Grundzüge

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist eine **personenbezogene Kapitalgesellschaft**, an der eine oder mehrere Personen oder Handelsgesellschaften beteiligt sind. Ihr Stammkapital ist in den Statuten festgelegt. Für ihre Verbindlichkeiten haftet nur das Gesellschaftsvermögen (Art. 772 Abs. 1 OR).

Die GmbH stellt nach der gesetzlichen Konzeption eine **Mischform** der (*rein kapitalbezogenen*) *Aktiengesellschaft* und der (*personenbezogenen*) *Kollektivgesellschaft* dar, wobei sie der AG bedeutend näher steht (insbesondere mit der nicht bestehenden Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsschulden; vgl. Kap. F.2.5.1).

Wie die AG ist die GmbH eine Körperschaft mit eigener **Rechtspersönlichkeit** (Art. 779 Abs. 1 OR). Sie hat ein festes **Stammkapital**, an dem die Gesellschafter mindestens mit je einem **Stammanteil** beteiligt sind (Art. 772 Abs. 2 OR). Die Stammanteile müssen voll liberiert sein (Art. 777c OR). Die Mitgliedschaftsrechte der einzelnen Gesellschafter bemessen sich grundsätzlich nach dem Nennwert ihrer Stammanteile. Die Stammanteile sind veräusserlich, allerdings nur unter Einhaltung bestimmter Bedingungen (vgl. Kap. F.2.5.3).

Als *personenbezogene Elemente* gelten insbesondere die folgende Merkmale: Bei der GmbH gilt gemäss dispositivem Recht das Prinzip der **Selbstorganschaft** (Geschäftsführung durch alle Gesellschafter gemeinsam; Art. 809 Abs. 1 OR). Die Gesellschafter unterliegen von Gesetzes wegen einer **Treuepflicht**; ein eigentliches **Konkurrenzverbot** trifft den Gesellschafter nur, wenn dies die Statuten ausdrücklich vorsehen oder wenn er als Geschäftsführer tätig ist (Art. 803 und Art. 812 OR). Die Statuten können die Gesellschafter zu über die Vollliberierungspflicht hinausgehenden *Leistungen* verpflichten (vgl. Kap. F.2.5.1). Und schliesslich besteht die Möglichkeit des *Ausschlusses* oder *Austrittes* von Gesellschaftern (vgl. Kap. F.2.5.2).

Merke

Für Verbindlichkeiten der GmbH haftet nur das Gesellschaftsvermögen.

In den gesetzlichen Regeln über die GmbH finden sich zahlreiche Verweisungen auf die Bestimmungen über die AG (in Art. 774a, 777c Abs. 2, 781 Abs. 3 und 5, 782 Abs. 4, 783 Abs. 4, 798a Abs. 2, 798b, 799, 800, 801, 805 Abs. 5, 808c, 814 Abs. 4, 816, 818 Abs. 1, 819, 820 Abs. 1, 821a Abs. 1, 826 Abs. 2 und Art. 827 OR). Nach herrschender – und überzeugender – Lehre beziehen sich die Gesetzesverweisungen grundsätzlich auf das *jeweils geltende Aktienrecht* (vgl. zu diesen dynamischen Verweisungen auch Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002, 3167).

2.2 Stammkapital und Stammeinlage

Das **Stammkapital** muss mindestens 20'000 *Franken* betragen, ein Höchstbetrag ist nicht vorgesehen (Art. 773 OR). Zugunsten des Stammkapitals als Haftungssubstrat der Gläubiger bestehen *Schutzbestimmungen*, welche mit denjenigen der AG (vgl. Kap. F.1.2) weitgehend kongruent sind:

- Bei der Gründung müssen 100% des Stammkapitals und jedes einzelnen Stammanteils einbezahlt oder durch entsprechende Einlagen gedeckt sein (Art. 777c Abs. 1 OR). Bei Sacheinlage- oder Sachübernahmegründungen müssen Sacheinlagen, Sachübernahmen und besondere Vorteile in den Statuten angegeben sowie ins Handelsregister eingetragen werden (Art. 777c Abs. 2 OR).
- Die Gesellschafter können zu einem späteren Zeitpunkt die Herabsetzung des Stammkapitals beschliessen, das Stammkapital darf jedoch in keinem Fall unter 20'000 Franken herabgesetzt werden (Art. 782 Abs. 1 und 2 OR). Im Übrigen finden für die Herabsetzung des Stammkapitals die Gläubigerschutzbestimmungen des Aktienrechts Anwendung (Art. 782 Abs. 4 OR), mithin die Art. 732 bis 735 OR (vgl. Kap. F.1.2).
- Dividenden dürfen an die Gesellschafter nur ausbezahlt werden, wenn ein Bilanzgewinn oder hierfür gebildete Reserven vorliegen (Art. 798 Abs. 1 OR).
- Die GmbH darf eigene Stammanteile nur dann erwerben, wenn frei werdendes Eigenkapital in der Höhe der hierfür nötigen Mittel vorhanden ist und der Nennwert dieser Stammanteile 10% des Stammkapitals nicht übersteigt (Art. 783 Abs. 1 OR).
- Für die Rechnungslegung (Art. 801 OR) und die Pflichten bei Kapitalverlust und Überschuldung (Art. 820 Abs. 1 OR) gelten die Bestimmungen des Aktienrechts, somit die Art. 662 bis 674 und Art. 697h OR sowie Art. 725 und Art. 725a OR (vgl. Kap. F.1.2).

Die Regelung zur *Erhöhung des Stammkapitals* (Art. 781 OR) ist stark an die aktienrechtlichen Vorschriften über die Kapitalerhöhung in den Art. 650 ff. OR angelehnt (vgl. Kap. F.1.2.2.2). Im Gegensatz zur AG ist bei der GmbH allerdings nur die ordentliche Kapitalerhöhung möglich; für die genehmigte und die bedingte Kapitalerhöhung besteht bei der GmbH aufgrund der Nähe der Gesellschaft zu den Gesellschaftern und der in der Regel geringen Anzahl an Gesellschaftern (fehlende Kapitalmarktfähigkeit) kein Bedarf. Zur Erhöhung des Stammkapitals ist eine Änderung der Statuten durch öffentlich beurkundeten Beschluss der Gesellschafterversammlung erforderlich (Art. 781 Abs. 5 Ziff. 1 und 5 i.V.m. Art. 650 Abs. 2 und Art. 651a OR). Hierfür sind mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen und die absolute Mehrheit des gesamten stimmberechtigten Stammkapitals notwendig (Art. 781 Abs. 1 i.V.m. Art. 808b Abs. 1 Ziff. 5 OR). Jeder Gesellschafter hat Anspruch auf denjenigen Teil der neu ausgegebenen Stammanteile, der seiner bisherigen Beteiligung entspricht (sog. *Bezugsrecht*, Art. 781 Abs. 5 Ziff. 2 i.V.m. Art. 652b Abs. 1 OR; vgl. auch Kap. F.2.5.2). Diese Regelung dient dem Erhalt der Mitgliedschaftsstellung und damit dem Schutz von Personen mit einer Minderheitsbeteiligung.

Die **Stammanteile** der einzelnen Gesellschafter können verschieden sein, d.h. ein Gesellschafter kann nicht nur einen einzigen, sondern auch mehrere Anteile in unterschiedlicher Höhe halten (Art. 772 Abs. 2 OR), ihr Nennwert muss aber auf mindestens 100 Franken oder ein Vielfaches von 100 Franken lauten; der Mindestnennwert darf auch im Rahmen einer Kapitalherabsetzung nicht unterschritten werden; nur im Falle einer Sanierung kann er bis auf 1 Franken herabgesetzt werden (Art. 774 OR). Sind die Stammanteile unterschiedlich hoch und ist für diesen Fall in den Statuten vorgesehen, dass – unabhängig vom Nennwert – auf jeden dieser Stammanteile eine Stimme entfällt, müssen die Stammanteile mit dem tiefsten Nennwert (sog. Stimmrechts-Stammanteile oder stimmrechtsprivilegierte Stammanteile) mindestens einen Zehntel des Nennwerts der übrigen Stammanteile aufweisen (Art. 806 Abs. 2 OR). Mit der Zeichnung der Stammanteile durch Angabe der Anzahl, des Nennwerts und des Ausgabebetrags sowie gegebenenfalls der Kategorie der Stammanteile (Art. 777a Abs. 1 OR) verpflichten sich die einzelnen Gesellschafter zur Leistung von Einlagen in der Höhe des Ausgabebetrags sowie zur Übernahme von allfälligen mit dem Stammanteil verbundenen Pflichten (Art. 777a Abs. 2 OR; vgl. Kap. F.2.5.1). Wird über Stamm-

anteile eine Urkunde ausgestellt, so kann diese nur als Beweisurkunde oder Namenpapier errichtet werden (Art. 784 Abs. 1 OR).

Schliesslich können die Statuten die Schaffung von **Genussscheinen** vorsehen, wobei die Vorschriften des Aktienrechts (Art. 657 OR) entsprechend zur Anwendung gelangen (Art. 774a OR). Genussscheine dürfen nur an Personen ausgegeben werden, die mit der Gesellschaft durch frühere Kapitalbeteiligung oder als Gesellschafter, Gläubiger, Arbeitnehmer oder in ähnlicher Weise verbunden sind (Art. 657 Abs. 1 OR). Durch Genussscheine können den Berechtigten zudem nur Ansprüche auf einen Anteil am Bilanzgewinn oder am Liquidationsergebnis oder auf den Bezug neuer Stammanteile verliehen werden (Art. 657 Abs. 2 OR); Mitwirkungsrechte wie etwa das Stimmrecht können Genussscheine hingegen nicht vermitteln (Art. 806 OR).

Merke

Das Minimalkapital bei der GmbH beträgt 20'000 Franken und muss zu 100% liberiert sein.

2.3 Gründung

Bei der Gründung muss die Gesellschaft mindestens **einen Gesellschafter** haben (Art. 772 Abs. 1 OR). Voraussetzung für die Errichtung einer GmbH ist wie bei der AG die Festlegung der **Statuten**. Als *zwingend notwendigen Inhalt* haben sie die Firma und den Sitz der Gesellschaft, den Zweck der Gesellschaft, die Höhe des Stammkapitals, die Anzahl und den Nennwert der Stammanteile sowie die Form der von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen zu enthalten (Art. 776 OR). Art. 776a OR enthält eine Auflistung des *bedingt notwendigen Statuteninhalts*. Die Gründung erfolgt, indem die Gründer in einer öffentlichen Urkunde erklären, eine GmbH zu gründen, darin die Statuten festlegen und die Organe bestellen (Art. 777 Abs. 1 OR). In diesem Errichtungsakt zeichnen die Gründer ihre Stammanteile und stellen fest, dass sämtliche Stammanteile gültig gezeichnet sind, die Einlagen dem gesamten Ausgabebetrag entsprechen, die gesetzlichen und statutarischen Anforderungen an die Leistung der Einlagen erfüllt sind und sie – sofern die Statuten solche vorsehen – die statutarischen Nachschuss- und Nebenleistungspflichten (vgl. Kap. F.2.5.1) übernehmen (Art. 777 OR).

Die GmbH erhält die *Rechtspersönlichkeit* erst mit der **Eintragung im Handelsregister**, und zwar auch dann, wenn die Voraussetzungen für die Eintragung tatsächlich nicht erfüllt sind (Art. 779 Abs. 1 und 2 OR). Für das Handeln im Namen der Gesellschaft vor deren Eintragung haften die betreffenden Personen persönlich und solidarisch (Art. 779a Abs. 1 OR). Übernimmt die Gesellschaft innerhalb von 3 Monaten nach der Eintragung Verpflichtungen, die ausdrücklich in ihrem Namen eingegangen werden, werden die Handelnden jedoch befreit und es haftet nur die Gesellschaft (Art. 779a Abs. 2 OR). Erwähnenswert ist schliesslich, dass im – öffentlich einsehbaren – Handelsregister auch die *Namen der Gesellschafter, deren Wohnsitz und Heimatort sowie die Anzahl und der Nennwert ihrer Stammanteile* einzutragen sind (Art. 791 Abs. 1 OR).

2.4 Organisation

Die GmbH weist folgende Organe auf:

- Gesellschafterversammlung
- Geschäftsführung
- Revisionsstelle

2.4.1 Gesellschafterversammlung

Die Gesellschafterversammlung ist **oberstes Organ** der Gesellschaft (Art. 804 Abs. 1 OR). Entsprechend dem Aktienrecht (vgl. Kap. F.1.5.1) stehen ihr die in Art. 804 Abs. 2 OR aufgelisteten *unübertragbaren Befugnisse* zu. Auf die Bedürfnisse der GmbH ausgerichtet sind etwa die Kompetenzen zur Festlegung der Entschädigung der Geschäftsführer (Art. 804 Abs. 2 Ziff. 6 OR), zur Genehmigung oder Verweigerung der Abtretung von Stammanteilen (Art. 804 Abs. 2 Ziff. 8 OR) oder zum Ausschluss eines Gesellschafters (Art. 804 Abs. 2 Ziff. 15 OR). Die Gesellschafterversammlung hat auch die Direktoren, Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten zu ernennen, sofern die Statuten nichts anderes vorsehen (Art. 804 Abs. 3 OR). Mit der Wahl des Geschäftsführungsorgans bleibt der Gesellschafterversammlung – aufgrund des Prinzips der Selbstorganschaft (vgl. Kap. F.2.4.2) – jedoch eine wesentliche Befugnis entzogen, vorausgesetzt, die gesetzliche Ordnung wird statutarisch nicht entsprechend modifiziert. Andererseits kann die Gesellschafterversammlung *direkt auf die Geschäftsführung Einfluss* nehmen, sofern durch die Statuten ein – obligatorischer oder fakultativer – Genehmigungsvorbehalt zu Gunsten der Gesellschafter eingeführt wird. So kann statutarisch vorgesehen werden, dass die Geschäftsführer der Gesellschafterversammlung bestimmte Entscheide zur Genehmigung vorlegen müssen (Art. 811 Abs. 1 Ziff. 1 OR) oder einzelne Fragen zur Genehmigung vorlegen können (Art. 811 Abs. 1 Ziff. 2 OR).

Die **Einberufung und Durchführung** der Gesellschafterversammlung richtet sich nach den Regeln von Art. 805 OR. Diese Ordnung entspricht weitgehend der aktienrechtlichen Regelung. In einzelnen Bestimmungen wird aber auch den Besonderheiten der GmbH Rechnung getragen, so etwa durch die Möglichkeit, die Einberufungsfrist für die Gesellschafterversammlung bis auf 10 Tage zu verkürzen (Art. 805 Abs. 3 OR) oder Beschlüsse schriftlich zu fassen, sofern nicht ein Gesellschafter die mündliche Beratung verlangt (Art. 805 Abs. 4 OR).

Das **Stimmrecht** bemisst sich nach dem Nennwert der Stammanteile auf das Stammkapital (Art. 806 OR). Unter der Einschränkung, dass das Stimmrecht einem Gesellschafter nicht vollständig entzogen werden darf, kann in den Statuten jedoch eine andere Regelung vorgesehen werden; insbesondere ist die Einführung eines Kopfstimmrechts möglich (Art. 806 Abs. 1 letzter Satz OR). Auch Stimmprivilegien können stipuliert werden, allerdings – wie bei der AG – nur bis zum Zehnfachen des Kapitaleinsatzes (Art. 806 Abs. 2 OR).

Die Statuten können einem oder mehreren Gesellschaftern ein **Vetorecht** gegen statutarisch umschriebene Beschlüsse der Gesellschafterversammlung einräumen (Art. 807 Abs. 1 OR). Dieses Recht ist unübertragbar, und zu seiner nachträglichen Einführung ist die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich (Art. 807 Abs. 2 und 3 OR).

Die **Beschlüsse** der Gesellschafterversammlung werden – soweit es das Gesetz oder die Statuten nicht anders vorsehen – grundsätzlich mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Stimmen gefasst (Art. 808 OR). Ein qualifiziertes Mehr gilt aber in einer Vielzahl gesetzlich vorgesehener Fälle (Art. 808b OR). So sind etwa qualifizierte Mehrheitsbeschlüsse von kumulativ mindestens zwei Dritteln der vertretenen Stimmen sowie der absoluten Mehrheit des gesamten stimmberechtigten Stammkapitals erforderlich für die Änderung des Gesellschaftszwecks (Art. 808b Abs. 1 Ziff. 1 OR), die Einführung von stimmprivilegierten Stammanteilen (Art. 808b Abs. 1 Ziff. 2 OR), die Erhöhung des Stammkapitals (Art. 808b Abs. 1 Ziff. 5) oder die Auflösung der Gesellschaft (Art. 808b Abs. 1 Ziff. 11 OR). Die *Anfechtung* von Gesellschafterbeschlüssen richtet sich schliesslich wiederum nach den aktienrechtlichen Vorschriften (Art. 808c i.V.m. Art. 706 f. OR).

2.4.2 Geschäftsführung

Die Geschäftsführung der GmbH hat ähnliche Aufgaben und Kompetenzen wie der Verwaltungsrat der AG (vgl. etwa die Kompetenzvermutung zu Gunsten der Geschäftsführung in Art. 810 Abs. 1 OR oder in Art. 814 Abs. 4 OR, welcher bezüglich des Umfangs und der Beschränkbarkeit der Vertretungsbefugnis explizit auf das Aktienrecht verweist). In Art. 801 Abs. 2 OR ist eine Liste von *unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben* der **Geschäftsführung** enthalten, die weitgehend derjenigen für den Verwaltungsrat der AG entspricht (vgl. auch Kap. F.1.6.2). Im Gegensatz zum Aktienrecht gilt das Prinzip der Unentziehbarkeit allerdings nur mit der markanten Einschränkung, dass durch die Statuten die Möglichkeit oder sogar die Pflicht eingeführt werden kann, dass bei bestimmten Fragen die Gesellschafterversammlung einbezogen werden muss (Art. 811 OR; vgl. Kap. F.2.4.1). Zu beachten ist, dass sich die Gesellschafter, die nicht Geschäftsführer sind, als faktische Organe verantwortlich machen können, falls es sich bei diesen Fragen um Geschäftsführungsaufgaben der GmbH handelt (vgl. Art. 827 OR).

Grundsätzlich sind alle Gesellschafter zur *Geschäftsführung* befugt, d.h. es gilt das Prinzip der **Selbstorganshaft**, wobei den Gesellschaftern diese Kompetenz nicht einzeln, sondern *nur gemeinsam* zukommt (Art. 809 Abs. 1 OR). Sofern die gesetzliche Regelung den konkreten Bedürfnissen der Gesellschaft nicht entspricht, können die Statuten allerdings eine abweichende Ordnung der Geschäftsführung vorsehen. Die Gesellschafterversammlung kann ausserdem auch Direktoren, Prokuristen sowie Handlungsbevollmächtigte ernennen (Art. 804 Abs. 3 OR). Zur *Vertretung* ist jeder Geschäftsführer berechtigt. Abweichende statutarische Regeln sind möglich, es muss jedoch mindestens ein Geschäftsführer zur Vertretung befugt sein. Zudem muss die Gesellschaft durch eine Person vertreten werden können, die Wohnsitz in der Schweiz hat (Art. 814 Abs. 1 bis 3 OR).

Das Prinzip der Selbstorganshaft aller Gesellschafter ist *dispositiver Natur*, d.h. die Geschäftsführung und Vertretung kann durch die Statuten auch nur einzelnen Gesellschaftern übertragen oder es kann das Prinzip der **Drittorganshaft** eingeführt werden. Entsprechend der aktienrechtlichen Ordnung ist es möglich, statutarisch oder durch Gesellschaftsbeschluss Geschäftsführung und Vertretung auf (natürliche) Personen zu übertragen, die nicht Gesellschafter sind (Art. 809 Abs. 2 und Art. 814 Abs. 2 und 3 OR). Zwingend ist hingegen die Vorschrift, dass die Gesellschafterversammlung den Vorsitz zu regeln hat, sofern die Gesellschaft mehrere mit der Geschäftsführung betraute Personen – egal ob Gesellschafter oder Dritte – aufweist (Art. 809 Abs. 3 OR).

Geschäftsführer sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, unterstehen dem **Gleichbehandlungsgebot**, d.h. sie müssen die Gesellschafter unter gleichen Voraussetzungen gleich behandeln (Art. 813 OR). Sie haben ihre Aufgabe mit aller **Sorgfalt** zu erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren (Art. 812 Abs. 1 OR). Sie unterstehen der gleichen **Treuepflicht** wie die Gesellschafter (Art. 812 Abs. 2 OR; vgl. auch Kap. F.2.5.1 hiernach) und dürfen konkurrierende Tätigkeiten nur dann ausüben, wenn die schriftliche Zustimmung aller übrigen Gesellschafter oder – bei entsprechender Kompetenzzuweisung durch die Statuten – der Gesellschafterversammlung vorliegt (Art. 812 Abs. 3 OR). Die Sorgfaltspflicht (vgl. Art. 812 Abs. 1 und Art. 717 Abs. 1 OR; vgl. auch Kap. F.1.6.3.1 und Kap. F.1.6.4), die Pflicht zur Beachtung des Gleichbehandlungsgebots (vgl. Art. 814 und Art. 717 Abs. 2 OR) sowie die besonderen Pflichten bei Kapitalverlust und Überschuldung (Art. 820 i.V.m. Art. 725 f. OR; vgl. Kap. F.1.2.3) entsprechen denjenigen des Aktienrechts. Die Verantwortlichkeit der Organpersonen richtet sich ebenfalls nach den aktienrechtlichen Vorschriften (Art. 827 i.V.m. Art. 752 ff. OR).

Hat die GmbH mehrere Geschäftsführer, bedürfen deren **Beschlüsse** – soweit statutarisch nichts anderes vorgesehen ist – der Mehrheit der abgegebenen Stimmen, wobei jeder Geschäftsführer über eine Stimme verfügt und dem Vorsitzenden der Stichtscheid zukommt (Art. 809 Abs. 4 OR). In Bezug auf die Nich-

tigkeit von Beschlüssen der Geschäftsführer gelten sinngemäss die gleichen *Nichtigkeitsgründe* wie für die Generalversammlungsbeschlüsse bei der AG (Art. 816 i.V.m. Art. 706b OR).

Eine **Abberufung** von Geschäftsführern ist durch die Gesellschafterversammlung jederzeit möglich (Art. 815 Abs. 1 OR). Zudem kann die **Entziehung oder Beschränkung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis** durch jeden Gesellschafter beim Richter verlangt werden, sofern ein wichtiger Grund vorliegt, namentlich wenn die betreffende Person ihre Pflichten grob verletzt oder die Fähigkeit zu einer guten Geschäftsführung verloren hat (Art. 815 Abs. 2 OR).

2.4.3 Revisionsstelle

Hinsichtlich Revision ist die GmbH der AG seit Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen zum Revisionsrecht am 1. Januar 2008 grundsätzlich gleichgestellt, für die Revisionsstelle sind die Vorschriften des Aktienrechts entsprechend anwendbar (Art. 818 Abs. 1 i.V.m. Art. 727 ff. OR; vgl. Kap. F.1.10). Die aktienrechtliche Ordnung wird einzig durch die GmbH-spezifische Ergänzung modifiziert, wonach das Recht, eine ordentliche Revision der Jahresrechnung zu verlangen, jedem Gesellschafter zusteht, der einer Nachschusspflicht unterliegt (Art. 818 Abs. 2 OR; vgl. auch Kap. F.2.5.1).

2.5 Gesellschafter

2.5.1 Pflichten

Der Gesellschafter der GmbH ist zur **100%-igen Liberierung** seines Grundkapitalanteils, d.h. zur vollen Einlage des von ihm übernommenen Anteils am Stammkapital verpflichtet (Art. 777c Abs. 1 und Art. 781 Abs. 3 OR). Das GmbH-Recht schreibt sowohl für die Gründung als auch für die Kapitalerhöhung eine **Volliberierungspflicht** vor. In den Statuten können für die Gesellschafter zudem – anders als bei der AG, wo dies nur in einem Aktionärsbindungsvertrag möglich ist (vgl. Kap. F.1.8.1 und F.1.13) – Nachschuss- und Nebenleistungspflichten vorgesehen werden (Art. 772 Abs. 2 und Art. 795 ff. OR):

Die **Nachschusspflicht** ist maximal auf das Doppelte des Nennwerts eines Stammanteils beschränkt (Art. 795 Abs. 2 OR). Sie besteht darin, dass die Gesellschafter unter bestimmten Voraussetzungen zusätzliche Einlagen zu leisten haben, und kommt insbesondere bei schlechtem Geschäftsgang zum Zuge. Nachschüsse können eingefordert werden, wenn die Summe von Stammkapital und gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist, wenn die Gesellschaft ihre Geschäfte ohne diese zusätzlichen Mittel nicht ordnungsgemäss weiterführen kann oder wenn die Gesellschaft aus in den Statuten umschriebenen Gründen Eigenkapital benötigt (Art. 795a Abs. 2 OR).

Nicht verwechselt werden darf die Nachschusspflicht mit einer persönlichen **Haftung** der Gesellschafter: Eine **Haftung der Gesellschaft** besteht *gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft*, d.h. im Aussenverhältnis; für diese Verbindlichkeiten haftet nur das Gesellschaftsvermögen. Die *Nachschusspflicht* hingegen ist eine Verpflichtung des einzelnen Gesellschafters *gegenüber der Gesellschaft*, die im Innenverhältnis dazu dienen soll, die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zu verhindern; sie stellt insofern eine Sanierungsmassnahme dar. Ihre Funktion kommt erst dann einer persönlichen Haftung der Gesellschafter gleich, wenn sie nicht rechtzeitig, sondern erst im Falle eines Konkurses geltend gemacht wird; dies deshalb, weil mit dem Eintritt des Konkurses (noch) ausstehende Nachschüsse fällig werden (Art. 795a Abs. 3 OR). Eine Herabsetzung oder Aufhebung der Nachschusspflicht ist möglich, sofern das Stammkapital und die gesetzlichen Reserven voll gedeckt sind und die Bestimmungen über die Herabsetzung des Stammkapitals eingehalten werden (Art. 795c OR). Die Rückzahlung (bereits) geleisteter Nachschüsse schliesslich ist nur aus frei verwendbarem Eigenkapital gestützt auf die schriftliche Bestätigung eines zugelassenen Revisionsexperten

zulässig (Art. 795b OR). Für Gesellschafter, die aus der Gesellschaft ausscheiden, besteht die Nachschusspflicht zudem noch während dreier Jahre weiter (Art. 795d OR).

Merke

Für Verbindlichkeiten der GmbH haftet nur das Gesellschaftsvermögen, d.h. im Aussenverhältnis *gegenüber Dritten* ist jede persönliche Haftung der Gesellschafter ausgeschlossen. Im Innenverhältnis hingegen können die Gesellschafter durch die Statuten zur Leistung von Nachschüssen *an die Gesellschaft* verpflichtet werden (Art. 795 ff. OR).

Weiter besteht die Möglichkeit der Einführung statutarischer **Nebenleistungspflichten**. Gesetzlich werden diese auf Pflichten beschränkt, die dem Zweck der Gesellschaft, der Erhaltung ihrer Selbständigkeit oder der Wahrung der Zusammensetzung des Kreises der Gesellschafter dienen (Art. 796 Abs. 2 OR). Mittels Einführung von Nebenleistungspflichten wird die GmbH in die Nähe der Personengesellschaften (vgl. Kap. E.4, E.5, E.6) und der Genossenschaft (vgl. Kap. F.4) gerückt, indem die Gesellschafter etwa dazu verpflichtet werden, bestimmte für den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft benötigte Sachen oder Rechte zur Verfügung zu stellen. Weitere Beispiele für statutarische Nebenleistungspflichten sind die Aufzehrung – entgeltlicher oder unentgeltlicher – aktiver Mitarbeit im Unternehmen der Gesellschaft oder aber die Pflicht, bei der Veräusserung von Stammanteilen Erwerbsberechtigungen (Vorhand-, Vorkaufs- und Kaufsrechte) anderer Gesellschafter oder gar Dritter anzuerkennen.

Schliesslich haben die Gesellschafter eine Reihe weiterer gesetzlicher oder allenfalls statutarischer Pflichten, welche in ihrer Gesamtheit unter dem Oberbegriff **Loyalitätspflichten** zusammengefasst werden können. Gesetzlich unterstehen die Gesellschafter namentlich einer umfassenden **Treuepflicht** und der Wahrung des Geschäftsgeheimnisses; ein eigentliches **Konkurrenzverbot** trifft den Gesellschafter nur, wenn dies die Statuten ausdrücklich vorsehen oder wenn er als Geschäftsführer tätig ist (Art. 803 und Art. 812 OR).

2.5.2 Rechte

Die **vermögensmässigen Rechte** der Gesellschafter entsprechen weitgehend denjenigen der Aktionäre (vgl. Kap. F.1.8.2.2). Die Gesellschafter haben ein *Anrecht auf Dividende*, und zwar im Verhältnis des Nennwerts ihrer jeweiligen Stammanteile – wobei geleistete Nachschüsse für die Bemessung der Dividenden dem Nennwert zuzurechnen sind (Art. 798 Abs. 3 OR) –, ein *Bezugsrecht* zum Erhalt der Mitgliedschaftsstellung bei Erhöhung des Stammkapitals (Art. 781 Abs. 5 Ziff. 2 i.V.m. Art. 652b OR) sowie Anspruch auf einen *Anteil am Liquidationserlös* (Art. 826 Abs. 1 i.V.m. Art. 745 Abs. 1 OR). Für die Dividende (Art. 798 Abs. 3 OR) und das Liquidationsergebnis (Art. 826 Abs. 1 OR) kann allerdings statutarisch eine andere Ordnung vorgesehen werden. Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so hat er zudem Anspruch auf eine Abfindung, welche dem Wert seiner Stammanteile entspricht (Art. 825 f. OR).

Die **nicht vermögensmässigen Rechte** entsprechen nur zum Teil den aktienrechtlichen Regelungen:

Als **Mitwirkungsrechte** stehen dem Gesellschafter das Recht auf *Teilnahme an der Gesellschafterversammlung* – beinhaltend das Recht auf ordnungsgemässe Einladung und Antragstellung – und das *Stimmrecht* zu (Art. 805 ff. OR). Zudem hat jeder Gesellschafter – anders als bei der AG – das Recht auf *aktive Mitwirkung bei der Geschäftsführung und Vertretung* (Prinzip der Selbstorganschaft; vgl. Kap. F.2.4.2). Auf diese Weise wird – wie bei den Personengesellschaften (vgl. Kap. E.4, E.5, E.6) – ein personenspezifischer Bezug zwischen der Mitgliedschaft und der Persönlichkeit der Gesellschafter hergestellt.

Im Weiteren haben die Gesellschafter folgende **Schutzrechte**: Das Recht, die *Gesellschafterversammlung einzuberufen* (wenn Gesellschafter, die mindestens 10% des Stammkapitals vertreten, dies verlangen; falls

Gesellschafter weniger als 10%, aber Stammanteile im Nennwert von mindestens einer Million Franken vertreten, können sie für die nächste Gesellschafterversammlung die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes verlangen (Art. 805 Abs. 5 Ziff. 2 i.V.m. Art. 699 Abs. 3 und 4 OR), das Recht auf *Anfechtung von gesetzes- oder statutenwidrigen Beschlüssen der Gesellschafterversammlung* (Art. 808c i.V.m. Art. 706 f. OR), das Recht auf *Verantwortlichkeitsklage* gegen die Gründer, die Geschäftsführer und die Mitglieder der Revisionsstelle (Art. 827 i.V.m. Art. 753 ff. OR; vgl. Kap. F.1.8.2.4 und F.1.7), sowie das Recht auf *Auflösung der Gesellschaft* aus wichtigem Grund (Art. 821 Abs. 3 OR). Dieses Recht ist im Vergleich zur aktienrechtlichen Regelung insofern erweitert, als es sich um ein unentziehbares Individualrecht handelt, welches jedem einzelnen Gesellschafter alleine zusteht.

Eine GmbH-typische Besonderheit besteht weiterhin darin, dass als Alternative zur Auflösung gesetzlich die Möglichkeit vorgesehen ist, dem klagenden Gesellschafter eine Abfindung zum wirklichen Wert seiner Stammanteile zuzusprechen (Art. 821 Abs. 3 OR in fine). Als personenbezogene Komponente steht den Gesellschaftern ausserdem – im Gegensatz zu den Aktionären – das Recht zu, aus wichtigem (auch persönlichem) Grund beim Richter auf *Austritt aus der Gesellschaft* zu klagen (Art. 822 Abs. 1 OR). Überdies steht auch der Gesellschaft das Recht zu, aus wichtigem Grund beim Richter den *Ausschluss eines Gesellschafters* zu verlangen (Art. 823 Abs. 1 OR). Diese Rechte können statutarisch von bestimmten Bedingungen abhängig gemacht bzw. dahin gehend ergänzt werden, dass ein Austritt bzw. ein Ausschluss auch ohne wichtigen Grund möglich ist (Art. 822 Abs. 2 und Art. 823 Abs. 2 OR). Im Weiteren sieht das GmbH-Recht den sog. *Anschlussaustritt* vor, und zwar als Möglichkeit weiterer Gesellschafter, sich innerhalb von 3 Monaten einem Austritt anzuschliessen und dann hinsichtlich Abfindung (vgl. vorstehender Abschnitt) dem austretenden Gesellschafter gleichgestellt zu werden (Art. 822a OR). Mit dieser Regelung wird zu verhindern versucht, dass sich in kritischen Zeiten ein Druck zum Austritt ergibt, weil ein möglichst rascher Austritt eine Privilegierung in Bezug auf die Auszahlung der Abfindung zur Folge haben könnte.

Besondere **Kontrollrechte** schliesslich sind für Gesellschafter erforderlich, welche nicht selbst an der Geschäftsführung beteiligt sind. Diese *Informations- bzw. Auskunfts- und Einsichtsrechte* orientieren sich grundsätzlich an den Vorschriften für die Mitglieder des Verwaltungsrates bei der AG und gehen bedeutend weiter als die Rechte von Aktionären: Auskunft verlangen kann der GmbH-Gesellschafter über *alle* Angelegenheiten, d.h. er kann diese Rechte auch ausserhalb der Gesellschafterversammlung wahrnehmen (Art. 802 Abs. 1 OR). Eine Einschränkung besteht nur dann, wenn zu befürchten ist, dass ein Gesellschafter die erlangten Kenntnisse zum Schaden der Gesellschaft für gesellschaftsfremde Zwecke verwendet (Art. 802 Abs. 3 OR). Ob ein solcher Fall vorliegt, ist durch die Gesellschafterversammlung und – sofern die Auskunft oder die Einsicht durch die Gesellschafterversammlung verweigert wird – durch den Richter zu entscheiden (Art. 802 Abs. 3 und 4 OR). Aufgrund dieser im Vergleich zur AG erweiterten Informationsrechte der Gesellschafter wird im GmbH-Recht auf das Institut der Sonderprüfung (vgl. für die AG Art. 697a ff. bzw. Kap. F.1.8.2.4) verzichtet; ein solches kann aber immerhin statutarisch eingeführt werden.

2.5.3 Mitgliedschaftswechsel

Ein Wechsel in der Mitgliedschaft erfolgt durch **Übertragung der Mitgliedschaft** *mittels Zession* (Art. 164 ff. OR) des Stammanteils und bedarf der *Schriftform* (Art. 785 Abs. 1 OR). Im Gegensatz zum Prinzip der freien Übertragbarkeit von Aktien und der statutarisch nur in gesetzlich vorgegebenen engen Grenzen möglichen Einschränkung dieses Grundsatzes bei der AG (vgl. Kap. F.1.9.2 ff.) sind die Stammanteile der GmbH zwar nicht – wie die Mitgliedschaftsanteile bei einer Personengesellschaft (vgl. Kap. E.4.4.3, E.5.4.3, E.6.4.3) – unübertragbar, nach der dispositiven GmbH-Ordnung besteht aber eine strenge *gesetzli-*

che *Vinkulierung* (Art. 786 OR): Der Abtretungsvertrag und die Abtretung selbst bedürfen der Zustimmung durch die Gesellschafterversammlung mit mindestens zwei Dritteln der vertretenen Stimmen und der absoluten Mehrheit des gesamten Stammkapitals (Art. 808b Abs. 1 Ziff. 4 OR). Die Übertragung kann zudem durch die Statuten von weiteren Bedingungen abhängig gemacht oder – ohne Angabe von Gründen – gänzlich ausgeschlossen werden (Art. 786 Abs. 1 und 2 OR).

Weiterhin ist ein Mitgliedschaftswechsel – anders als bei der AG – auch durch **Austritt** oder **Ausschluss** möglich (vgl. Kap. F.2.5.2). Gesellschafter und Gesellschafterwechsel sind sodann im Anteilbuch einzutragen (Art. 790 OR) und dem Handelsregisteramt mitzuteilen (Art. 791 OR). Die Mitgliedschaft muss wie bei den im Handelsregister eingetragenen Personengesellschaften offengelegt werden – im Gegensatz zur Anonymität bei der AG ein weiteres personenspezifisches Charakteristikum der GmbH.

Eine Kombination von Regeln, die im Aktienrecht für kotierte Gesellschaften einerseits und für nicht kotierte andererseits gelten, besteht schliesslich für die sog. **besonderen Erwerbsarten** der Mitgliedschaft, d.h. den *Erwerb von Stammanteilen durch Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung* (Art. 788 OR): In diesen Fällen werden die Rechte auch ohne Zustimmung durch die Gesellschafterversammlung auf die erwerbende Person übertragen, dies obwohl die Mitwirkungsrechte und namentlich das Stimmrecht (vgl. Kap. F.2.5.2) vorerst ruhen, bis die Gesellschafterversammlung über die Anerkennung als stimmberechtigter Gesellschafter entschieden hat (Art. 788 Abs. 1 und 2 OR). Die Anerkennung darf allerdings nur dann verweigert werden, wenn die Gesellschaft die Übernahme der Stammanteile zum wirklichen Wert anbietet (Art. 788 Abs. 3 OR), was *de facto* zur Einführung eines stimmrechtslosen GmbH-Gesellschafters führt.

2.6 Auflösung, Liquidation, Umstrukturierung

Art. 821, 821a und Art. 826 OR regeln die Auflösung der Gesellschaft und deren Liquidation. Das GmbH-Recht enthält allerdings kaum spezifische Vorschriften zur Auflösung und Liquidation der Gesellschaft. Stattdessen gelangt das Recht der Aktiengesellschaft zur Anwendung (Art. 821a Abs. 1 und Art. 826 Abs. 2 i.V.m. Art. 738 ff. OR; vgl. auch Kap. F.1.11.1 f.). Für Umstrukturierungen ist das Fusionsgesetz massgebend (vgl. Kap. E.2.6 und F.1.11.3).

3. Kommanditaktiengesellschaft

Die Kommanditaktiengesellschaft ist eine Gesellschaft, deren *Kapital in Aktien zerlegt* ist und bei der *ein oder mehrere Mitglieder* (Aktionäre) den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt und solidarisch gleich einem Kollektivgesellschaftler *haften* (Art. 764 Abs. 1 OR).

Die Kommanditaktiengesellschaft stellt eine *Abart der AG* dar, auf die, soweit nichts anderes vorgesehen ist, die aktienrechtlichen Bestimmungen anwendbar sind (Art. 764 Abs. 2 OR). Wesentliche Abweichungen ergeben sich aus der Stellung der unbeschränkt haftenden Aktionäre: Sie bilden die Verwaltung, es steht ihnen die Geschäftsführung und Vertretung zu (Art. 765 Abs. 1 OR) und besonders wichtige Generalversammlungsbeschlüsse bedürfen ihrer Zustimmung (Art. 766 OR).

Die Verbreitung der Kommanditaktiengesellschaft ist ausserordentlich gering, ihre Zahl beschränkt sich auf lediglich ca. ein Dutzend.

4. Genossenschaft

4.1 Definition und Grundzüge

Die Genossenschaft ist eine als Körperschaft organisierte Verbindung einer nicht geschlossenen Zahl von Personen oder Handelsgesellschaften, die in der Hauptsache die *Förderung oder Sicherung bestimmter wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder* in gemeinsamer Selbsthilfe bezweckt (Art. 828 Abs. 1 OR).

Die Genossenschaft verfolgt von Gesetzes wegen (aber nicht zwingend) einen wirtschaftlichen Zweck. Das Verschaffen von direkten Geldvorteilen ist atypisch, im Vordergrund steht die Förderung der wirtschaftlichen Interessen der Mitglieder durch das *Verschaffen von Sachvorteilen* oder das *Zurverfügungstellen von Dienstleistungen*.

Bsp.: Konsumgenossenschaften fördern die wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder durch das Anbieten von Waren zu günstigen Preisen, Baugenossenschaften durch die Vermietung möglichst preisgünstiger Wohnungen.

Bei den Genossenschaften gilt das sog. **Prinzip der offenen Tür**: Genossenschaften haben von Gesetzes wegen eine nicht geschlossene Zahl von Mitgliedern, weshalb Genossenschaften mit einem zum Voraus bestimmten Grundkapital unzulässig sind (Art. 828 OR). In eine Genossenschaft können jederzeit neue Mitglieder aufgenommen werden, wobei die Statuten den Eintritt nicht übermässig erschweren dürfen (Art. 839 OR). Diese Bestimmung begründet indessen keinen klagbaren Anspruch auf Eintritt.

Dem Prinzip der offenen Tür entspricht auch das **Austrittsrecht** des Genossenschafters, das durch die Statuten nicht übermässig erschwert werden darf (Art. 842 OR).

Genossenschaften können (müssen aber nicht) ein in Genossenschaftsanteile zerlegtes **Genossenschaftskapital** haben. Über deren Höhe wie auch über Nennwerte und Liberierung der Genossenschaftsanteile enthält das Gesetz keine Bestimmungen. Wie bei AG und GmbH bestehen Schutzvorschriften zugunsten des Genossenschaftskapitals: Offenlegung von Sacheinlagen und Sachübernahmen (Art. 833 f. OR), Pflicht zur Bildung von Reserven und starke Einschränkung von Gewinnausschüttungen (Art. 859 f. OR), Anzeigepflicht bei Überschuldung (Art. 903 OR) sowie Anwendbarkeit der aktienrechtlichen Gläubigerschutzbestimmungen bei Kapitalherabsetzung oder -aufhebung (Art. 874 Abs. 2 OR).

Merke

Die Genossenschaft bezweckt die Förderung oder Sicherung bestimmter wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe. Es gilt das Prinzip der offenen Tür.

4.2 Gründung

Bei der Gründung einer Genossenschaft müssen mindestens *sieben Mitglieder* beteiligt sein (Art. 831 Abs. 1 OR). Sie müssen die *Statuten* mit dem in Art. 832 OR aufgelisteten zwingend notwendigen und dem in Art. 833 OR festgehaltenen bedingt notwendigen Inhalt *schriftlich* (und nicht wie bei AG oder GmbH in öffentlicher Urkunde) festhalten. Die konstituierende Versammlung muss die Statuten genehmigen und die notwendigen Organe bestellen (Art. 834 OR)

Die Genossenschaft erhält die *Rechtspersönlichkeit* erst mit der *Eintragung im Handelsregister* (Art. 838 OR).

4.3 Organisation

Die Genossenschaft hat die folgenden Organe:

- Generalversammlung
- Verwaltung
- Revisionsstelle

4.3.1 Generalversammlung

Oberstes Organ der Genossenschaft ist die Generalversammlung der Genossenschafter (Art. 879 Abs. 1 OR). Es stehen ihr die in Art. 879 Abs. 2 OR genannten unübertragbaren Befugnisse zu. Bei Genossenschaften, die mehr als 300 Mitglieder zählen oder bei denen die Mehrheit der Mitglieder aus anderen Genossenschaften besteht, können die Statuten bestimmen, dass Befugnisse der Generalversammlung ganz oder zum Teil durch schriftliche Stimmabgabe (*Urabstimmung*) der Genossenschafter ausgeübt werden (Art. 880 OR).

In der Generalversammlung gilt im Gegensatz zur AG das **Kopfstimmprinzip**: Jeder Genossenschafter hat eine Stimme (Art. 885 OR).

Bsp.: Die Genossenschaft X beschafft sich ihre Mittel durch die Ausgabe von Anteilsscheinen. Die Statutenbestimmung, wonach der Besitz eines Anteilsscheines zur Abgabe einer Stimme an der Generalversammlung berechtigt und für je zwei weitere Anteilsscheine eine Stimme mehr abgeben werden kann, ist unzulässig. Die Genossenschafter müssen unabhängig von ihrer Kapitalbeteiligung im Stimmrecht gleichberechtigt sein.

Die Beschlüsse werden, soweit das Gesetz oder die Statuten es nicht anders vorsehen, grundsätzlich mit der absoluten Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst (Art. 888 Abs. 1 OR). Für wichtige Beschlüsse sieht das Gesetz Mehrheiten von 2/3 und 3/4 vor (Art. 888 Abs. 2 und Art. 889 Abs. 1 OR).

4.3.2 Verwaltung

Die Verwaltung besteht aus mindestens drei von der Generalversammlung gewählten Personen, wobei die *Mehrheit aus Genossenschaf tern* bestehen muss (Art. 894 Abs. 1 OR). Der Verwaltung obliegt die Geschäftsführung und Vertretung. Art. 902 und Art. 903 OR auferlegen ihr weitere Pflichten, jedoch fehlt eine der aktienrechtlichen Bestimmung von Art. 716 OR entsprechende Kompetenzvermutung zugunsten der Verwaltung. Die Statuten können die Verwaltung ermächtigen, einen Teil der Pflichten und Befugnisse einem von ihr gewählten Verwaltungsratsausschuss zu übertragen (Art. 897 OR); ebenso können sie eine Ermächtigung der Generalversammlung oder Verwaltung enthalten, die Geschäftsführung und Vertretung an Dritte zu übertragen (Art. 898 OR). Umfang und Beschränkung der Vertretungsmacht entsprechen der aktienrechtlichen Regelung (Art. 899 Abs. 1 und 2 OR; vgl. Kap. F.1.6.3.2).

4.3.3 Revisionsstelle

Für die Revisionsstelle sind die Vorschriften des Aktienrechts entsprechend anwendbar (Art. 906 Abs. 1 OR; vgl. Kap. F.1.10).

Das Genossenschaftsrecht enthält lediglich zwei spezielle Vorschriften: So sieht Art. 906 Abs. 2 OR vor, dass 10% der Genossenschafter, Genossenschafter, die zusammen mindestens 10% des Anteilscheinkapitals vertreten oder Genossenschafter, die einer persönlichen Haftung oder einer Nachschusspflicht unterstehen, eine ordentliche Revision der Jahresrechnung verlangen können. Und bei Genossenschaften mit einer persönlichen Haftung oder Nachschusspflicht der Genossenschafter hat die Revisionsstelle als besondere Aufgabe zu prüfen, ob das Genossenschafterverzeichnis korrekt geführt wird; sofern die Genossenschaft über keine Revisionsstelle verfügt, muss die Verwaltung das Genossenschafterverzeichnis durch einen zugelassenen Revisor prüfen lassen (Art. 907 OR).

4.4 Genossenschafter

4.4.1 Pflichten

Gesetzlich vorgeschrieben ist einzig die **Treuepflicht** des Genossenschafers (Art. 866 OR). Bestehen bei einer Genossenschaft Anteilscheine, so muss jeder Genossenschafter mindestens einen übernehmen.

Die Festlegung einer (einmaligen oder periodischen) **Beitragspflicht** und von weiteren persönlichen **Leistungspflichten** ist zulässig und wird der Regelung in den **Statuten** vorbehalten (Art. 867 OR). Diese können insbesondere eine beschränkte oder unbeschränkte **Nachschusspflicht** und eine subsidiäre, beschränkte oder unbeschränkte **persönliche Haftung** der Genossenschafter vorsehen (Art. 869 ff. OR).

4.4.2 Rechte

Direkt aus dem genossenschaftlichen Zweck der Mitgliederförderung (Art. 828 Abs. 1 OR) folgt das **Recht auf Benützung der genossenschaftlichen Einrichtungen**.

Bsp.: Die Genossenschafter einer landwirtschaftlichen Verwertungsgenossenschaft haben Anspruch auf Benützung der Verwertungseinrichtungen und der Lagerräume.

Vermögensmässige Rechte *richten sich ausschliesslich nach den Statuten*. Ein Recht auf einen *Anteil am Reinertrag* besteht nur, wenn dies statutarisch festgehalten ist; andernfalls fällt der Reingewinn in seinem ganzen Umfang in das Genossenschaftsvermögen (Art. 859 OR). Ein Recht des aus der Genossenschaft Ausscheidenden auf *Abfindung* bzw. *Rückzahlung des Anteilscheins* besteht ebenfalls nur bei Vorliegen einer entsprechenden Statutenbestimmung (Art. 864 f. OR); Gleiches gilt für den Anspruch auf Anteil am Liquidationserlös (Art. 913 Abs. 4 OR).

Als **Mitwirkungsrechte** stehen dem Genossenschafter das Recht auf *Teilnahme an der Generalversammlung* – beinhaltend das Recht auf ordnungsgemässe Einladung, Antragstellung und auf Vertretung – und das *Stimmrecht* zu (Art. 881 ff. OR).

Die Genossenschafter haben folgende **Schutzrechte**: Das Recht auf *Einberufung der Generalversammlung* (wenn dies mindestens 10% der Genossenschafter verlangen; Art. 881 Abs. 2 OR), das Recht auf *Anfechtung von gesetz- oder statutenwidrigen Gesellschaftsbeschlüssen* (Art. 891 OR) und auf *Verantwortlichkeitsklage* gegen die Mitglieder der Verwaltung, Geschäftsführung und Kontrollstelle (Art. 916 ff. OR) sowie das Recht auf *Austritt aus der Genossenschaft* aus wichtigem (auch persönlichem) Grund (Art. 822 OR). Ein Recht auf Auflösung der Genossenschaft aus wichtigem Grund, wie es bei der AG und der GmbH vorgesehen ist, hat der Genossenschafter nicht.

Merke

Das hauptsächliche Recht des Genossenschafers ist das Recht auf Benützung der genossenschaftlichen Einrichtungen. Vermögensmässige Rechte hat der Genossenschafter nur, wenn solche statutarisch vorgesehen sind.

4.4.3 Mitgliedschaftswechsel

Der Mitgliedschaftswechsel erfolgt bei der Genossenschaft in der Regel durch **Eintritt bzw. Austritt**. In eine Genossenschaft können jederzeit neue Mitglieder eintreten, die Statuten dürfen den Eintritt nicht übermässig erschweren (Art. 839 OR). Ebenfalls besteht ein grundsätzlich freies Austrittsrecht, das durch die Statuten nur in engen Grenzen eingeschränkt werden kann (Art. 842 ff. OR). Es besteht die Möglichkeit des **Ausschlusses** eines Genossenschafers aus in den Statuten genannten oder aus wichtigen Grün-

den (Art. 846 OR). Eine **Übertragung** der Mitgliedschaft durch Zession des Anteilscheins macht den Erwerber nicht automatisch zum Genossenschafter, erforderlich ist ein Gesetz und Statuten entsprechender Aufnahmebeschluss der Genossenschafter (Art. 849 Abs. 1 OR). Schliesslich endet die Mitgliedschaft mit dem **Tod** des Genossenschafers (Art. 847 Abs. 1 OR).

4.5 Auflösung und Liquidation

Die **Auflösungsgründe** in Art. 911 OR entsprechen denjenigen der AG (vgl. Kap. F.1.11.1) mit der Ausnahme, dass es keine Auflösung der Genossenschaft aus wichtigen Gründen durch den Richter gibt.

Die in Art. 913 OR festgehaltene **Liquidation** folgt im Wesentlichen den aktienrechtlichen Regelungen (vgl. Kap. F.1.11.2) mit dem Unterschied, dass ein Liquidationsüberschuss zu genossenschaftlichen Zwecken oder zur Förderung gemeinnütziger Bestrebungen verwendet wird, sofern die Statuten keine Verteilung an die Genossenschafter vorsehen.

5. Verein

5.1 Definition und Grundzüge

Der Verein ist im ZGB geregelt (Art. 60 ff. ZGB). Er ist eine körperschaftlich organisierte Personenverbindung zur Verfolgung nicht wirtschaftlicher Zwecke.

Der Verein ist eine juristische Person. Er erlangt die **Rechtspersönlichkeit**, sobald der Wille, als Körperschaft zu bestehen, aus den **Statuten** ersichtlich ist (Art. 60 Abs. 1 ZGB). Besteht kein entsprechender Wille der Beteiligten, eine rechts- und handlungsfähige Vereinigung zu bilden, liegt eine einfache Gesellschaft vor (Art. 62 ZGB).

Bsp.: Ein Kegelclub, der zwar über eine minimale Organisation, aber über keine Statuten verfügt, ist kein rechtsfähiger Verein (also keine juristische Person), sondern eine einfache Gesellschaft.

Die **Haftung für Vereinsschulden** wurde mit einer Gesetzesänderung, welche per 1. Juni 2005 in Kraft trat, neu geregelt. Für die Verbindlichkeiten des Vereins haftet das Vereinsvermögen, und zwar ausschliesslich, sofern die Statuten nichts anderes bestimmen (Art. 75a ZGB). Das bisherige Recht enthielt in Art. 71 Abs. 2 ZGB eine eigentliche Gesetzesfalle, indem es eine anteilige Nachschusspflicht und damit Haftung der Mitglieder zur Deckung der Vereinsschulden vorsah für den Fall, dass die maximale Höhe der Mitgliederbeiträge nicht statutarisch festgeschrieben war; Art. 71 Abs. 2 ZGB wurde per 1. Juni 2005 ausser Kraft gesetzt.

Vereine dürfen zur Verfolgung ihrer ideellen Aufgaben ein **nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe** betreiben. Diesfalls müssen sie sich im Handelsregister eintragen lassen (Art. 61 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB). Betreibt ein Verein kein solches Gewerbe, ist die Eintragung im Handelsregister möglich, aber nicht vorgeschrieben. Die Eintragung hat in beiden Fällen bloss deklaratorische Bedeutung.

Vereine mit **wirtschaftlicher Zwecksetzung** sind gesetzlich nicht vorgesehen (vgl. Art. 60 Abs. 1 ZGB). Sie werden in der Praxis dennoch als zulässig erachtet und toleriert, allerdings nur, wenn sie kein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben (vgl. dazu näher Kap. E.2.5.2).

Merke

Vereine mit ideeller Zwecksetzung dürfen ein kaufmännisches Gewerbe betreiben, Vereine mit wirtschaftlicher Zwecksetzung dagegen nicht.

| | Nichtwirtschaftlicher Zweck | Wirtschaftlicher Zweck |
|--|--|--|
| Verein ohne kaufmännisches Unternehmen | Zulässig (Art. 60 Abs. 1 ZGB) Kein Eintrag im Handelsregister notwendig | Zulässigkeit umstritten, vom Bundesgericht bejaht (BGE 90 II 333 ff.) Kein Eintrag im Handelsregister notwendig |
| Verein mit kaufmännischem Unternehmen | Zulässig (Art. 61 Abs. 2 ZGB) Eintrag im Handelsregister obligatorisch | Unzulässig |

Abb. 64: Zweckverfolgung und kaufmännische Tätigkeit des Vereins

5.2 Organisation

Der Verein hat von Gesetzes wegen folgende Organe:

- Vereinsversammlung
- Vorstand
- Revisionsstelle (bei gewissen Konstellationen)

Die **Vereinsversammlung** ist oberstes Organ des Vereins (Art. 64 Abs. 1 ZGB). Sie wählt den Vorstand und entscheidet in allen Angelegenheiten, die nicht anderen Organen des Vereins übertragen sind. Nach dispositiver Gesetzesvorschrift beschliesst sie über die Aufnahme und den Ausschluss von Mitgliedern. Die Vereinsversammlung hat die Aufsicht über die Tätigkeit der Organe und kann diese jederzeit abberufen (Art. 65 ZGB). Beschlüsse werden mit der absoluten Mehrheit der anwesenden Mitglieder, die *alle das gleiche Stimmrecht* haben, gefasst (Art. 67 ZGB).

Der **Vorstand** hat das Recht und die Pflicht, nach den ihm in den Statuten eingeräumten Befugnissen die Angelegenheiten des Vereins zu besorgen. Es obliegt ihm die Geschäftsführung und die Vertretung. Im Zweifel beurteilen sich Umfang und Beschränkung der Vertretungsmacht wie bei Körperschaften des Obligationenrechts (vgl. dazu insbes. Kap. F.1.6.3.2).

Der Verein muss seine Buchführung durch eine **Revisionsstelle** *ordentlich* prüfen lassen, wenn zwei der nachstehenden Grössen in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren überschritten werden: Bilanzsumme von CHF 10 Mio., Umsatz von CHF 20 Mio. und 50 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt (Art. 69b Abs. 1 ZGB). Der Verein muss seine Buchführung durch eine Revisionsstelle *eingeschränkt* prüfen lassen, wenn ein Vereinsmitglied, das einer persönlichen Haftung oder einer Nachschusspflicht unterliegt, dies verlangt (Art. 69b Abs. 2 ZGB). *Aufgrund der in der Schweiz herrschenden Vereinsstrukturen dürften damit die meisten Vereine keiner Revisionspflicht unterliegen.*

5.3 Mitgliedschaft und Rechtsstellung der Mitglieder

Die Mitgliedschaft entsteht durch Teilnahme an der Gründung oder durch späteren Beitritt, der jederzeit möglich ist (Art. 70 Abs. 1 ZGB). Im Gegensatz zur Genossenschaft fehlt aber eine Bestimmung, wonach die Statuten den Beitritt nicht übermässig erschweren dürfen; die Vereine *können sich gegen neue Mitglieder somit abschliessen*. Die Mitgliedschaft wird in der Regel durch *Austritt* unter Beachtung einer sechsmonatigen Frist auf das Ende eines Kalenderjahres beendet (Art. 70 Abs. 2 ZGB). Obwohl im Gesetz nicht vor-

gesehen, anerkennt die Rechtsprechung bei Vorliegen wichtiger Gründe ein sofortiges Austrittsrecht ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist. Die Mitgliedschaft ist *weder übertragbar noch vererblich* (Art. 70 Abs. 3 ZGB). Die Statuten können die Gründe bestimmen, aus denen ein Mitglied ausgeschlossen werden darf, sie können aber auch die Ausschliessung ohne Grundangabe gestatten (Art. 72 Abs. 1 ZGB).

Merke

Anders als Genossenschaften können sich Vereine gegen neue Mitglieder abschliessen.

Art. 71 ZGB regelt in seiner neuen Fassung (in Kraft seit 1. Juni 2005), dass **Beiträge** von Mitgliedern erhoben werden können, sofern die Statuten dies vorsehen. Ist eine solche statutarische Grundlage gegeben, kann die Festsetzung des konkreten Betrages durch Beschluss des zuständigen Vereinsorgans erfolgen. Es besteht für den Verein aber keine Pflicht, Beiträge zu erheben. Die im bisherigen Recht in Art. 71 Abs. 2 ZGB geregelte eventuelle Nachschusspflicht der Mitglieder zur Deckung der Vereinsschulden wurde per 1. Juni 2005 aufgehoben.

In der Regel bestehen beim Verein ausser **Benutzungsrechten** *keine eigentlichen vermögensmässigen Rechte* (insbesondere kein Anspruch auf Gewinnanteil).

Bsp.: Beispiele für Benutzungsrechte: Benutzung der Sportanlagen, Empfang von Informationen, Gebrauch der Bibliothek

Als **Mitwirkungsrecht** besteht das *Stimmrecht* (mit dem Recht auf Einladung und Antragstellung an der Vereinsversammlung). **Schutzrechte** sind das Recht auf *Anfechtung* von gesetzes- oder statutenwidrigen Beschlüssen (nicht nur Beschlüsse der Vereinsversammlung, sondern auch solche des Vorstandes; Art. 75 OR) und der *Anspruch auf Beibehaltung des Vereinszweckes* (Art. 74 ZGB).

Merke

Die Mitglieder des Vereins haben in der Regel keine vermögensmässigen Rechte.

5.4 Entstehung und Beendigung

Der Verein entsteht, sobald aus den in schriftlicher Form errichteten **Statuten** der *Wille hervorgeht, als Körperschaft zu bestehen*. Die Eintragung im Handelsregister hat immer nur deklaratorische Bedeutung.

Der Verein wird aufgelöst bei entsprechendem Vereinsbeschluss (Art. 76 ZGB), bei Zahlungsunfähigkeit (Art. 77 ZGB), bei Unmöglichkeit, den Vorstand statutengemäss zu bestellen (Art. 77 ZGB) und bei Widerrechtlichkeit oder Unsittlichkeit des Vereinszwecks (Art. 78 OR).

Die **Liquidation** richtet sich nach den Vorschriften der Genossenschaft (Art. 58 ZGB i.V.m. Art. 913 OR; vgl. Kap. F.4.5).

Fragen und Fälle für das Selbststudium, Teil F

1. Was ist eine Sacheinlagegründung? Worin liegt die Gefahr dieser Gründungsart, und wie wird dieser Gefahr Rechnung getragen?
2. Was für eine Rechtsform bilden die Gründer einer Aktiengesellschaft vor der Gründung?
3. Rolf Muster, Susanne König und Hanin Helfer wollen eine Aktiengesellschaft zum Betrieb eines Restaurants gründen, und zwar mit dem minimal erforderlichen Kapital. Rolf Muster zahlt vor der Gründung CHF 50'000 auf das Konto der Aktiengesellschaft bei einer Bank ein. Susanne König und Hanin Helfer zeichnen bei der Gründung je eine Namenaktie à CHF 10. Am Tag der Publikation der Gründung der Gesellschaft im Schweizerischen Handelsamtsblatt übertragen sie ihre beiden Aktien an Rolf Muster. Ist alles rechtmässig? Rolf Muster hat private Schulden. Können seine Gläubiger die Aktiengesellschaft dafür belangen?
4. Welche Angaben über eine Aktiengesellschaft müssen im Handelsregister eingetragen werden?
5. Die Statuten der Virtex AG schreiben in Art. 9 eine Treuepflicht der Aktionäre fest. Was halten Sie davon?
6. Anton Meier (Präsident des Verwaltungsrates) und Selina Müller (Verwaltungsrätin) sind beide zu je 50% an der Prospekta AG beteiligt. Wer hat den Stichtscheid, wenn sich die beiden Aktionäre nicht einigen können: a) Im Verwaltungsrat? b) In der Generalversammlung?
7. Die Geyer AG hat 3 Aktionäre, Kuhn, Kunz und Kundert. In der Einladung zur ordentlichen Generalversammlung sind lediglich Datum und Ort (Restaurant Zum wilden Mann) angegeben, es fehlen dagegen Angaben über die Traktanden sowie die Anträge des Verwaltungsrates. Kann die GV trotzdem stattfinden?
8. Was fällt zwingend in die Zuständigkeit der Generalversammlung der Aktionäre?
9. Welche sind die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates?
10. Was sind Aktionärbindungsverträge?
11. Wie lauten die aktienrechtlichen Grundsätze ordnungsmässiger Rechnungslegung?
12. Nennen Sie mögliche Auflösungsgründe für eine AG?
13. Charakterisieren Sie die Rechtsform der GmbH.
14. Charakterisieren Sie die Rechtsform der Genossenschaft.
15. Der Baugenossenschaft Kristallina gehören 30 Mitglieder an. Die Statuten sehen eine Nachschusspflicht von CHF 5'000 pro Mitglied vor. Der neu gewählte Verwalter der Gesellschaft hätte die Möglichkeit, für die Kristallina ein Grundstück sehr preiswert zu kaufen. Da die Kristallina nicht über genügend flüssige Mittel verfügt, fordert er die Mitglieder auf, innert Monatsfrist CHF 5'000 nachzuschüssen. Die Genossenschafterin Helena Marti ist an der Kristallina nicht mehr besonders interessiert und fragt Sie an, ob sie zahlen müsse.

Antworten zu den Fragen und Fällen zum Selbststudium

Antworten zu den Fragen und Fällen Teil A

Zu A.1.

ZGB und OR bilden materiell eine Einheit. Formell ist das OR der fünfte Teil des ZGB, hat aber eine eigene Nummerierung. Art. 7 ZGB bestimmt, dass die allgemeinen Bestimmungen des OR auch auf andere zivilrechtliche Verhältnisse Anwendung finden. Die Auslegung von Art. 7 ZGB ergibt aber, dass der Wortlaut zu eng gefasst ist und alle Bestimmungen des Allgemeinen Teils des OR sich auf die Verhältnisse des ZGB anwenden lassen. Diese Übernahme darf allerdings nur sinngemäss, d.h. analog erfolgen.

Regelungen allgemeiner Natur des ZGB (z.B. Art. 1-10, 13-16, 27/28, 52-59) finden unmittelbare Anwendung auf die obligationenrechtlichen Verhältnisse.

Zu A.2.

Sie stellen sich folgende drei Fragen

- Ist das Gesetz rechtsgültig? Lösung: Nachschauen in der AS, Aktualisierungen/Ausserkraftsetzung durch spätere Gesetze
- Ist der Wortlaut korrekt? Lösung: Wortlaute, Titel und Marginalien des deutschen, französischen und italienischen Texts müssen beachtet werden. Zudem kann ein Text auch ein Redaktionsversehen enthalten.
- Was ist der massgebliche Sinn des Wortlautes? Lösung: Gesetzesauslegung nach den bekannten Auslegungsmethoden.
- Beachten Sie ausserdem Richterrecht und Gewohnheitsrecht!

Zu A.3.

Der vorgelegte Gesetzesparagraph ist auszulegen. Die Gesetzesauslegung dient dazu, den gedanklichen Inhalt einer Norm zu ermitteln. Dabei ist der objektive Sinn der Norm entscheidend und nicht etwa der subjektive, d.h. wie der einzelne die Norm versteht. Entscheidend ist einzig derjenige Sinn, den ein vernünftiger Bürger der Vorschrift entnehmen kann. In casu kommen zur Anwendung:

- Grammatikalische Methode: Ausgangslage ist der Wortlaut des Gesetzes. Er kann allerdings nie den gesamten Gehalt einer Bestimmung beinhalten und darf daher nicht isoliert betrachtet werden.
- Systematische Methode: Eine Gesetzesnorm muss immer im Zusammenhang mit den anderen Bestimmungen ausgelegt werden. Beachte zudem die formalen Auslegungsregeln des Analogieschlusses, des Umkehrschlusses und des Vorranges von *lex specialis* vor *lex generalis*. Weiter ist die verfassungskonforme Auslegung der entsprechenden Gesetzesnorm zu beachten.
- Teleologische Methode: Hier geht es um die *ratio legis*, um den Sinn und Zweck der Gesetzesbestimmung. Man darf allerdings nicht vom übergeordneten Sinn des Gesetzes auf den Inhalt einer einzelnen Bestimmung schliessen. So kann der übergeordnete Sinn des gesamten Gesetzes z.B. Umweltschutz sein, die konkrete Bestimmung jedoch den Bevölkerungsschutz zum Inhalt haben.
- Realistische Methode: Besonders für die Praxis von Bedeutung. Ein Auslegungsergebnis muss praktikabel sein.
- Historische Methode: Jedes Gesetz hat eine Vorgeschichte. Protokolle und Unterlagen zur Entstehungszeit des Gesetzes können bei der Ermittlung des objektiven Sinnes einer Bestimmung hilfreich sein. Eine allfällige Rechtsfortbildung ist vom Richter zu begründen.

Führt die Auslegung zu unterschiedlichen Resultaten, muss zugunsten jener Lösung entschieden werden, die überzeugender, praktikabler und insgesamt gerechter ist (→ Methodenpluralismus).

Zu A.4.

«Guter Glaube» ist das Fehlen des (subjektiven) Bewusstseins eines Mangels in einem Recht, wenn dieses Recht (objektiv) so gar nicht besteht (Beispiel: Annahme des Käufers, der Verkäufer sei Eigentümer, was er gar nicht ist). Wichtig: Ob jemand gutgläubig war oder nicht, spielt überhaupt nur in den Fällen eine Rolle, für die der Gesetzgeber an den Bestand des guten Glaubens bestimmte Rechtsfolgen geknüpft hat (Art. 3 ZGB: «Wo das Gesetz ...»). Es treten dann diese Rechtsfolgen ein, die andere sind als im Fall der Bösgläubigkeit. Sie müssen aber keineswegs dem entsprechen, was der Gutgläubige selbst sich vorgestellt hat.

Zu A.5.

Nein. Nach Art. 3 Abs. 1 ZGB wird der gute Glaube vermutet. Diese Vermutung stellt eine Umkehr der Beweislastverteilung von Art. 8 ZGB dar. Dies hat zur Folge, dass es – obwohl Petra behauptet gutgläubig gewesen zu sein – Sache von Hanna Holzer ist, ihr das Gegenteil – d.h. Bösgläubigkeit – nachzuweisen.

Zu A.6.

Vater Poppen soll die Sache auf sich beruhen zu lassen. Zwar ist Paulina unmündig und somit beschränkt handlungsunfähig (ihre Urteilsfähigkeit kann hier angenommen werden), doch kann sie über einen Teil ihres Vermögens verfügen. Dazu gehört neben ihrem Taschengeld und kleineren Geldgeschenken auch ihr Lehrlingslohn. Ihre finanziellen Verpflichtungen müssen aber in Relation zu ihrem Verdienst stehen. Für Ausgaben, die diesen Rahmen sprengen, ist die ausdrückliche Zustimmung der Eltern nötig. Paulinas Discman befindet sich aber innerhalb dieses Rahmens. Anders hätte es ausgesehen, wenn sie sich für ein paar tausend Franken ein Home-Video-Set gekauft hätte. In einem solchen Fall wäre die Zustimmung der Eltern nötig gewesen.

Zu A.7.

Nach dem ZGB hat notwendig jedermann einen Wohnsitz (im Rechtssinn). Das Gesetz bestimmt, welcher das ist. Im Einzelnen:

- Zunächst bestimmt sich der Wohnsitz nach Art. 23 Abs. 1 ZGB (dazu noch Frage 8).
- Nach Art. 24 Abs. 1 bleibt der einmal begründete Wohnsitz einer Person bis zur Begründung eines neuen Wohnsitzes bestehen (dadurch werden zeitliche Lücken bei einem Wohnsitzwechsel oder der Aufgabe des Wohnsitzes vermieden); nach Abs. 2 gilt der Aufenthaltsort als Wohnsitz, wenn ein früherer Wohnsitz fehlt oder nicht beweisbar ist (Notwendigkeit des Wohnsitzes).
- Nach Art. 23 Abs. 2 ZGB kann niemand an mehreren Orten zugleich Wohnsitz haben (Einheit des Wohnsitzes).

Zu A.8.

Der Wohnsitz bestimmt sich nach zwei Komponenten, einer subjektiven und einer objektiven, und beide müssen gegen aussen in Erscheinung treten und für Dritte erkennbar sein. Massgebend ist nicht die tatsächliche Absicht einer Person, wo sich ihr Wohnsitz befinden soll, sondern das, was die Umwelt als «Mittel- oder Schwerpunkt der Lebensbeziehungen» jener Person zu erkennen glaubt. Dazu werden folgende Kriterien herangezogen:

- Selbstzweck des Aufenthaltes an einem bestimmten Ort (vgl. Art. 26 ZGB betreffend die Sonderzwecke);
- Besitz einer geeigneten Wohngelegenheit;
- regelmässige Rückkehr dorthin;
- Angehörige oder Freunde;
- Verkehr mit den Behörden (Steuern, Ausübung politischer Rechte, Hinterlegung der Papiere)

Achtung: Alle diese Kriterien sind nur Indizien, die zusammen ein Gesamtbild ergeben, keines der Kriterien ist für sich allein entscheidend!

Zu A.9.

Wie bei den natürlichen Personen auch, so ist der (Wohn)sitz auch bei der juristischen Person Anknüpfungspunkt für:

- Erfüllungshandlungen im rechtsgeschäftlichen Verkehr;
- Anknüpfung für behördlichen Umgang (Achtung: Dies gilt nicht für den Verkehr mit den Steuerbehörden. Der formale Wohnsitz der juristischen Person muss nicht mit dem Steuerdomizil übereinstimmen);
- Prozessuale Belangbarkeit

Zu A.10.

Ist eine bestimmte Rechtsfrage im Besonderen Teil nicht geregelt, so gelten die Bestimmungen des Allgemeinen Teils. Die speziellere Bestimmung verdrängt in der Regel die allgemeine Bestimmung (→ *lex specialis derogat legi generali*!).

Zu A.11.

Während die Obligation ein relatives Recht darstellt und nur Rechte verleiht, die gegenüber dem jeweiligen Vertragspartner geltend gemacht werden können, gelten absolute Rechte gegenüber jedermann.

Es gilt somit: Obligatorische (relative) Rechte «kleben» an der Person, dingliche (absolute) Rechte «kleben» an der Sache.

Zu A.12.

Der Einwand von V, dass er den Vertrag mit dem Hersteller verletze, wenn er K das Auto zu einem so tiefen Preis verkaufe, ist nicht stichhaltig. Der Vertrag zwischen V und dem Hersteller begründet lediglich relative Rechte und Pflichten, sie gelten also nur zwischen den Vertragspartnern und können im konkreten Fall dem K (der am Vertrag nicht beteiligt ist) nicht entgegengehalten werden. Zudem hätte V die Verpflichtung, den Wagen nicht zu einem so tiefen Preis zu verkaufen, bereits bei Abschluss des Kaufvertrages mit K und nicht erst bei dessen Erfüllung beachten müssen.

Zu A.13.

Die wichtigsten Entstehungsgründe sind (in absteigender Reihenfolge der praktischen Relevanz) Vertrag (Art. 1 bis 40 OR), unerlaubte Handlung (Art. 41 bis 61 OR) und ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 bis 67 OR). Daneben gibt es zahlreiche andere Entstehungsgründe. Das Gesetz unterscheidet zwischen Obligationen aus Rechtsgeschäft (z.B. Beschlüsse, einseitige Rechtsgeschäfte wie Testament, Ausübung eines Gestaltungsrechts) und Obligationen aus Gesetzesvorschrift (z.B. Geschäftsführung ohne Auftrag, gesetzliche Schuldverhältnisse aus dem Familien- und Erbrecht). Durch Richterrecht wurde zudem die vorvertragliche Haftung aus *Culpa in Contrahendo* (c.i.c.) entwickelt, welche allerdings in der Praxis nur selten greift.

Zu A.14.

Prüfung eines Anspruchs aus Vertrag:

Der Mieter hat die Pflicht, die gemietete Sache sorgfältig zu gebrauchen (Art. 257f. OR). Im vorliegenden Fall hat der Mieter gegen diese Vorschrift verstossen und wird darum ersatzpflichtig (Schlechterfüllung des Vertrages, Verletzung einer Nebenpflicht).

Prüfung eines Anspruchs aus unerlaubter Handlung:

- Verstoss gegen Verhaltenspflichten (Rechtswidrigkeit)
- Rechtsgutverletzung
- Kausalität
- Verschulden

Die Voraussetzungen beider Anspruchsgrundlagen sind erfüllt. Gemäss Bundesgericht herrscht stets Anspruchskonkurrenz, wenn durch die Verletzung einer vertraglichen Pflicht eine unerlaubte Handlung begangen wurde. Der Vermieter kann also beide Anspruchsgrundlagen gleichzeitig geltend machen; bei der Erfüllung eines Anspruchs geht der andere jedoch unter.

Insbesondere mit Bezug auf die Beweislastverteilung ist es für den Vermieter in der Regel günstiger, den vertraglichen Anspruch geltend zu machen, denn bei einer Vertragsverletzung wird das Verschulden im Gegensatz zur unerlaubten Handlung vermutet.

Zu A.15.

Der Tatbestand der unerlaubten Handlung ist grundsätzlich in Art. 41 ff. OR geregelt. Es können die Hauptgruppen Verschuldenshaftung und Gefährdungshaftung unterschieden werden:

Die Verschuldenshaftung basiert darauf, dass man einer Person das schadensstiftende Ereignis persönlich vorwerfen kann (Verschulden). Bei der so genannten einfachen oder «milden» Kausalhaftung handelt es sich letztlich nicht um eine «kausale» (d.h. verschuldensunabhängige Haftung), wie die Bezeichnung vermuten liesse, sondern lediglich um eine Verschuldenshaftung mit Beweislastumkehr: Während bei der normalen Verschuldenshaftung der Geschädigte das Verschulden des Schädigers beweisen muss, wird bei der einfachen Kausalhaftung das Verschulden vermutet, der Schädiger kann aber durch den Sorgfaltsbeweis diese Vermutung widerlegen und sich so von der Haftung befreien.

Anders ist die Lage bei den Gefährdungshaftungen: Hier besteht keine Entlastungsmöglichkeit, der Schädiger haftet verschuldensunabhängig. Diese Rechtsfolge ist für Tätigkeiten bzw. Anlagen mit hoher Schadenshäufigkeit (z.B. Autofahren) oder grosser Schadensintensität (z.B. Atomkraftwerk) gerechtfertigt, weil der Betreiber durch die Tätigkeit bzw. den Betrieb der Anlage i.d.R. einen (meist wirtschaftlichen) Vorteil erhält und daher im Gegenzug von ihm verlangt werden kann, dass er für die Risiken, die er damit in die Welt setzt, auch geradesteht.

Antworten zu den Fragen und Fällen Teil B

Zu B.1.

Die Entscheidung, (a) ob man einen Vertrag abschliessen will oder nicht, (b) mit wem man den Vertrag eingehen möchte, (c) welches der Inhalt sein soll und (d) in welcher Form der Vertrag geschlossen werden soll, ist nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit Sache der jeweiligen Parteien - (a) Abschlussfreiheit; (b) Partnerwahlfreiheit; (c) Inhaltsfreiheit und (d) Formfreiheit. - Die Vertragsfreiheit gilt aber nur im Grundsatz, also nicht uneingeschränkt: So können z.B. zum Schutz der schwächeren Vertragspartei bestimmte Vertragsinhalte zwingend vorgeschrieben oder aber auch verboten werden, oder die Einhaltung bestimmter Formvorschriften kann geboten sein. Abgesehen von gewissen Einschränkungen kann der Staat gerade mit Bezug auf die Vertragsfreiheit weder Inhalt noch Form oder Partner eines Vertrags vorschreiben.

Zu B.2.

Gemäss Art. 335c Abs. 2 OR kann die Kündigungsfrist durch die Parteien auf minimal einen Monat reduziert werden. Die Kündigung ist eine einseitige Willenserklärung zur Beendigung eines Vertrages, d.h. sie ist ohne Einverständnis der Gegenpartei gültig.

Im vorliegenden Fall handelt es sich aber um einen Aufhebungsvertrag (Auflösung des Vertrages durch gegenseitige Willenserklärung). Wenn beide Parteien mit der Vertragsauflösung einverstanden sind, müssen die Parteien für die Auflösung des Vertrags keine Kündigungsfristen beachten. Eine solche Übereinkunft ist auch im Arbeitsrecht jederzeit möglich, was zwar nicht ausdrücklich im Gesetz vorgesehen ist, sich aber aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit ergibt.

Zu B.3.

Vorweg ist für jeden Streitpunkt zu entscheiden, ob es sich um einen objektiv wesentlichen Vertragspunkt handelt. Falls ja, ist kein Vertrag zustande gekommen. Andernfalls ist in einem zweiten Schritt nach dem Vertrauensprinzip zu ermitteln, ob es sich für eine oder beide Parteien um einen subjektiv wesentlichen Vertragspunkt handelt.

Bei allen vier hier genannten Punkten handelt es sich um objektiv unwesentliche Vertragspunkte (wesentlich für den Mietvertrag sind Mietsache und Mietzins). Wäre dennoch für eine der Parteien einer dieser Nebenpunkte unabdingbare Voraussetzung für den Vertragsschluss - also für sie ein subjektiv wesentlicher Vertragspunkt -, so ist das nur beachtlich, wenn sie dies bei der Einigung zu erkennen gegeben hat. Andernfalls ist der Vertrag gültig zustande gekommen.

Zu B.4.

Die Kündigung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, d.h. sie muss vor Beginn der Kündigungsfrist beim Empfänger eingetroffen sein, damit sie auf den entsprechenden Termin wirksam ist. Der Zugang beim Empfänger (verbunden mit der Möglichkeit, vom Inhalt der Willenserklärung Kenntnis zu nehmen) bildet also generell die Voraussetzung für die Wirksamkeit einer empfangsbedürftigen Willenserklärung. Sofern die Kündigung an die richtige Adresse gesandt wurde, ist der Empfänger dann aber für das Abholen der Post selber verantwortlich; wer eine Willenserklärung abgibt, soll keinen Nachteil erleiden, weil der Adressat die Zustellung vereitelt. Der Adressat ist also im vorliegenden Fall selbst Schuld, wenn er sich über den Inhalt des Briefes nicht in Kenntnis setzt, die Kündigung entfaltet ihre Wirkungen.

Zu B.5.

Grundsätzlich bedeutet Schweigen auf ein Angebot keine Annahme; dies gilt auch dann, wenn einen der Absender zu einer Antwort auffordert. Eine Ausnahme von dieser Grundregel bilden lediglich die beiden in Art. 6 OR beschriebenen Fälle:

- «besondere Natur des Geschäftes» (z.B. Schenkungsangebot);
- «besondere Umstände» (z.B. aufgrund des Vertrauensverhältnisses im Rahmen einer bestehender Geschäftsverbindungen).

Im vorliegenden Fall trifft keine dieser Ausnahmen zu, folglich werden Sie durch Schweigen nicht vertraglich gebunden.

Zu B.6.

Ein Widerruf einer Annahme ist grundsätzlich möglich, wenn (Art. 9 OR):

- der Widerruf vor der Annahme eintrifft oder
- der Widerruf beim Empfängers zwar später eintrifft als die Annahme, dieser aber von der Annahme noch keine Kenntnis hat.

Eingetroffen (Zugegangen) ist dabei eine Willenserklärung dann, wenn sie in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, also auch z.B. wenn sie im Briefkasten liegt, bei einer Hausgenossin oder an der Empfangsloge abgegeben wurde.

(a) Der Widerruf ist gültig. Die Annahme ist noch nicht eingetroffen.

(b) Der Widerruf ist ungültig, weil er zu spät erfolgt.

(c) Der Widerruf ist gültig, weil die Annahme zwar angekommen ist, aber der Verkäufer noch keine Kenntnis von der Annahme hatte.

(d) Dass der Widerruf nicht weitergeleitet wurde, muss sich der Verkäufer anrechnen lassen. Dem Erklärenden soll aus einer mangelhaften internen Organisation des Adressaten kein Nachteil erwachsen.

(e) Der Widerruf ist grundsätzlich «angekommen», d.h. in den Machtbereich des Empfängers gelangt; der Empfänger hatte die Möglichkeit zur Kenntnisnahme. Der Widerruf ist somit gültig.

(f) Der Widerruf ist gültig.

(g) Der Widerruf ist ebenfalls gültig. Die schriftliche Zustimmung entspricht zwar der abgemachten Form, jedoch nicht dem Willen des Erklärenden. Wegen des Telefonanrufs kann sich der Juwelier nicht gutgläubig auf den Inhalt des schriftlichen Bescheids berufen, da ihm der abweichende Willen von Alfons bekannt ist.

Zu B.7.

Ungewöhnlichkeitsregel: Eine Bestimmung der AGB ist dann ungültig, wenn sie einen ungewöhnlichen Inhalt aufweist, mit der die Gegenpartei zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht rechnen musste. Beachten Sie: Die Ungewöhnlichkeitsregel kommt nur im Falle einer Globalübernahme von AGB zur Anwendung, nicht bei allen Vertragstexten.

Unklarheitsregel: Ist eine Vertragsbestimmung mehrdeutig, so gilt jene Bedeutung, die für den Verfasser der auszulegenden Bestimmung ungünstiger ist («in dubio contra stipulatorem»). Diese Auslegungsregel kommt sowohl bei AGB als auch bei allen anderen Verträgen zum Zug.

Zu B.8.

Der Vertragsabschluss erfolgt am Telefon. Der Zusatz, dass die AGB Vertragsbestandteil sind, ist nur gültig, wenn dies bei Vertragsabschluss (also am Telefon) verabredet wurde. Andernfalls wurde der Vertrag ohne den Einbezug der AGB abgeschlossen, und dieser nachträgliche Hinweis auf die AGB ist als eine einseitige Vertragsänderung bzw. einen Antrag zur Vertragsänderung zu qualifizieren. Sofern Z damit nicht einverstanden ist, erlangen die AGB für diesen Vertrag keine Geltung. Auch die Tatsache, dass das Reisebüro nur Verträge mit ihren AGB abschliessen will, ändert nichts an der Rechtslage.

Zu B.9.

Grundsätzlich können Verträge formfrei geschlossen werden (Art. 11 Abs. 1 OR), also auch mündlich. Es steht den Parteien aber frei, eine andere Form zu wählen (Art. 16 Abs. 1 OR) und sich somit aus freiem Willen eigene Formvorschriften aufzuerlegen.

Zu B.10.

Der Lehrvertrag bedarf zur Gültigkeit grundsätzlich der schriftlichen Form (Art. 344a OR). Gemäss Art. 355 OR sind auf den Lehrvertrag die Bestimmungen des Einzelarbeitsvertrages ergänzend anwendbar.

a) Gemäss Art. 320 Abs. 3 OR haben Lehrling und Arbeitgeber die vertraglichen Verpflichtungen so zu erfüllen, wie wenn ein gültiger Vertrag bestünde. Bei Dauerschuldverhältnissen ist die Nichtigkeit in ihrer Wirkung auf die Zukunft zu beschränken (ex nunc). Für die Vergangenheit kann zwischen Arbeitgeber und Lehrling von einem faktischen Vertragsverhältnis gesprochen werden.

b) Aus Art. 320 Abs. 3 OR ergibt sich, dass auch der Lohn geschuldet ist.

c) Auch die Schutznormen zugunsten des Lehrlings sind anzuwenden.

Zu B.11.

Ein Vertrag ist nichtig, wenn dessen Inhalt widerrechtlich ist (Art. 19 f. OR).

a) Wenn der Vertrag explizit zu diesem Zweck geschlossen wurde (d.h. der Darlehensgeber wusste um die Absicht des Darlehensnehmers), ist der Vertragszweck widerrechtlich und damit auch der Vertrag.

b) Dieser Vertrag verstösst gegen das Betäubungsmittelgesetz (Art. 19 BetmG) und ist damit widerrechtlich und nichtig (Art. 20 OR).

c) Der Dealer, sowie ev. die Bank, erfüllen den Tatbestand der Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB). Der Sparvertrag ist widerrechtlich und nichtig (Art. 20 OR).

Zu B.12.

Es wird primär zwischen dem Erklärungsirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1-3 OR) und dem Grundlagenirrtum (wesentlicher Motivirrtum; Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) unterschieden.

Beim Erklärungsirrtum werden 3 Untergruppen gebildet:

Error in negotio: Irrtum in der Art des Vertrages (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 OR).

Bsp.: F wollte das Fahrrad mieten, schliesst aber einen Kaufvertrag ab.

Error in corpore oder persona: Irrtum in der Sache oder in der Person (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 2 OR).

Bsp.: F wollte den Vertrag mit Meier sen. abschliessen, schloss ihn stattdessen mit Meier jun.

Error in quantitate: Irrtum im Umfang (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR).

Bsp.: F vereinbarte einen Kaufpreis von Euro 100 für eine Flasche Wein. Gemeint waren aber CHF 100.

Zu B.13.

Die allgemeinen Bestimmungen des OR (Art. 1 bis 183 OR) sind auch auf zivilrechtliche Verhältnisse analog anwendbar (Art. 7 ZGB). Demnach kann ein Unterhaltsvertrag nach den obligationenrechtlichen Regeln über die Willensmängel (Art. 23 f. OR) angefochten werden. T kann den Unterhaltsvertrag wegen absichtlicher Täuschung (Art. 28 OR) oder wegen Grundlagenirrtums (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) anfechten. Es besteht also die Möglichkeit, den im ZGB geregelten Unterhaltsvertrag nach den Regeln des OR anzufechten.

Ob allerdings der Vater tatsächlich verpflichtet ist, ihr den ganzen Unterhalt zu finanzieren, ist eine Frage, die nach Kindesrecht (Art. 276 ff. ZGB) zu beurteilen wäre.

Zu B.14.

Bei der Stellvertretung handelt ein Vertreter im Namen des Vertretenen gegenüber einem Dritten. Der Vertretene erteilt dem Vertreter die Vollmacht (Rechtsbeziehung zwischen Vertretenem und Vertreter). Der vom Vertreter abgeschlossene Vertrag kommt direkt zwischen dem Vertretenen und dem Dritten zustande. Zwischen dem Vertreter und dem Dritten besteht folglich kein Rechtsverhältnis.

Je nach Umfang der Vollmacht unterscheidet man zwischen Spezial- und Generalvollmacht: Eine Generalvollmacht ermöglicht dem Vertreter, alle üblicherweise anfallenden Rechtsgeschäfte für den Vertretenen zu übernehmen. Bei einer Spezialvollmacht wird der Kreis der möglichen Rechtshandlungen durch den Vertretenen eingeschränkt.

Einen Spezialfall stellt die Substitutionsvollmacht dar: Der primäre Vertreter wird ermächtigt, gegebenenfalls einen sekundären Vertreter zu bestimmen, der an seiner Stelle für den Vertretenen tätig wird (Bsp.: Ein Anwalt ist bevollmächtigt, einen anderen Anwalt mit seinem Mandat zu betrauen.).

Zu B.15.

| | Anzahl Aktien | Preis pro Stück | Gesamtpreis |
|-----------|---------------|-----------------|-----------------|
| Vollmacht | 50 | max. CHF 1'000 | max. CHF 50'000 |
| Kauf | 55 | CHF 950 | CHF 52'250 |

B hat seine Vollmacht überschritten, und zwar sowohl bezüglich der Anzahl der maximal zu kaufenden Aktien als auch bezüglich des maximalen Gesamtpreises. Gemäss Art. 38 OR kann A somit den Vertrag ablehnen. B wird in diesem Fall gegenüber dem Verkäufer aus Dahinfallen des Vertrages schadenersatzpflichtig (Art. 39 OR). Genehmigt A den Vertrag, so gilt er wie von B stellvertretend abgeschlossen.

Antworten zu den Fragen und Fällen Teil C

Zu C.1.

a) Aliudlieferung: Es wird Ware einer anderen Gattung geliefert als abgemacht war. Merksatz: «Es ist kein Mangel der Gans, dass sie keine Ente ist.» Die Gans ist nicht eine qualitativ schlechte (mängelbehaftete) Ente, sondern sie ist keine Ente.

b) Schlechtlieferung: Die Gattung ist korrekt, allerdings stimmt etwas mit der Qualität nicht.

c) Aliudlieferung: Ein Rembrandt ist kein Picasso.

d) Schlechtlieferung: Es wurde die richtige Sache geliefert, aber die Qualität ist mangelhaft.

Zu C.2.

Die Erfüllbarkeit beschreibt den Zeitpunkt, an bzw. ab dem der Schuldner die Leistung erbringen darf. Vor der Erfüllbarkeit ist der Gläubiger nicht verpflichtet, die vom Schuldner angebotene Leistung anzunehmen.

Mit Fälligkeit wird der Zeitpunkt bezeichnet, an dem der Schuldner die Leistung erbringen muss. Bei Fälligkeit darf Gläubiger die Leistung auch einfordern und einklagen.

Weil die Erfüllbarkeit in der Regel vor der Fälligkeit eintritt, kann Schuldner meist die Erfüllung auch schon vor Eintritt der Fälligkeit anbieten.

Zu C.3.

Der Schuldner muss den Vertrag persönlich erfüllen, wenn es bei der Erfüllung auf seine Persönlichkeit ankommt (Art. 68 OR). Bei einer Operngala kommt es sehr wohl auf die Persönlichkeit des Tenors an. Ohne Zustimmung des Gläubigers kann er sich nicht vertreten lassen. Tut er dies trotzdem, so wird er dem Gläubiger wegen Nichterfüllung schadenersatzpflichtig (Art. 97 OR).

Zu C.4.

Mit dem Tod von Bon Jovi vor Vertragsschluss liegt eine objektive – d.h. von der Person des Schuldners unabhängige – Leistungsunmöglichkeit vor. Ein Vertrag über ein Ticket für ein Konzert eines bereits verstorbenen Sängers ist nichtig und kann nach Art. 20 OR keine Rechtswirkungen entfalten. Wenn der Tod von Bon Jovi zwischen Vertragsschluss und Konzert eingetreten wäre, würde eine nachträgliche, objektive (Vertrag wurde ja mit dem Ticket-Corner und nicht mit Bon Jovi selber abgeschlossen) Unmöglichkeit vorliegen und die Forderung würde nach Art. 119 OR als erloschen gelten.

Zu C.5.

Wenn die Parteien einen bestimmten Verfalltag vereinbart haben, können die Verzugswirkungen auch eintreten, ohne dass der Gläubiger den Schuldner zur Leistung ermahnt hat (vgl. Art. 102 Abs. 2 OR). Ein bestimmter Verfalltag muss sich kalendermässig genau berechnen lassen oder kann sich auch aus einer Kündigung ergeben. Keinen Verfalltag stellen unbestimmte Klauseln wie «Lieferung sobald als möglich» oder «demnächst» dar.

Von einer Mahnung kann ferner abgesehen werden, wenn sie zwecklos ist, weil bspw. der Schuldner bereits erklärt hat, dass er die Leistung verweigern werde oder wenn sie dem Gläubiger nicht zumutbar ist.

Zu C.6.

Der Verzug ändert grundsätzlich weder den Inhalt noch die Erfüllbarkeit der Forderung: Der Schuldner darf nach wie vor leisten und der Gläubiger kann die Erfüllung verlangen und sie nötigenfalls einklagen. Mit Verzugsbeginn kann der Gläubiger bei Geldschulden Verzugszins fordern (Art. 104 OR). Ist der Verzug dem Verschulden des Schuldners zuzuschreiben, hat dieser zudem dem Gläubiger einen allfälligen Verspätungsschaden zu ersetzen und er haftet für den zufälligen Untergang des Vertragsgegenstandes (Art. 103 OR).

Die Pflicht zur Zahlung von Verzugszins besteht unabhängig von dessen Verschulden am Verzug. Für den Verspätungsschaden oder den zufälligen Untergang des Vertragsgegenstandes haftet der Schuldner dem Gläubiger jedoch nur, wenn er den Verzug verschuldet hat.

Zu C.7.

Die allgemeinen Verzugsfolgen tangieren den Bestand des Vertrages nicht: Der Gläubiger bleibt nach wie vor an den Vertrag gebunden. Mit den speziellen Verzugsfolgen (Art. 107 bis 109 OR) wird dem Gläubiger hingegen die Möglichkeit zugestanden, sich bei wesentlichen, schwerwiegenden Vertragsverletzungen von der Vertragsbindung zu befreien. Der Gläubiger hat – nach dem Verstreichen einer angemessenen Nachfrist (ausser in den Fällen von Art. 108 OR) – die Wahl zwischen Beharren auf Vertragserfüllung, Verzicht auf die Erfüllung und Rücktritt vom Vertrag (gegen Ersatz des sog. negativen Vertragsinteresses) oder Verzicht auf Leistung unter Aufrechterhaltung des Vertrags (Ersatz des sog. positiven Vertragsinteresses).

Ferner sind im Besonderen Teil des OR für bestimmte Vertragstypen besondere Verzugsfolgen geregelt.

Zu C.8.

Nach unbenutztem Verstreichen der Nachfrist – oder falls sich eine solche gemäss Art. 108 OR erübrigt – stehen dem Gläubiger die drei Gläubigerwahlrechte von Art. 107 OR zur Verfügung. Er kann dabei:

a) auf Erfüllung des Vertrags beharren (Vertrag und beidseitige Leistungspflichten bleiben bestehen); oder

b) auf die Erfüllung verzichten, den Vertrag aber aufrechterhalten (damit ist er so zu stellen, wie wenn der Vertrag ordnungsgemäss erfüllt worden wäre → sog. positives Vertragsinteresse, insbesondere ist damit auch ein infolge des Verzugs entgangener Gewinn zu ersetzen); oder

c) auf die Erfüllung verzichten und vom Vertrag zurücktreten (damit ist er so zu stellen, wie wenn der Vertrag gar nie bestanden hätte → sog. negatives Vertragsinteresse, beispielsweise sind damit auch Kosten, die im Hinblick auf den Vertragsabschluss entstanden sind, zu ersetzen).

Zu C.9.

a) Ist die Leistungserbringung bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses generell unmöglich, ist der Vertrag über diese Leistung nichtig (Art. 20 OR).

b) Da nach herrschender Lehre nur die anfängliche objektive Unmöglichkeit die Nichtigkeit des Vertrages bewirkt, bleibt dieser bei anfänglicher subjektiver Unmöglichkeit grundsätzlich wirksam: Der Gläubiger kann den Schuldner gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR jedoch auf Schadenersatz belangen, sofern er die Vertragsverletzung, den Schaden und den adäquaten Kausalzusammenhang nachweisen kann. Da das Verschulden bei der Verletzung einer Vertragspflicht nach Art. 91 Abs. 1 OR vermutet wird, ist es am Schuldner, den Exkulpationsbeweis anzutreten, also nachzuweisen, dass er die Pflicht unverschuldet verletzt hat.

c) Bei der nachträglichen Unmöglichkeit kommt es darauf an, ob dem Schuldner ein Verschulden an der Leistungsunmöglichkeit vorgeworfen werden kann.

Ist dem Schuldner die nachträgliche Unmöglichkeit nicht vorzuwerfen, wird er nach Art. 119 OR von seiner Leistungspflicht entbunden und schuldet auch keinen Schadenersatz. Er verliert jedoch auch den Anspruch auf Gegenleistung.

Ist die nachträgliche Unmöglichkeit vom Schuldner verschuldet, hat der Gläubiger nach Art. 97 Abs. 1 OR anstelle des Erfüllungsanspruchs einen Anspruch auf Schadenersatz. Er ist so zu stellen, als sei der Vertrag ordnungsgemäss erfüllt worden (Erfüllungsschaden), hat aber auch seine Gegenleistung zu erbringen. Als Alternative zum Schadenersatzanspruch gesteht die Lehre dem Gläubiger auch den Vertragsrücktritt zu.

Zu C.10.

Mit dem Unterlassen der Zahlung zum vereinbarten Zahlungstermin liegt eine pflichtwidrige Nichtleistung von P vor. Zudem ist die Forderung für den Kaufpreis der 10 Flaschen Wein fällig: Die Weinhandlung ist mit dem Eintritt der Fälligkeit berechtigt, die Leistung des Kaufpreises zu fordern. Grundsätzlich müsste, damit die Verzugswirkungen in Gang gesetzt werden, P von der Weinhandlung zur Zahlung gemahnt werden (Art. 102 Abs. 1 OR). Das wäre nicht erforderlich, wenn nach Art. 102 Abs. 2 OR ein Verfalltag vereinbart wäre. Das ist hier aber fraglich; der Termin wird ja einseitig gesetzt.

Die Mahnung kann aber bereits in der Rechnungstellung enthalten sein, wenn diese «die unmissverständliche Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, die versprochene Leistung (nunmehr) unverzüglich zu erbringen» (= Mahnung) zum Ausdruck bringt. Dies ist hier der Fall. Fraglich ist, wie dabei die Fristsetzung zu verstehen ist: Wäre der Schuldner sofort mit Erhalt der Rechnung in Verzug, in der Frist evtl. bereits eine Nachfrist zu sehen? Oder soll damit die Wirkung der Mahnung aufgeschoben werden («dann aber unverzüglich» statt «jetzt aber unverzüglich»)? Dazu ist sie nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. – Im vorliegenden Fall muss der Schuldner offenbar nicht davon ausgehen, schon vor Erhalt von Lieferung und Rechnung zahlen zu müssen, bzw. bei späterer Zahlung bereits Nachteile (Verzugszins) in Kauf nehmen zu müssen. Es ist auch nicht anzunehmen, dass der Gläubiger gleich mit der Rechnungstellung den Verzug und die damit verbundenen nachteiligen Rechtsfolgen für den Schuldner auslösen wollte. Vielmehr wird hier die Fälligkeit der Zahlung bis zum 30. aufgeschoben – die bereits ausgesprochene Mahnung wirkt dann ab diesem Zeitpunkt – als Aufforderung an den Schuldner, die versprochene Leistung dann unverzüglich zu erbringen. P gerät also mit Fristablauf in Verzug, und ab Verzugsseintritt kann die Weinhandlung Verzugszins fordern (Art. 104 OR). (Eine Nachfrist ist demnach noch nicht gesetzt.)

Zu C.11.

Die zwei Forderungen müssen unter denselben Parteien bestehen. Dabei spielt es grundsätzlich keine Rolle, aus welchem Rechtsgrund die Forderungen bestehen. So kann z.B. auch eine Partei die Forderung durch Zession von einem Dritten erhalten haben.

Die Forderungen müssen gleichartig sein. In der Praxis beschränkt sich die Verrechnung so auf Geldschulden.

Fälligkeit der Verrechnungsforderung (wenn ich verrechnen möchte, muss ich von der Gegenpartei die Erfüllung verlangen können) und Erfüllbarkeit der Hauptforderung (die Gegenpartei muss meine «Erfüllung» annehmen)

Rechtliche Erzwingbarkeit der Verrechnungsforderung. Ich kann also nicht eine Forderung der Gegenpartei mit einer Naturalobligation wie bspw. den nach Art. 513 OR nicht rechtlich durchsetzbaren Spielschulden verrechnen.

Die Verrechnung darf nicht durch Gesetz oder Vertrag ausgeschlossen sein.

Zu C.12.

Die Verjährung hindert die gerichtliche Durchsetzung einer Forderung, sobald der Schuldner die Einrede der Verjährung erhebt (eine verjährte Forderung ist deshalb eine sog. einredebelastete Forderung). Die Verjährung wird jedoch nicht von Amtes wegen berücksichtigt (dies ist z.B. vor Gericht wichtig: Der Richter weist eine Klage nicht wegen Verjährung der Forderung ab). Wer eine verjährte Forderung bezahlt, hat eine bestehende Forderung beglichen und kann deshalb nichts zurückfordern.

Anders sieht es bei der Verwirkung aus: Sie bewirkt den Untergang der Forderung. Wer eine verwirkte Forderung bezahlt, begleicht eine Nichtschuld und kann diese daher zurückfordern. Die Verwirkung ist von Amtes wegen zu beachten (Die Klage auf Erfüllung einer verwirkten Forderung wird vom Gericht abgewiesen).

Ob Verjährung oder Verwirkung vorliegt, ist nicht immer einfach zu sagen; der Gesetzestext spricht manchmal (aber selten!) von Verjährung, wo eigentlich Verwirkung gemeint ist.

Zu C.13.

Die Parteien eines Vertrags zugunsten Dritter heissen:

- Gläubiger der Leistung (Promissar),
- Schuldner der Leistung (Promittent),
- Begünstigter Dritter.

Zwischen Promissar und Promittent besteht das so genannte Deckungsverhältnis, die rechtliche Beziehung zwischen Promissar und begünstigtem Dritten nennt man Valutaverhältnis.

Zu C.14.

Die Solidarschuldnerschaft ist eine Erscheinungsform der Einzelschuldnerschaft. Jeder Schuldner ist grundsätzlich gleich verpflichtet. Der Gläubiger kann von jedem Schuldner unter den gleichen Voraussetzungen die ganze Leistung verlangen. Leistet ein Schuldner, ist die Forderung erfüllt, der andere Schuldner kann vom Gläubiger nicht mehr belangt werden.

Eine Solidarschuld entsteht entweder von Gesetzes wegen oder aus Vertrag. Die wichtigsten Beispiele für die Entstehung von Solidarschuldnerschaft von Gesetzes wegen sind:

- Solidarhaft mehrerer Schadensverursacher für den Schaden aus unerlaubter Handlung (Art. 50 OR).
- Solidarhaft für den von mehreren Personen verursachten Schaden aus verschiedenen Rechtsgründen (Art. 51 OR).
- Solidarhaft der Personengesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten (Art. 544 Abs. 3 OR).
- Solidarhaft der Erben für die Schulden des Erblassers (Art. 603 Abs. 1 ZGB).
- Solidarhaft gemäss SVG: Zwischen mehreren Schädigern (Art. 60 SVG), mehreren Haltern (Art. 61 Abs. 3 SVG).

Zu C.15.

a) R hat die ganze Forderung abgetreten. Die Intrakasso ist gegenüber Dritten unbeschränkte Inhaberin aller Rechte. Sie kann daher die Forderung in vollem Umfang einzichen. R hat somit kein Recht, nach erfolgter Abtretung seiner ursprünglichen Forderung den Restbetrag einzufordern. Wirtschaftlich gesehen hat R die unsichere Forderung ge-

genüber Z gegen einen sicheren (aber niedrigere) Geldzufluss durch Intrakasso getauscht, also Chance und Risiko der Intrakasso «verkauft».

b) Der Zedent (R) haftet grundsätzlich nur für den Bestand der Forderung (sog. Verität), aber nicht für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners (sog. Bonität). Selbst bei Entgeltlichkeit der Abtretung müsste eine solche Haftung ausdrücklich vereinbart werden. Ohne solche Vereinbarung kann R also nicht für Zahlungsausfälle belangt werden (vgl. Art. 171 OR). Wirtschaftlich gesehen wurde ja das Risiko der Zahlungsunfähigkeit bereits mit dem Abschlag abgegolten.

Antworten zu den Fragen und Fällen Teil D

Zu D.1.

Grundsätzlich kann zwischen Fahrniskauf (Art. 184 ff. OR) und Grundstückskauf (Art. 216 ff. OR) unterschieden werden. Beim Fahrniskauf werden weiter Stück- und Gattungskauf unterschieden.

Zu D.2.

Grundsätzlich trägt der Eigentümer einer Sache das Risiko für deren zufälligen Untergang (die Gefahr). Nutzen und Gefahr gehen also prinzipiell mit der Eigentumsübertragung auf den Erwerber über. Im Kaufrecht gilt diese Regelung jedoch nicht absolut:

Nach Art. 185 Abs. 1 OR gehen Nutzen und Gefahr beim Stückkauf grundsätzlich mit dem Abschluss des Kaufvertrages auf den Käufer über, auch wenn die Übergabe bzw. der Eigentumsübergang noch nicht stattgefunden hat («Waren reisen auf Gefahr des Käufers»).

Ist jedoch bei einem Stückkauf Versendung vereinbart, wird Art. 185 Abs. 2 OR analog angewendet.

Beim Gattungskauf unterscheidet man zwischen Platzkauf und Distanzkauf (auch Versendungskauf genannt; Art. 185 Abs. 2 OR). Beim Platzkauf geht die Gefahr (wie auch der Nutzen) mit der Ausscheidung über, beim Distanzkauf jedoch erst mit der Übergabe der Sache zur Versendung.

Zu D.3.

a) Die Sachgewährleistung ist das Einstehenmüssen des Verkäufers für das Vorhandensein der allgemein vorausgesetzten und zugesicherten Eigenschaften. Der Verkäufer haftet auch für Mängel, die er nicht gekannt hat.

b) Die Gewährleistungsansprüche verjähren grundsätzlich ein Jahr nach Ablieferung der Kaufsache (Art. 210 Abs. 1 OR). Die Verjährungsfrist kann aber durch Vereinbarung geändert werden (Art. 210 Abs. 1 OR). Im Falle einer absichtlichen Täuschung tritt die Verjährung erst nach 10 Jahren ein (Art. 210 Abs. 3 i.V.m. Art. 127 OR).

Zu D.4.

Frau Kunz hat mit dem Händler einen Kaufvertrag abgeschlossen.

Es handelt sich nicht um Versendungskauf, denn die Spedition war nicht Teil der vertraglich geschuldeten Leistung. Die Gefahr ging daher mit dem Abschluss des Vertrages auf Frau Kunz über (Art. 185 Abs. 1 OR). Sie muss den Kaufpreis zahlen und erhält zunächst nur die beschädigten Möbel.

Diese waren bei Gefahrübergang mangelfrei; Frau Kunz hatte sie besichtigt. Mängelgewährleistung (Art. 197 ff.) kommt also nicht in Betracht.

Für den Schaden am Spiegel haftet der Händler aus der Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht, Art. 97: Er war zu transportsicherer Verpackung verpflichtet (Nebenpflicht aus dem Kaufvertrag). Dies hatte er seinen Angestellten vornehmen lassen, dessen pflichtwidriges Verhalten er sich nach Art. 101 OR zurechnen lassen muss. Der hierdurch verursachte Schaden ist der Vermögensnachteil durch die Reparaturkosten (Ersatz des Spiegels). Der Händler muss diesen Schaden ersetzen.

Der Schaden am Tisch wurde hingegen nicht durch das Verschulden des Händlers verursacht, sondern durch Zufall. Deshalb haftet er auch nicht aus Verletzung einer Nebenpflicht; es bleibt bei der Gefahrtragung. Frau Kunz muss für die Reparatur allein aufkommen.

Zu D.5:

Ausser der Miete gehören auch die Pacht (Art. 375 bis 304 OR), die Leihe (Art. 305 bis 311 OR) und das Darlehen (Art. 312 bis 318 OR) dazu.

Zu D.6:

Nur Mieter von Wohn- und Geschäftsräumen sind in den Art. 269 bis 270e OR gegen missbräuchliche Mietzinse und andere missbräuchliche Forderungen geschützt und können sich nach Art. 271 bis 274g OR auf einen eingeschränkten Kündigungsschutz berufen. Nach Art. 253b Abs. 2 finden die genannten Mieterschutzbestimmungen keine Anwendung für die Miete von luxuriösen Wohnungen und Einfamilienhäusern mit sechs oder mehr Wohnräumen.

Eine weitere Mieterschutzbestimmungen ist die Nichtigkeit von Koppelungsgeschäften im Zusammenhang mit der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen (Art. 254 OR). Diese Norm gilt ohne Einschränkung, also auch bei luxuriösen Wohnungen.

Eine Mieterschutzbestimmungen für die Miete beweglicher Sachen ist Art. 266k, der ein vorzeitiges Rückgaberecht stipuliert.

Zu D.7:

a)

- Übergabe und Überlassen einer gebrauchstauglichen Sache (Art. 256 OR). Daraus folgt die Mängelhaftung des Vermieters (Art. 258 ff. OR).
- Auskunftspflicht betreffend des Rückgabeprotokolls des vorangegangenen Mietverhältnisses (Art. 256a OR)
- Bezahlung, der mit der Mietsache verbundenen Abgaben und Lasten (Art. 256b OR)

b)

- Zahlung des Mietzinses und allenfalls der Nebenkosten (Art. 257 ff. OR).
- Evtl. Hinterlegung von bis zu drei Monatszinsen (Art. 257e OR).
- Sorgfältiger Gebrauch der Mietsache sowie Rücksichtnahme auf Hausbewohner und Nachbarn (Art. 257f OR).
- Meldepflicht an den Vermieter für Mängel an der Mietsache, die er nicht selber zu beseitigen hat (Art. 257g OR)
- Duldungspflichten im Zusammenhang mit Arbeiten oder Besichtigung an der Mietsache (Art. 257h OR)

Zu D. 8:

Werk im Sinne des Werkvertragsrecht kann fast alles sein, auch so genannte Geist-Werkverträge, z.B. die Erarbeitung eines Konzeptes, sind zugelassen. Als Abgrenzungskriterium zu anderen Verträgen auf Arbeits- und Dienstleistungen ist immer das Versprechen des Werkunternehmers, einen bestimmten Arbeitserfolg zu erbringen, massgebend.

Ein Werklieferungsvertrag ist ein Werkvertrag mit der Besonderheit, dass der Unternehmer den Stoff liefert, das heisst, es werden Kauf- und Werkvertrag vermischt (Art. 365 Abs. 1 OR).

Zu D.9:

Hauptpflicht des Werkunternehmers ist die rechtzeitige und vertragsgemässe Herstellung (Art. 363 OR) und Ablieferung (Art. 367 OR) des bestellten Werkes. Erhält der Unternehmer den Stoff, aus dem das Werk gefertigt werden soll, vom Besteller, so muss er ihn mit Sorgfalt behandeln, darüber Rechenschaft geben, Reste zurückgeben und allfällige Mängel sofort melden (Art. 364 Abs. 1 sowie Art. 365 Abs. 2 und 3 OR).

Der Besteller ist verpflichtet, den Werklohn zu bezahlen. Dieser ist (erst) bei der Ablieferung des Werkes geschuldet und vom Erfolg des Werkes abhängig.

Ihn trifft zudem die Obliegenheit, das fertig gestellte und abgelieferte Werk anzunehmen (sonst treffen ihn die Nachteile des Gläubigerverzugs, Art. 91 OR), und auf allfällige Mängel zu prüfen (sonst verliert er die Gewährleistungsansprüche aus Art. 368; Art. 370 OR).

Zu D.10:

Antonia hat mit der Firma «Bike Explorer» einen Werkvertrag geschlossen, denn das Rad sollte für sie auf Mass angefertigt werden (Vertrag auf Arbeitsleistung; dabei Erfolg geschuldet).

Die nicht funktionsgerechten Bremsen sind ein Werkmangel (Art 368 Abs. 1 und 2 OR).

Antonia hat das Bike nach der Ablieferung geprüft (Art. 367 Abs. 1 OR); in diesem Zeitpunkt war der Mangel nicht erkennbar (Art. 370 Abs. 1 OR). Sie hat den Mangel sogleich gemeldet, als er zutage trat (Art. 370 Abs. 3 OR). Ihr stehen damit die Gewährleistungsansprüche wegen des Werkmangels, bei Verschulden auch Schadenersatz zu (Art. 368 Abs. 1 und 2; auch hier gilt der Grundsatz des Art. 97 Abs. 1, wonach bei Nicht- oder Schlechtleistung das Verschulden vermutet wird, also der Leistungsschuldner das Gegenteil zu beweisen hat).

Der Werkmangel war zwar nicht unerheblich, hätte sich aber mit verhältnismässigem Aufwand beseitigen lassen (Reparatur oder Ersatz der Bremsen). Antonia Rast standen somit das Minderungs- und das Nachbesserungsrecht zu (Art. 368 Abs. 2 OR).

Der Sturz ist die Folge des Werkmangels. Aus dem Sturz erwächst Antonia Rast ein Mangelfolgeschaden, der zum einen den Vermögensausgleich für das totalgeschädigte Bike (Kosten für ein neues Bike), zum andern auch Behandlungskosten und Lohnausfall während der Arbeitsunfähigkeit umfasst. Für diesen Schaden kann sie Schadenersatz verlangen. (Für die Exkulpation der Firma besteht kein Anhaltspunkt.)

Das Nachbesserungs- bzw. Minderungsrecht wird hier durch den Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens (soweit er den vollen Ersatz des Bikes betrifft) kompensiert. Aus diesen Ansprüchen kann nicht mehr gefordert werden als der volle Ausgleich des Vermögensnachteils zufolge des Totalschadens.

Zu D.11:

(a) Nach Art. 19 Abs. 1 OR kann der Inhalt eines Vertrages innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig vereinbart werden. In Art. 394 Abs. 1 OR wird der Inhalt des Auftrages mit «Geschäfte» oder «Dienste», die es vertragsgemäss zu besorgen gibt, umschrieben. Die Parteien bestimmten also im Rahmen der Vertragsfreiheit frei, welche «Geschäfte» oder «Dienste» mit einem Auftrag «besorgt» werden sollen. Eine Auslegungsregel im Falle einer Vertragslücke findet sich in Art. 396 Abs. 1 OR. Nach dieser Bestimmung bestimmt sich der «Umfang des Auftrages» nach der «Natur des zu besorgenden Geschäftes».

(b) Die Abgrenzung ist im konkreten Einzelfall vorzunehmen. Entscheidend ist insbesondere, ob bei den beteiligten Parteien ein Rechtbindungswillen erkennbar ist.

Zu D.12:

Nach Art.398 Abs. 3 hat der Beauftragte das Geschäft persönlich zu besorgen. Die Bestimmung sieht drei Ausnahmetatbestände vor:

- die Ermächtigung zur Übertragung an einen Dritten durch den Auftraggeber
- besondere Umstände, die den Auftragnehmer daran hindern, den Auftrag persönlich zu erfüllen
- wenn die Vertretung üblich ist (... übungsmässig)

Zu D.13:

(a) Art. 101 OR (im AT!) gilt allgemein für Schuldverhältnisse, v. a. Verträge. Der Schuldner (Geschäftsherr) muss für den Schaden einstehen, den seine Hilfsperson (Erfüllungsgehilfe) dem Gläubiger in Ausübung seiner Verrichtungen zufügt. Er haftet für das Verhalten der Hilfsperson, wenn dieses in einem funktionellen Zusammenhang mit dem betreffenden Schuldverhältnis steht (z. B. zugleich eine Nicht- oder Schlechterfüllung des Schuldners bedeutet), und dem Schuldner «hypothetisch vorwerfbar» ist – d. h. ihm selbst zum Verschulden gereichen würde, wäre es sein

eigenes Verhalten gewesen. Art. 101 OR ist eine Zurechnungsnorm für Drittverhalten; Haftung stets aus einer selbständigen Anspruchsgrundlage (z. B. Art. 97 bei Schlechterfüllung) in Verbindung mit Art. 101 OR.

Art. 399 Abs. 2 ist eine Vorschrift des OR BT zum Auftrag. Sie betrifft den Fall, dass an Stelle des Beauftragten (Vertragsschuldner) ein Dritter (befugtermassen; sonst gilt Abs. 1) auftragsgemässe Handlungen ausführt. Hier haftet der Beauftragte nicht für das Handeln dieses Dritten, sondern lediglich für dessen sorgfältige Auswahl und Instruktion. (Für Hilfspersonen gilt aber auch beim Auftrag Art. 101 OR!)

(b) Aus der Perspektive des Geschädigten hat die Haftung nach Art. 101 Vorteile: Während sich der Beauftragte nach Art. 399 Abs. 2 OR durch den Nachweis sorgfältiger Auswahl und Instruktion entlasten (exkulpiert) kann - der Geschädigte ist dann nach Art. 399 Abs. 3 direkt an den Dritten verwiesen -, ist ein solcher Entlastungsbeweis im Fall von Art. 101 nicht möglich. Hier hat der Vertragsschuldner in jedem Fall (hypothetische Vorwerfbarkeit vorausgesetzt) für das Handeln der Hilfsperson einzustehen. - Das gilt allerdings nur, wenn die Hilfspersonenhaftung nicht gem. Art. 101 Abs. 2 OR zum Voraus beschränkt wurde.

(c) Grundsätzlich ist der Auftrag persönlich auszuführen: Art. 398 Abs. 3 OR. Dort ist auch ersichtlich, wann demgegenüber eine Substitution befugt ist: Wenn der Beauftragte dazu ermächtigt ist; wenn die Umstände es nötig machen; wenn es Übungsgemäss als zulässig betrachtet wird. Das ist insbesondere der Fall, wenn im Interesse des Auftraggebers der Auftrag einem besser qualifizierten Dritten übertragen wird.

Zu D.14:

Unter Qualifikation ist ganz allgemein die Zuordnung eines bestimmten Lebenssachverhaltes zu einem bestimmten Vertragstypus zu verstehen. Beispiel: A und B beschliessen, dass A bei Schnellfall jeweils beim Haus von B den Schnee räumt und B dafür A ein Entgelt ausrichtet. Bald entstehen Ungereimtheiten über den Zeitpunkt der Schneeräumung (A. ist Langschläfer und räumt den Schnee nie vor 15 00 Uhr weg, was B nicht leiden mag). Es kommt zum Streit und es fragt sich, welchem Vertragstypus dieser «Schneeräumvertrag» zuzuordnen ist. Der Richter wird den Vertrag aufgrund der konkreten Umstände qualifizieren. In Frage kommen Auftragsrecht, Arbeitsvertragsrecht oder Werkvertragsrecht. Auch ein Vertrag sui generis mit Elementen des Auftrags-, Arbeits- und/oder Werkvertragsrecht kommt in Frage.

Zu D.15:

Unter dem Begriff «Vertrag sui generis» ist ein Vertrag «eigener Art» zu verstehen, gemeint ist damit, ein Vertrag, der Elemente eines im OR BT geregelten Vertrages enthalten kann, aber zusätzlich oder allein von Elementen bestimmt wird, die nicht im OR BT geregelt sind. Der Vertrag sui generis gehört mit dem gemischten Vertrag zu den Innominatverträgen.

Eine mögliche Einteilung der Verträge:

| Nominatverträge | Innominatverträge | | Zusammengesetzte Verträge |
|---|-------------------|--------------------|--|
| <ul style="list-style-type: none"> • Verträge der 2. Abteilung des Obligationenrechts (Kaufvertrag, Mietvertrag usw.); • Spezialgesetzliche geregelte Verträge wie der Versicherungsvertrag (VVG) | sui generis | gemischte Verträge | (auch Vertragsverbindungen) sind mehrere selbstständige Verträge, die nach dem Parteiwillen so miteinander verbunden sind, dass sie voneinander abhängen, ähnlich wie Leistung und Gegenleistung beim Austauschvertrag |

Antworten zu den Fragen und Fällen Teil E

Zu E.1:

Die Gesellschaft weist drei kennzeichnende Elemente auf:

- Es handelt sich um eine Personenvereinigung,
- die auf vertraglicher Basis beruht und
- eine gemeinsame Zweckbestimmung aufweist.

Zu E.2:

Das Unternehmen muss sich im Handelsregister eintragen lassen (Art. 934 Abs. 1 OR). Mit dem Handelsregistereintrag verpflichtet es sich, sich eine Firma zuzulegen (Art. 944 ff. OR). Dadurch, dass solche Unternehmen verpflichtet sind, sich ins Handelsregister eintragen zu lassen, unterstehen sie auch der Buchführungspflicht (Art. 957 OR).

Zu E.3:

Gemäss Art. 718a OR können die zur Vertretung befugten Personen im Namen der Aktiengesellschaft alle Rechtshandlungen vornehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann. Dabei sind gemäss Praxis des Bundesgerichts alle Rechtshandlungen gedeckt, die durch den Gesellschaftszweck nicht geradezu ausgeschlossen sind.

Durch die im Handelsregister eingetragene Änderung des Gesellschaftszwecks wurde auch die Vertretungsmacht der vertretungsberechtigten Personen eingeschränkt. Der einzelzeichnungsberechtigte Hans Morf hat mit dem Liegenschafts Kauf ein Rechtsgeschäft abgeschlossen, welches durch den geänderten Gesellschaftszweck auch bei weiter Auslegung nicht mehr gedeckt war. Gemäss Art. 933 Abs. 1 OR ist die Einrede, dass jemand einen Dritten gegenüber wirksam gewordenen Handelsregistereintrag nicht gekannt habe, ausgeschlossen (positive Publizitätswirkung des Handelsregisters). Fritz Kugler kann sich daher gegenüber der Danux AG nicht darauf berufen, dass er seit Jahren mit ihr resp. Hans Morf Liegenschaftsgeschäfte getätigt habe. Der Kaufvertrag mit der AG ist daher nicht zustande gekommen. Hans Morf hat sich gegenüber Fritz Kugler allenfalls schadenersatzpflichtig gemacht.

Zu E.4:

Mit der Auflösung der Karrer & Co. am 31. Dezember 1987 hatten die Gesellschafter die Auflösung beim Handelsregisteramt anzumelden (Art. 574 Abs. 2 OR). Da die Anmeldung nicht erfolgte, war die Tatsache, dass sich die Gesellschaft im Liquidationsstadium befand, nicht im Handelsregister ersichtlich. Daher kann sie einem Dritten, der nicht auf anderem Weg von der Auflösung erfahren hat, auch nicht entgegen gehalten werden (negative Publizitätswirkung des Handelsregisters; Art. 933 Abs. 2 OR). Wegen des fehlenden Handelsregistereintrags wurde die Vertretungsmacht der Gesellschafter nicht gestützt auf Art. 585 OR auf der Liquidation dienende Geschäfte eingeschränkt. Somit konnte Franz Karrer mit der Darlehensaufnahme die Kollektivgesellschaft verpflichten, und für die Darlehensschuld haftet neben dem Sondervermögen der Gesellschaft auch Gustav Märki solidarisch und persönlich.

Zu E.5:

Die Firma ist der für den Geschäftsverkehr gewählte Name des Unternehmensträgers. Die Firma bezeichnet nicht das Unternehmen selbst, sondern bezieht sich auf dessen Träger. Träger der Firma ist ein Einzelner (Einzelunternehmen; Art. 945 f. OR) oder eine Gesellschaft (Gesellschaftsfirma; Art. 947 ff. OR).

Die Firma dient zur Individualisierung eines Unternehmensträgers und hat Werbefunktion, da sie als Rufträgerin die Möglichkeit zur Selbstdarstellung bietet.

Zu E.6:

Das Obligationenrecht regelt folgende handelsrechtlichen Vollmachten:

- die Prokura (Art. 458 OR) und
- die anderen Handlungsvollmachten (Art. 462 OR)

Der Prokurist kann im Namen des Geschäftsherrn alle Arten von Rechtshandlungen vornehmen, die der Zweck des Gewerbes mit sich bringen kann (Art. 459 Abs. 1 OR), also objektiv betrachtet mit einem Gewerbe der betreffenden Art in Zusammenhang gebracht werden können.

Eine gewillkürte Beschränkung der Vertretungsmacht des Prokuristen lässt das Gesetz nur in zweierlei Hinsicht zu:

Filialprokura: Die Vertretungsmacht des Prokuristen kann auf den Geschäftskreis einer Zweigniederlassung beschränkt werden (Art. 460 Abs. 1 OR).

Kollektivprokura: Die Prokura kann mehreren (in der Regel zwei) Personen zur gemeinsamen Unterschrift erteilt werden mit der Wirkung, dass die Unterschrift des Einzelnen ohne die Mitwirkung des oder der Übrigen nicht verbindlich ist (Art. 460 Abs. 2 OR).

Die Prokura muss im Handelsregister eingetragen werden, die kaufmännische Prokura entsteht aber auch ohne Eintrag im Handelsregister (deklaratorische Wirkung des Handelsregisters).

Der Umfang der Handlungsvollmacht ist wesentlich enger als derjenige der Prokura. Die Handlungsvollmacht beschränkt sich auf Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Gewerbes oder die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt (Art. 462 Abs. 1 OR). Die Handlungsvollmacht entsteht ohne Eintrag im Handelsregister resp. ein Eintrag ist gar nicht möglich.

Zu E.7:

Das kaufmännische Unternehmen wird im Rahmen seiner Geschäftstätigkeit gegen aussen tätig. Der Geschäftsverkehr mit Dritten, die mit dem Geschäftsherrn oder mit Hilfspersonen in Kontakt treten, wird vereinfacht, wenn sich diese auf eine feste Regelung des Umfangs der Vertretungsmacht verlassen können. Ziel ist es, den Rechtsverkehr mittels einheitlicher Normen und Transparenz berechenbar zu machen und damit zu vereinfachen.

Zu E.8:

Gemäss Art. 530 Abs. 2 OR ist eine Gesellschaft dann eine einfache Gesellschaft, wenn nicht die Voraussetzungen einer der anderen sieben Gesellschaftsformen erfüllt sind. Die einfache Gesellschaft ist damit negativ definiert und wird deshalb als Auffangbecken im Gesellschaftsrecht betrachtet.

Zu E.9:

Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft können natürliche Personen, juristische Personen, Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit oder Personengesamtheiten ohne gesellschaftliche Struktur (z.B. Erbgemeinschaften) sein. Alle Gesellschafter sind vorliegend daher als Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft zugelassen und sie können die einfache Gesellschaft gründen.

Zu E.10:

Gemäss Art. 542 Abs. 1 OR kann ein Gesellschafter ohne die Einwilligung der übrigen Gesellschafter keinen Dritten in die Gesellschaft aufnehmen. Die Aufnahme neuer Mitglieder kann auch durch Übertragung einer Mitgliedschaft erfolgen, weshalb beide Vorgänge nach Art. 542 OR behandelt werden. Zu einer Übertragung der Mitgliedschaft ist demnach nach dispositiver Gesetzesvorschrift die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter notwendig. Durch Gesellschaftsvertrag kann jedoch eine andere Regelung getroffen werden.

Zu E.11:

Im Gegensatz zur einfachen Gesellschaft ist die Kollektivgesellschaft darauf ausgerichtet, ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe zu betreiben. Die Kollektivgesellschaft hat sich in das Handelsregister eintragen zu lassen, was der einfachen Gesellschaft untersagt ist. Demnach kann auch nur die Kollektivgesellschaft von den Vorteilen eines Handelsregistereintrags (Firmenschutz, Klarstellung der rechtlichen Struktur gegen aussen) profitieren.

Zu E.12:

Im Gesellschaftsrecht muss streng zwischen Innenverhältnis und Aussenverhältnis unterschieden werden.

Die Geschäftsführung i.e.S. betrifft das «Dürfen» im Innenverhältnis der Gesellschaft, d.h. die Kompetenzen des Geschäftsführers im Verhältnis zur Gesellschaft bzw. zu den anderen Gesellschaftern. Sie regelt die Frage, inwieweit ein Gesellschafter nach den gesellschaftsinternen Regeln befugt ist, die Gesellschaft durch rechtsgeschäftliches Handeln zu verpflichten (Vertretungsbefugnis).

Die Vertretung betrifft das «Können» im Aussenverhältnis der Gesellschaft, d.h. die Auswirkungen des Handelns des Geschäftsführers im Verhältnis zu Dritten. Sie regelt die Frage, inwieweit das rechtsgeschäftliche Handeln eines

Gesellschafters der Gesellschaft zugerechnet wird und zu einer Verpflichtung der Gesellschaft führt (Vertretungsmacht).

Zwischen dem Dürfen im Innenverhältnis oder der Vertretungsbefugnis und dem Können im Aussenverhältnis oder der Vertretungsmacht kann eine Diskrepanz bestehen, indem die Vertretungsbefugnis des Gesellschafters intern beschränkt und enger gefasst sein kann als seine weitergehende, gesetzlich umschriebene Vertretungsmacht. Handelt der Gesellschafter innerhalb der gesetzlich umschriebenen Vertretungsmacht, verpflichtet dies die Gesellschaft gegenüber gutgläubigen Dritten, auch wenn er dabei seine Vertretungsbefugnis überschreitet.

Zu E.13:

Die Firma der Kollektivgesellschaft muss den Familiennamen von mindestens einem Gesellschafter enthalten, welcher mit einem das Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatz ergänzt wird (Art. 947 Abs. 1 OR). Eine Kollektivgesellschaft mit der Firma «Ludus» ist daher unzulässig.

Zu E.14:

Vorbehältlich anders lautendem Handelsregistereintrag ist jeder einzelne Kollektivgesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft befugt (Art. 563 OR). Seine Vertretungsmacht umfasst alle Rechtshandlungen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann (Art. 564 Abs. 1 OR). Darunter fallen alle, auch ungewöhnliche Geschäfte, die objektiv betrachtet durch den Gesellschaftszweck nicht geradezu ausgeschlossen sind.

Zu E.15:

Bei der stillen Gesellschaft handelt es sich um eine vertragliche Zweckgemeinschaft im Sinne der einfachen Gesellschaft mit der Besonderheit, dass sie nach aussen nicht als Gesellschaft in Erscheinung tritt. Es liegt eine reine Innengesellschaft vor. Nach aussen in Erscheinung tritt ausschliesslich der Hauptgesellschafter. Dieser handelt in eigenem Namen und auf eigene Rechnung. Er allein wird Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet. Eine Haftbarkeit des stillen Gesellschafters Dritten gegenüber besteht nicht, sein Vermögen ist deren Zugriff entzogen. Die Haftbarkeit des stillen Gesellschafters beschränkt sich auf seinen Beitrag, über den der Hauptgesellschafter alleinige Verfügungsmacht hat.

Antworten zu den Fragen und Fällen Teil F

Zu F.1:

Bei der Sacheinlagegründung erfolgt die Leistung der Einlage durch den Aktionär nicht in bar, sondern durch Hingabe einer Sache oder eines Rechts. Dabei besteht die Gefahr, dass wertlose oder überbewertete Vermögenswerte in die Gesellschaft eingebracht werden. Das Einbringen von überbewertetem Sachvermögen hat zur Folge, dass das Aktienkapital bereits bei der Gründung nicht gedeckt ist und dadurch Haftungssubstrat schon in diesem Zeitpunkt fehlt.

Das Aktienrecht sieht deshalb für die Sacheinlagegründung spezielle Vorschriften vor, welche eine Überbewertung verhindern sollen. Bei der Sacheinlagegründung sind folgende Dokumente und Angaben zwingend vorgeschrieben:

- der schriftliche Sacheinlagevertrag (Art. 634 Ziff. 1 OR),
- der Gründungsbericht (Art. 635 Ziff. 1 OR),
- die Prüfungsbestätigung eines zugelassenen Revisors (Art. 634 Ziff. 3 und Art. 635a OR),
- die Angabe des Gegenstands der Sacheinlage und dessen Bewertung, des Namen des Einlegers und der ihm zukommenden Aktien (Art. 628 Abs. 1 OR),
- die Eintragung des Gegenstandes der Sacheinlage und der dafür ausgegebenen Aktien im Handelsregister (Art. 642 OR).

Zu F.2:

Die Gründer einer AG bilden vor deren Gründung eine einfache Gesellschaft (vertragliche – in der Regel mündliche – Verbindung mit gemeinsamer Zweckbestimmung). Wird die Gesellschaft durch eine einzige Person gegründet (Art. 625 OR; vgl. Kap. F.1.3.2), liegt naturgemäss keine einfache Gesellschaft vor.

Zu F.3:

Das Mindestkapital einer AG beträgt CHF 100'000 (Art. 621 OR). Bei der Gründung müssen jedoch lediglich CHF 50'000 liberiert werden (Art. 632 Abs. 2 OR), was vorliegend durch die Einzahlung von Rolf Muster geschieht. Die Übertragung der zwei Aktien von Susanne König und Hanin Helfer auf Rolf Muster nach der Publikation der Gründung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) ist zulässig. Die Praxis erachtet Einpersonen-AGs als zulässig, trotz der Bestimmung des Art. 625 OR. Es ist alles rechtmässig.

Grundsätzlich haftet die AG einzig den Gesellschaftsgläubigern gegenüber. Die Gläubiger von Rolf Muster können die AG daher für dessen Schulden nicht belangen. Eine Ausnahme dazu gilt einzig dann, wenn die Trennung zwischen natürlicher und juristischer Person in rechtsmissbräuchlicher Weise erfolgt; in diesem Fall ist eine Durchgriff der Privatgläubiger auf das Vermögenssubstrat der AG möglich (vgl. BGE 113 II 36).

Zu F.4:

Art. 45 HRegV

Bei Aktiengesellschaften müssen ins Handelsregister eingetragen werden:

- Die Tatsache, dass es sich um die Gründung einer neuen Aktiengesellschaft handelt.
- Die Firma und die Identifikationsnummer
- Der Sitz und das Rechtsdomizil
- Die Rechtsform
- Das Datum der Statuten
- Falls sie beschränkt ist: die Dauer der Gesellschaft.
- Der Zweck
- Die Höhe des Aktienkapitals und der darauf geleisteten Einlagen sowie Anzahl, Nennwert und Art der Aktien
- Gegebenenfalls die Stimmrechtsaktien
- Falls ein Partizipationskapital ausgegeben wird: dessen Höhe und die darauf geleisteten Einlagen sowie Anzahl, Nennwert und Art der Partizipationsscheine.
- Im Fall von Vorzugsaktien oder Vorzugspartizipationsscheinen die damit verbundenen Vorrechte
- Bei einer Beschränkung der Übertragbarkeit der Aktien oder der Partizipationsscheine: ein Verweis auf die nähere Umschreibung in den Statuten
- Falls Genussscheine ausgegeben werden deren Anzahl und die damit verbundenen Rechte.
- Die Mitglieder des Verwaltungsrates
- Die zur Vertretung berechtigten Personen
- Falls die Gesellschaft keine ordentliche oder eingeschränkte Revision durchführt: ein Hinweis darauf
- Falls die Gesellschaft eine ordentliche oder eingeschränkte Revision durchführt: die Revisionsstelle.
- Das gesetzliche Publikationsorgan sowie gegebenenfalls weitere Publikationsorgane
- Die in den Statuten vorgesehene Form der Mitteilungen des Verwaltungsrates an die Aktionärinnen und Aktionäre.

Bestehen Sacheinlagen, Sachübernahmen, Verrechnungstatbestände oder besondere Vorteile, so sind zusätzlich folgende Tatsachen einzutragen:

- Die Sacheinlage unter Angabe des Datums des Vertrags, des Gegenstands und der dafür ausgegebenen Aktien
- Die Sachübernahme oder die beabsichtigte Sachübernahme unter Angabe des Datums des Vertrags, des Gegenstands und der Gegenleistung der Gesellschaft
- Die Verrechnung unter Angabe des Betrages der zur Verrechnung gebrachten Forderung sowie die dafür ausgegebenen Aktien
- Der Inhalt und der Wert der besonderen Vorteile gemäss näherer Umschreibung in den Statuten.

Leistet eine Aktionärin oder ein Aktionär eine Sacheinlage, deren anzurechnender Wert die Einlagepflicht übersteigt und für die die Gesellschaft neben den ausgegebenen Aktien eine Gegenleistung gewährt, so ist im Umfang dieser Gegenleistung eine Sachübernahme im Handelsregister einzutragen (gemischte Sacheinlage und Sachübernahme).

Zu F.5:

Die einzige Pflicht des Aktionärs ist, die von ihm gezeichneten Aktien zu liberieren (Art. 680 Abs. 1 OR). Kommt er seiner Liberierungspflicht nicht nach, kann er seiner Rechte verlustig erklärt werden (sog. Kaduzierung; Art. 682 OR). In den Statuten kann zudem eine Konventionalstrafe bei nicht rechtzeitiger Leistung der Einlage vorgesehen sein (Art. 627 Ziff. 5 und Art. 682 Abs. 1 OR).

Zu mehr als zur Leistung seiner Einlage (und der Konventionalstrafe bei deren Nichtleistung) kann der Aktionär durch die Statuten nicht verpflichtet werden (Art. 680 Abs. 1 OR). Insbesondere trifft ihn (als Aktionär) keine Treupflicht. Die Statutenbestimmung der Virtex AG ist daher unzulässig.

Zu F.6:

a) Gemäss Art. 713 Abs. 1 OR steht dem Vorsitzenden des Verwaltungsrates zur Lösung von Pattsituationen der Stichentscheid zu, sofern die Statuten nichts anderes vorsehen. Enthalten die Statuten vorliegend keine andere Regelung, hat daher Anton Meier den Stichentscheid.

b) In der Generalversammlung ist von Gesetzes wegen kein Stichentscheid des Vorsitzenden gegeben. Gemäss BGE 95 II 555 ist es jedoch zulässig, auf statutarischem Weg den Stichentscheid des Vorsitzenden einzuführen. Ist im vorliegenden Fall keine entsprechende Statutenbestimmung gegeben, bleibt es beim Patt, und ein Entscheid kommt mangels Erreichen der absoluten Mehrheit der vertretenen Stimmen nicht zustande.

Zu F.7:

Art. 701 OR sieht vor, dass die Eigentümer oder Vertreter sämtlicher Aktien einer AG eine Generalversammlung ohne Einhaltung der für die Einberufung vorgesehenen Formvorschriften durchführen können, sofern sie dies einstimmig beschliessen (sog. Universalversammlung). Wenn sich Kuhn, Kunz und Kundert darauf verständigen, können sie die GV also in der Form einer Universalversammlung abhalten.

Zu F.8:

Der Generalversammlung stehen gemäss Art. 698 Abs. 2 OR folgende unübertragbaren Befugnisse zu:

- Festsetzung und Änderung der Statuten (so etwa Änderungen des Aktienkapitals oder der Firma, Sitzverlegung, Änderung des Gesellschaftszwecks, Beschränkung der Übertragbarkeit von Namenaktien etc.)
- Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle
- Genehmigung des Jahresberichts und der Konzernrechnung
- Genehmigung der Jahresrechnung sowie Beschlussfassung über die Verwendung des Bilanzgewinns, insbesondere Festsetzung der Dividende und der Tantieme
- Entlastung der Mitglieder des Verwaltungsrates (und der Geschäftsleitung)

- Beschlussfassung über die Gegenstände, die ihr durch das Gesetz und die Statuten vorbehalten sind (so insbesondere Kapitalerhöhung, Kapitalherabsetzung, Durchführung einer Sonderprüfung, Auflösung der Gesellschaft, Fusion)

Zu F.9:

Der Verwaltungsrat hat gemäss Art. 716a OR folgende unübertragbare und unentziehbare Aufgaben:

- Oberleitung der Gesellschaft und Erteilung der nötigen Weisungen (insbesondere Verantwortung für die Strategie des Unternehmens)
- Festlegung der Organisation (Regelung seiner eigenen Tätigkeit, Delegation von Kompetenzen, Erstellen eines Organisationsreglements)
- Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung
- Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und der Vertretung betrauten Personen
- Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen
- Erstellung des Geschäftsberichts sowie Vorbereitung der Generalversammlung und Ausführung ihrer Beschlüsse
- Benachrichtigung des Richters im Fall der Überschuldung
- Zusammenfassend hat der Verwaltungsrat somit vier Hauptaufgaben:
 - Oberleitung
 - Festlegung der Organisation, Rechnungswesen, Finanzkontrolle, Finanzaufsicht
 - Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und Vertretung betrauten Personen
 - Oberaufsicht

Zu F.10:

Aktionärbindungsverträge sind Verträge unter (allen oder mehreren) Aktionären, in denen Vereinbarungen über Angelegenheiten der Aktiengesellschaft getroffen werden. Typische Inhalte von Aktionärbindungsverträgen sind Vereinbarungen über die Ausübung von Aktionärsrechten, insbesondere Stimmrechten, Regelungen betreffend Zusammensetzung des Verwaltungsrates, Vereinbarung von Vorkaufs- bzw. Kaufrechten an Aktien sowie Auferlegung von Konkurrenzverboten und Treuepflichten.

Aktionärbindungsverträge können somit verschiedene Rechte und Pflichten der Vertragspartner (Aktionäre) enthalten, die nicht statutarisch eingeführt werden können.

Zu F.11:

Art. 662a OR nennt die aktienrechtlichen Grundsätze ordnungsmässiger Rechnungslegung. Es sind dies:

- Vollständigkeit der Jahresrechnung;
- Klarheit der Angaben;
- Wesentlichkeit (materiality-Prinzip);
- Vorsicht (Höchstbewertungsvorschriften und Imparitätsprinzip)
- Fortführung der Unternehmenstätigkeit (going concern)
- Stetigkeit in Darstellung und Bewertung
- Bruttoprinzip (Verrechnungsverbot)

Zu F.12:

Eine AG wird gem. Art. 736 OR aufgelöst:

- nach Massgabe der Statuten (z.B. Begrenzung der Dauer)
- durch einen Beschluss der Generalversammlung
- durch Eröffnung des Konkurses
- durch Urteil des Richters, wenn Aktionäre, die zusammen mindestens 10% des Aktienkapitals vertreten, aus wichtigen Gründen dies verlangen; statt derselben kann der Richter auf eine andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung erkennen
- in den übrigen vom Gesetz vorgesehenen Fällen (widerrechtlicher Zweck, Gründungsmängel, Fehlen der vorgeschriebenen Organe)

Zu F.13:

Die GmbH stellt nach der gesetzlichen Konzeption eine Zwischenform der (rein kapitalbezogenen) Aktiengesellschaft und der (personenbezogenen) Kollektivgesellschaft dar, wobei sie der AG bedeutend näher liegt. Wie die AG ist die GmbH eine Körperschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit (Art. 779 Abs. 1 OR).

Als personenbezogene Elemente gelten insbesondere die folgenden Merkmale:

- Prinzip der Selbstorganschaft (Geschäftsführung durch die Gesellschafter)
- Treuepflicht
- Statutarische Auferlegung weiterer Pflichten der Gesellschafter möglich (z.B. Nachschusspflicht)
- Übertragung der Mitgliedschaft mittels Zession des Gesellschaftsanteils, es besteht eine strenge gesetzliche Vinkulierung.
- Möglichkeit des Ausschlusses oder Austrittes von Gesellschaftern

Zu F.14:

Die Genossenschaft ist eine als Körperschaft organisierte Verbindung einer nicht geschlossenen Zahl von Personen oder Handelsgesellschaften, die in der Hauptsache die Förderung oder Sicherung bestimmter wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe bezweckt (Art. 828 Abs. 1 OR).

Die Genossenschaft verfolgt von Gesetzes wegen (aber nicht zwingend) einen wirtschaftlichen Zweck. Das Verschaffen von direkten Geldvorteilen ist atypisch, im Vordergrund steht die Förderung der wirtschaftlichen Interessen der Mitglieder durch das Verschaffen von Sachvorteilen oder das Zurverfügungstellen von Dienstleistungen.

Zu F.15:

Gemäss Art. 871 Abs. 1 OR können die Statuten die Genossenschafter an Stelle oder neben der Haftung zur Leistung von Nachschüssen verpflichten, die jedoch nur zur Deckung von Bilanzverlusten dienen dürfen. Vorliegend geht es um den Kauf eines Grundstücks, also nicht um die Deckung eines Bilanzverlustes. Helena Marti muss daher die CHF 5'000 nicht nachschliessen.

