

RECHT

für Lehrkräfte für Wirtschaftsfächer

Dritter Teil:

**Die einzelnen Vertragsverhältnisse
(Besonderer Teil des Obligationenrechts - "OR BT")**

Schuldbetreibung und Konkurs

Prof. Dr. iur. Christian Brückner

Ausgabe 8.01.2016

INHALT

I. DIE EINZELNEN VERTRAGSVERHÄLTNISSE (OR BT)	5
1. Kapitel: Überblick über die einzelnen Vertragstypen des schweizerischen Rechts	5
1. Waren und andere Güter	5
2. Arbeit	6
3. Handel	6
4. Transportwesen	7
5. Sicherungsgeschäfte	7
6. Ehe und Erbgang	7
2. Kapitel: Der Kaufvertrag (Art. 184 ff. OR)	7
1. Begriff	7
2. Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft	8
3. Übergang von Nutzen und Gefahr	9
4. Liefermodalitäten; Incoterms	11
5. Gewährleistung, Mängelrechte	12
b) Obliegenheiten und Mängelrechte des Käufers	12
(a) Mängelrüge	12
(b) Durchsetzung der Mängelrechte: Minderung oder Wandelung	12
a) Haftung des Verkäufers	13
6. Produkthaftung	15
7. Grundstückkauf	16
8. Sukzessivlieferungskauf	16
9. Teilzahlungskauf	17
10. Die vier kaufrechtlichen Optionen	17
11. Das "Wiener Kaufrecht" (CISG)	19
12. Kritik an der Regelung des Kaufvertrags im OR	24
13. Nachtrag: Der Energielieferungsvertrag	25
3. Kapitel: Verträge auf Gebrauchsüberlassung	25
A. Der Mietvertrag (Art. 253-274 OR)	25
1. Begriff	25
2. Begriffliche Abgrenzung von Miete und Pacht	26
3. Mieter- und Pächterschutz	26
a) Geltungsbereich des gesetzlichen Mieterschutzes	27
b) Inhalt des gesetzlichen Mieterschutzes (Ueberblick)	28
c) Mieterschutz anlässlich des Vertragsschlusses: unzulässige Vertragsinhalte	29
aa) Übersetzter Anfangsmietzins	29
bb) Preisgabe des Konsensprinzips von Art. 1 Abs. 1 OR	30
cc) Klauseln für automatische spätere Mietzinserhöhungen	31
dd) Mietzinskaution	32
ee) Unzulässige Koppelungsgeschäfte	32
ff) Andere unzulässige Absprachen	33
d) Mieterschutz während des Mietverhältnisses	33
aa) Bei Mietzinserhöhungen	33
bb) Anspruch des Mieters auf Mietzinsherabsetzung	35
cc) Ansprüche des Mieters bei Mängeln an der Mietsache	35
e) Mieterschutz anlässlich der Beendigung des Mietverhältnisses	36
aa) Form der Kündigung	36
bb) Anfechtung der Kündigung	37
cc) Gültige Kündigung: Erstreckungsmöglichkeit	38
dd) Übergang des Mietverhältnisses bei Verkauf der Mietsache	39
de) Vorzeitige Kündigung durch den Mieter	39
f) Rechtsschutz: Besonderes Verfahren	40
B. Der Pachtvertrag (Art. 275-304 OR)	41
C. Der Gebrauchsleihevertrag (Art. 305 OR)	42
D. Der Darlehensvertrag (Art. 312 OR)	42
E. Die Hinterlegung (Art. 472 OR)	44

4. Kapitel: Verträge auf Arbeitsleistungen	44
A. Überblick über die drei wichtigsten Vertragstypen (Einzelarbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag)	44
B. Einzelarbeitsvertrag	46
1. Allgemeines	46
2. Zwingende Gesetzesbestimmungen und Günstigkeitsprinzip	49
3. Kündigungsschutz	49
4. Arbeitsvertragliche Konkurrenzverbote	51
5. Gesamtarbeitsvertrag; Normalarbeitsvertrag	54
6. Personalvorsorge	55
7. Gleicher Lohn für Mann und Frau (Art. 8 Abs. 3 BV)	56
a) Der Tatbestand der Geschlechtsdiskriminierung im Beruf	57
aa) Direkte und indirekte Diskriminierung	57
bb) Rechtfertigungsgründe	58
cc) Bereiche der Diskriminierung	58
dd) Lohndiskriminierung im Besonderen	58
b) Rechtsfolgen einer Diskriminierung	58
c) Beweislast erleichterung	59
C. Werkvertrag	59
1. Begriff	59
2. Unterschiedliche Gewährleistung bei Werkvertrag und Kaufvertrag	60
3. Rücktrittsrecht des Bestellers nur bei besonderen Umständen	60
D. Auftrag	61
1. Begriff	61
2. Systemgläubigkeit des Gesetzgebers - der legislatorische Fehler von Art. 394 Abs. 2 OR	62
3. Treuhand	62
E. Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 OR)	63
1. Die (echte) Geschäftsführung	63
2. Unechte Geschäftsführung (Art. 423 OR)	64
F. Bürgschaft (Art. 492 OR) und Garantie	65
G. Einfache Gesellschaft (Art. 530 OR)	67
II. SCHULDBETREIBUNG UND KONKURS (INSOLVENZRECHT)	68
A. Zur Darbietung des Stoffes	68
B. Das Schuldbetreibungsrecht als Teil des Bundesrechts	68
C. Betreuung, Rechtsvorschlag und Rechtsöffnung	69
1. Einleitung der Betreuung	69
2. Der Zahlungsbefehl	69
3. Der Rechtsvorschlag	70
4. Die provisorische Rechtsöffnung: Voraussetzungen	70
5. Der provisorische Rechtsöffnungstitel	71
6. Das gerichtliche Rechtsöffnungsverfahren	72
7. Die Aberkennungsklage	73
8. Die definitive Rechtsöffnung	73
D. Betreuung auf Pfändung, auf Pfandverwertung und auf Konkurs	74
E. Der Konkurs	76
1. Veranschaulichung des Ablaufs	76
a) Vorspiel: Die Konkurseröffnung	76
b) 1. Akt: Das Zusammenlaufen der Gläubigerinnen	77
c) 2. Akt: Die Behändigung der Aktiven	77
d) 3. Akt: Die Zulassung der Gläubigerinnen	78
e) 4. Akt: Die Aussonderung einzelner Aktiven zugunsten Drittberechtigter	79
f) 5. Akt: Die Gant	81

g) 6. Akt: Die Verteilung der Steigerungserlöse	82
h) 7. Akt: Die Verteilung der Konkursverlustscheine	84
i) Nachspiel: Der Verlustschein-Handel	84
2. Erläuterungen zu einzelnen Vorgängen und Begriffen:	84
a) Massagläubiger und Massaschulden	84
b) Die Rangordnung der Gläubigerinnen (die drei Klassen)	85
3. Die paulianische Anfechtung	85
4. Zulässige Verrechnung im Konkurs (Art. 213 SchKG)	87
5. Unzulässige Verrechnung im Konkurs (Art. 213 SchKG)	88
6. Kein Verrechnungsverbot während der Nachlassstundung für vorbestehende Forderungen	88
7. Der Rangrücktritt	89
8. Die Erledigungswirkung des Konkurses	89
9. Zusammenfassender Überblick über die Wirkungen des Konkurses	90
F. Der Privatkonkurs (Insolvenzerklärung)	91
G. Nachlassstundung und Nachlassvertrag (Art. 293 ff. SchKG)	92
H. Der Arrest (Art. 271 SchKG)	94

I. DIE EINZELNEN VERTRAGSVERHÄLTNISSE (OR BT)

1. Kapitel: Überblick über die einzelnen Vertragstypen des schweizerischen Rechts

- 1 Kraft der Vertragsfreiheit können die Vertragschliessenden beliebige Leistungen zum Inhalt ihrer Verträge machen. Aus historischen und praktischen Gründen hat der Gesetzgeber des OR jedoch bestimmte, häufig anzutreffende Vertragsinhalte in einem Katalog aufgelistet und als "*Die einzelnen Vertragsverhältnisse*" gesetzlich geregelt (Art. 184-551 OR).
- 2 In der juristischen Terminologie hat sich eingebürgert, Verträge, welche die Elemente von mehreren gesetzlichen Vertragstypen in sich vereinigen und demgemäss nach den Kriterien dieser verschiedenen gesetzlichen Typen ergänzt und korrigiert werden müssen, als "*gemischte Verträge*" zu bezeichnen.
- 3 Privat getroffene Vereinbarungen, die nicht sinnvollerweise einem einzigen oder auch mehreren gesetzlichen Typen zugeordnet werden können, werden als "*Verträge sui generis*" (= Verträge ihrer eigenen Art) oder, gleichbedeutend, als "*Innominatkontrakte*" (namenlose Verträge) bezeichnet. Dazu gehören beispielsweise der Leasing- und der Lizenzvertrag, die beide im OR nicht behandelt sind und weder unter die gesetzlichen Regeln der Miete noch der Pacht passen. Mit dem Begriff "*innominat*" (namenlos) will nicht gesagt sein, das betreffende Vertragsverhältnis habe keinen Namen, sondern: keinen im gesetzlichen Katalog auffindbaren Namen.
- 4 Ob ein konkretes Vertragsverhältnis unter einen bestimmten gesetzlichen Typ fällt, kann bei Vertragsstörungen und negativen Entwicklungen der Beziehungen zwischen den Parteien bedeutsam werden. Wenn beispielsweise im Benützungsvertrag eines Fitness-Centers eine Kündigungsfrist von 12 Monaten vorgesehen ist, so kann der Benützer, der den Vertrag früher beenden möchte, geltend machen, der Vertrag müsse als einfacher Auftrag gemäss Art. 394 OR qualifiziert werden und sei demzufolge kraft der zwingenden Bestimmung von Art. 404 OR jederzeit kündbar. Das Fitness-Center wird dann entgegen, der Benützungsvertrag sei *kein* Auftrag, sondern ein Innominatkontrakt, bei welchem der Ausschluss der Vertragsbeendigung während einer festen Vertragszeit von 12 Monaten rechtswirksam vereinbart werden konnte.
- 5 Im folgenden werden die häufigsten Vertragstypen des schweizerischen Privatrechts, nicht nur die im OR geregelten, in Stichworten charakterisiert. Dieser Katalog der Inhalte und Namen der einzelnen Vertragstypen muss für das Examen gelernt werden. Die Standorte der Vertragstypen im Gesetz und die Artikelnummern müssen nicht gelernt werden.

1. Waren und andere Güter

- a) Ware gegen Geld (statt "Ware" genauer: Eigentum an einer Sache): **Kauf** (OR 184);
- b) Ware gegen Ware (genauer: Eigentum gegen Eigentum): **Tausch** (OR 237);
- c) Ware (genauer: Eigentumsübertragung) gratis: **Schenkung** (OR 239);
- d) Sachnutzung gegen Geld: **Miete** (OR 253);

- e) Sachnutzung gegen Geld, wobei der Eigentümer (Leasing-Geber) die Sache extra für den Benutzer (Leasing-Nehmer) anschafft und sie nach Vertragsablauf in der Regel selber nicht brauchen kann: **Leasing** (innominat);
- f) Sachbewirtschaftung gegen Geld oder gegen Früchte: **Pacht** (OR 275);
- g) Sachnutzung gratis: **Leihe** (OR 305);
- h) Vorübergehende Zurverfügungstellung von Geld (meist gegen Zins): **Darlehen** (OR 312);
- i) Nutzung von Immaterialgütern (Patenten, Marken, Know How, Urheberrechten): **Lizenz** (innominat);
- j) Lieferung von Elektrizität oder Wärme gegen Geld: **Energielieferungsvertrag** (innominat).

2. Arbeit

- a) Arbeit während bestimmter Arbeitszeiten gemäss jeweiligen Weisungen, gegen Geld ("Lohn", "Salär"): **Einzelarbeitsvertrag** (OR 319);
- b) Arbeit zwecks Lieferung eines bestimmten Arbeitsergebnisses, meist verbunden mit Warenlieferung, gegen Geld ("Werklohn"): **Werkvertrag** (OR 363);
- c) sorgfältiges Bemühen ohne Erfolgsgarantie, meist gegen Geld ("Honorar"): **Auftrag** (OR 394);
- d) spontane Hilfeleistung gegen Spesenersatz: **Geschäftsführung ohne Auftrag** (OR 419);
- e) sichere Aufbewahrung einer beweglichen Sache: **Hinterlegung** (OR 472);
- f) Verbreitung eines literarischen oder künstlerischen Werks: **Verlagsvertrag** (OR 380);
- g) Anstreben eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln: **einfache Gesellschaft** (OR 530).

3. Handel

- a) Warenverkauf als Arbeitnehmer ohne Integration in den Betrieb des Arbeitgebers¹: **Handelsreisendenvertrag** (OR 347);
- b) Zwischenhandel (Kauf und Verkauf) im eigenen Namen und auf eigene Rechnung und eigenes Risiko, aber mit produkte- und marktbezogener Exklusivitätsabsprache mit dem Lieferanten: **Alleinvertretungsvertrag** oder (gleichbedeutend) **Alleinvertriebsvertrag** (innominat);
- c) Handel in fremdem Namen auf fremde Rechnung: **Agentur** (OR 418a);

¹ Verkaufstätigkeit im Aussendienst mit Integration in den Betrieb des Arbeitgebers = Einzelarbeitsvertrag, OR 319

- d) Handel in eigenem Namen auf fremde Rechnung: **Kommission** (OR 425);
- e) Vermittlung von Geschäften (Zusammenführen von Vertragsparteien): **Mäklervertrag** (OR 412).

4. Transportwesen

- a) Organisation von Warentransporten: **Spedition** (OR 439);
- b) Warentransport gegen Geld: **Frachtvertrag** (OR 440);
- c) Personentransport gegen Geld: **Personenbeförderungsvertrag** (im OR nicht besonders geregelt, also Auftrag, vgl. OR 394 Abs. 2).

5. Sicherungsgeschäfte

- a) *"Ich bezahle Ihnen Geld bis maximal zum Betrag X, sofern der Hauptschuldner H Ihnen diesen Betrag bei Fälligkeit nicht bezahlt, aber ich bezahle Ihnen nur soviel, wie H Ihnen wirklich schuldet"*: **Bürgschaft** (OR 492);
- b) *"Ich zahle Ihnen den Betrag X, wenn der andere nicht zahlt"* (unabhängig davon, ob und wieviel der andere Ihnen wirklich schuldet): **Garantie** (OR 17 / 111);
- c) *"Wenn ich nicht zahle, können Sie diese meine Sache verwerten."* (bei beweglichen Sachen: "Faustpfand") (bei Grundstücken: "Grundpfand" oder [unjuristisch] "Hypothek") (*"Wenn er nicht zahlt, können Sie meine Sache verwerten"* = Drittpfand): **Pfandvertrag** (ZGB 884, ZGB 793);
- d) *"Ich zahle, wenn Ihnen etwas Bestimmtes passiert"*: **Versicherungsvertrag** (VVG).

6. Ehe und Erbgang

- a) Vertrag zwischen Ehegatten bezüglich Eigentum, Nutzung und Verwaltung ihres Vermögens während der Ehe sowie Teilung bei Auflösung der Ehe: **Ehevertrag** (ZGB 196, 221, 247);
- b) Einseitige, widerrufliche Anordnung betr. Verteilung des Nachlasses: **Letztwillige Verfügung** (= "Testament") (ZGB 498);
- c) Zwei- oder mehrseitige vertragliche Anordnungen betr. Vorgänge nach (und eventuell schon vor) dem Tod einer oder mehrerer Parteien; meist: Austausch erbrechtlicher Begünstigungen, zuweilen verbunden mit lebzeitigen Leistungen: **Erbvertrag** (ZGB 512).

2. Kapitel: Der Kaufvertrag (Art. 184 ff. OR)

1. Begriff

- 6 Der Gesetzgeber hat den Kaufvertrag in Art. 184 Abs. 1 OR folgendermassen definiert:

"Durch den Kaufvertrag verpflichtet sich der Verkäufer, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, und der Käufer, dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen."

- 7 Der Kauf bezieht sich also nicht einfach auf Sachen, sondern primär immer auf Rechte, insbesondere auf das Eigentumsrecht an einer Sache. Beim Fussballspiel verschafft der eine Spieler dem anderen den Ball, damit dieser ein Tor schiesse. Das ist bloss Verschaffung der Sache (des Balls), nicht Verschaffung des Eigentums am Ball. Zum Abschluss des Kaufvertrags bedarf es also nicht bloss des Konsenses, dass die eine Person der anderen die Sache verschafft, sondern: dass sie der anderen *das Eigentum an der Sache* verschafft.
- 8 Bildlich mag man sich vorstellen, dass alle vorhandenen Sachen - Liegenschaften, Bücher, Stereoanlagen etc. - in unserer Landschaft physisch vorhanden sind. Jede einzelne Sache ist einer oder mehreren Personen rechtlich zugeordnet. Eine Form solcher Zuordnung heisst "Eigentum" (es gibt noch andere Zuordnungsformen, z.B. Miete oder Nutzniessung). Zwischen jeder einzelnen Sache und ihrem Eigentümer ist also ein rechtliches Band - das Eigentumsrecht - zu denken. Beim Kaufvertrag verschafft der Verkäufer dem Käufer nicht nur die Sache, sondern auch gerade noch jenes rechtliche Band, durch welches die Sache fortan dem Käufer rechtlich zugeordnet ist - das Eigentumsrecht.
- 9 Mit dem Begriff der Sache sind die möglichen Kaufgegenstände zu eng eingegrenzt. Kaufgegenstände können auch Forderungen, z.B. aus Darlehen, oder andere Rechte, z.B. Patente, sein, ferner ideelle Geschäftswerte (Goodwill und Know How), ganze Vermögen, eine Erbschaft oder ein Erbteil, Sachgesamtheiten (z.B. eine Bibliothek). - Bei Darlehensforderungen, Patenten und anderen derartigen Rechten kann man nicht unterscheiden zwischen "Eigentumsrecht" und "Sache": Es gibt kein "Eigentum" an einer Darlehensforderung, sondern der Darlehensgläubiger ist ganz einfach der Inhaber der Forderung - sie steht ihm zu. Hier bezieht sich der Kauf also nicht auf das "Eigentumsrecht an einer Sache", sondern auf das Gläubigerrecht.
- 10 Bezüglich der Abgrenzung des Kaufvertrags vom Werkvertrag gilt: Der Verkäufer liefert, was er in seinem Sortiment hat oder was er anderswo einkauft. Stellt er die Sache dagegen für den Besteller *nach dessen Spezifikationen* her, so liegt ein Werkvertrag, kein Kauf, vor. Die bloss Anpassung eines Sortiments-Artikels an Kundenwünsche wie etwa Polsterfarben und Accessoires bei einem Auto machen den Kauf nicht zu einem Werkvertrag. Nur wenn die Kundenwünsche wesentliche Änderungen der Konstruktion oder gar eine Neukonstruktion erheischen, liegt ein Werkvertrag vor.
- 11 Das Vorhandensein eines Artikels im Sortiment bedeutet, dass der Artikel entweder bereits an Lager ist oder dass er nach bestehenden Spezifikationen hergestellt werden kann (nicht nach neuen Kundenspezifikationen). Entwickelt ein Fabrikant einen neuen Artikel nach Kundenspezifikationen, so erfolgt die Lieferung des Prototyps und des ersten funktionsfähigen Exemplars aufgrund eines Werkvertrags. Geht der Artikel anschliessend in Serie, so werden die weiteren Exemplare aufgrund von Kaufverträgen geliefert.

2. Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft

- 12 Im schweizerischen Recht wird die Abwicklung eines Kaufgeschäfts auf zwei Ebenen gedacht: Auf der einen Ebene schliessen die Vertragsparteien zunächst den Vertrag im

Sinne einer privatautonomen Verhaltenslenkung. Jede Partei verpflichtet sich, der anderen etwas zu leisten, je im Sinne zukünftigen Individualverhaltens. Ist das so geplante gegenseitige Verhalten durch den Vertragsschluss, z.B. die Unterzeichnung eines schriftlichen Dokuments, in Kraft gesetzt, so findet auf einer anderen Ebene, gleichzeitig oder später, die Vertragserfüllung statt. Das im Vertrag vorprogrammierte Individualverhalten kommt nun zur Durchführung. Der Verkäufer bemüht sich darum, die versprochene Sache zu liefern und deren rechtliche Zuordnung zum Käufer, als neuem Berechtigtem, zu bewirken. Der Käufer verbringt die als Kaufpreis festgelegte Geldsumme dergestalt in den Einflussbereich des Verkäufers, beispielsweise durch Überweisung auf dessen Bankkonto, dass diese Summe unmittelbar in den Rechtsbereich des Verkäufers gelangt.

- 13 Der Kaufvertrag ist das Verpflichtungsgeschäft. Durch den Vertragsschluss verpflichten sich die Parteien gegenseitig, Eigentum zu verschaffen und den Preis zu bezahlen. Der Vertrag begründet also Bindungen, gegenseitiges Müssen, d.h. gegenseitige Pflichten.
- 14 Für das Verständnis des Kaufvertrags als Verpflichtungsgeschäft ist wichtig, dass der Verkäufer nicht sein eigenes Eigentum auf den Käufer zu übertragen braucht. Die Verpflichtung des Verkäufers beschränkt sich darauf, dem Käufer an der Sache "das Eigentum zu verschaffen". Wer der bisherige Eigentümer war, spielt keine Rolle. Kann der Verkäufer die verkaufte Ware nirgends auftreiben, so befindet er sich im Zustande der Vertragsverletzung. Er kann nicht geltend machen, der Kaufvertrag habe einen unmöglichen Inhalt gehabt und sei im Sinne von Art. 20 OR nichtig gewesen, weil er, der Verkäufer, die verkaufte Sache gar nie in seinem Eigentum gehabt habe.
- 15 Zur Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen (d.h. an körperlichen Gegenständen, die nicht Liegenschaften sind, also z.B. Bücher, Fahrzeuge, Waren aller Art) ist gemäss Art. 714 Abs. 1 ZGB der "Übergang des Besitzes" (die Verschaffung der alleinigen Zugangsmöglichkeit für den Erwerber) erforderlich. Praktisch ist dies meist gleichbedeutend mit der körperlichen Sachlieferung. Körperliche Übergabe der Ware in den Zugriffsbereich des Käufers bewirkt also normalerweise den Eigentumsübergang. Liefert der Verkäufer die Sache, so verfügt er mit der Lieferung über sein Eigentumsrecht. Allgemein gesagt: Mit dem Leistungsaustausch verfügen die Parteien über Rechte und erfüllen dadurch ihre im Kaufvertrag begründeten Pflichten.

3. Übergang von Nutzen und Gefahr

- 16 Die Unterscheidung zwischen dem Verpflichtungsgeschäft (dem Vertragsschluss) und dem Verfügungsgeschäft (Vertragserfüllung, Rechtsverschaffung) hat zur Folge, dass zwischen dem ersten und dem zweiten Akt zuweilen eine längere Zeit verstreicht. In dieser Zeit wirft der Kaufgegenstand möglicherweise einen Nutzen ab (auf der verkauften Obligation werden Zinsen fällig; die Mieter des verkauften Hauses bezahlen Mietzinsen), oder der Kaufgegenstand wird von einer äusseren Gefahr betroffen (z.B. Konkursausbruch des Obligationenschuldners; Brandbeschädigung des verkauften Bildes). Vernünftigerweise möchte man annehmen, wenn der Verkäufer am Tage der vorgesehenen Vertragserfüllung die Sache nicht mehr oder nicht mehr im gleichen Zustand liefern kann, in welchem sie sich am Tage der Vertragsunterzeichnung befunden hat, dann brauche der Käufer auch den Kaufpreis nicht zu bezahlen. Genau diese ein-

leuchtende Regelung ergibt sich für den Normalfall aller Verträge (ausser des Kaufs) aus Art. 119 OR. Beim Kauf ist es aber anders. Hier sagt das Gesetz:

"Art. 185 Abs. 1 OR: Nutzen und Gefahr

Sofern nicht besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme begründen, gehen Nutzen und Gefahr der Sache mit dem Abschluss des Vertrages auf den Erwerber über.

- 17 Dies ist eine Kuriosität, welche dem Gerechtigkeitsempfinden widerspricht. Warum soll der Verkäufer den Preis zugut haben, wenn er infolge eines Brandes oder dergleichen die Ware nicht mehr liefern kann? Das Eigentum an der Sache lag noch bei ihm. Normalerweise trägt doch jedermann das Risiko für alle in seinem Eigentum stehenden Sachen selber. - Man begreift die gesetzliche Regelung nicht.
- 18 Sie ist historisch zu erklären. Sie stammt aus Zeiten, in denen der Barkauf das Normale war. Wurde unmittelbar nach dem Händedruck bar bezahlt und die Ware mitgenommen, so stellte sich das Problem des Gefahrübergangs nicht. Liess der Käufer die Sache noch eine Weile beim Verkäufer, so war dies eine Bequemlichkeit des Käufers, die nicht im Interesse des Verkäufers lag. Erlitt die Sache in dieser Zeit einen Schaden, so sollte dies das Problem des Käufers sein: Bezahlen musste er die Sache trotzdem.
- 19 In einer Rechtsordnung, in der fast nur noch der Detailhandel mit dem Barkauf operiert, der Versandhandel und der Engroshandel dagegen auf Distanz geschieht, ist das gesetzliche Prinzip von Art. 185 Abs. 1 OR nicht mehr passend. Aus Art. 185 Abs. 1 OR ergibt sich allerdings, dass die vom Gesetzgeber vorgesehene, grundsätzlich unbefriedigende Regelung durch ausdrückliche Absprache abgeändert werden kann. Die gesetzliche Norm ist dispositives Recht.
- 20 **Terminologischer Exkurs:** Der Begriff des "dispositiven Rechts" steht im Gegensatz zum Begriff des "zwingenden Rechts". "Dispositiv" heissen jene gesetzlichen Regeln, über welche die Privaten "disponieren" können, d.h. welche sie in Verträgen oder Gesellschaftsstatuten ausser Kraft setzen und durch privat gestaltete Regeln ersetzen können. "Zwingend" heissen jene gesetzlichen Regeln, von denen man auch dann nicht abweichen kann, wenn man es übereinstimmend in einem Vertrag zu tun erklärt. Bei den einzelnen Vertragstypen gilt das dispositive Gesetzesrecht lückenfüllend, d.h. soweit die Parteien nicht ausdrücklich etwas anderes miteinander vereinbart haben.
- 21 Beim Kauf von Grundstücken (Liegenschaften) ist der Übergang von Nutzen und Gefahr etwas anders geregelt. Hier gilt **Art. 220 OR:**

"Nutzen und Gefahr. - Ist für die Übernahme des Grundstückes durch den Käufer ein bestimmter Zeitpunkt vertraglich festgestellt, so wird vermutet, dass Nutzen und Gefahr erst mit diesem Zeitpunkt auf den Käufer übergehen."
- 22 Aufgrund dieser Bestimmung ist es üblich, in Grundstückkaufverträge eine ausdrückliche Bestimmung über den "Antritt" der Liegenschaft durch den Käufer aufzunehmen. So kann beispielsweise ein Grundstückkauf im April abgeschlossen werden, und es kann die Bestimmung in den Vertrag aufgenommen werden: "Der Antritt des Kaufobjektes erfolgt am 1. Juli dieses Jahres". Damit ist gesagt, dass Nutzen und Gefahr nicht sogleich, sondern erst am 1. Juli auf den Käufer übergehen.

4. Liefermodalitäten; Incoterms

- 23 Für den Erfüllungsort gilt der (durch Parteiabrede abänderbare) Grundsatz: *Geldschulden sind Bringschulden; Sachschulden sind Holschulden* (Art. 74 Abs. 2 OR). Der Käufer muss also den Kaufpreis zum Verkäufer bringen und dort die Kaufsache abholen.
- 24 Beim heutigen Überangebot von Waren haben sich die Dinge in der Praxis aber umgekehrt: Regelmässig sind es die Verkäufer, die sich im Sinne einer absatzfördernden Dienstleistung darum bemühen, die Ware ans Domizil des Käufers zu bringen. Wird "franco Domizil" vereinbart, so bedeutet dies, dass der Verkäufer die Transportkosten (nicht aber auch die Gefahrentragung) bis zum Domizil des Käufers übernommen habe; Art. 189 Abs. 2 OR.
- 25 Im grenzüberschreitenden Handel (Import und Export) haben sich Kurzbezeichnungen für die gängigsten Lieferbedingungen entwickelt. Sie wurden von der Internationalen Handelskammer in Paris (International Chamber of Commerce, abgekürzt ICC) ausformuliert und unter dem Titel "*International Commercial Terms*", abgekürzt *Incoterms*, publiziert. Momentan gilt die 7. Auflage von 2010. Die Incoterms behandeln die im internationalen Handel gebräuchlichsten Liefervertragstypen. Im Vertrag wird jeweils nur die Kurzbezeichnung (z.B. "*CIF Rotterdam*") geschrieben, womit dann der ganze in den Incoterms unter der Überschrift "*CIF*" enthaltene Regelungskomplex zum Vertragsbestandteil gemacht ist.
- 26 Die Incoterms regeln nur Leistungsort, Transportkosten, Versicherungskosten und Gefahrübergang, nicht dagegen den Zeitpunkt des Eigentumsübergangs.
- 27 Die Incoterms sind aus der Sicht des *Verkäufers* formuliert, d.h. als Lieferbedingungen (nicht als Bezugsbedingungen des Käufers). Sie besagen, bis zu welchem Wegpunkt der Verkäufer kostenpflichtig ist. Die meisten Incoterms verstehen sich aufgrund ihrer Kurzbezeichnung von selber. Zu jedem Terminus gehört die Angabe des Wegpunkts (z.B.: "*CIF Rotterdam*" = Versand-, Versicherungs- und Frachtkosten bis zum Bestimmungshafen Rotterdam). Die wichtigsten Incoterms sind:
- *EXW Chicago* (= "Ex works/Ab Werk Chicago"): Verkäufer kümmert sich nicht um den Transport; Käufer muss in der Fabrik des Verkäufers in Chicago abholen;
 - *FCA Dortmund* (= "Free carrier/frei Frachtführer Dortmund"): Verkäufer bezahlt bis und mit Lastwagenverlad in Dortmund;
 - *FAS Hong Kong* (= "Free alongside ship Hong Kong"): Verkäufer bezahlt bis auf Kai an der Längsseite des Schiffs im Verladehafen Hong Kong; Käufer bezahlt alles weitere;
 - *FOB Newark* (= "Free on board/frei an Bord Newark"): Verkäufer bezahlt bis und mit Schiffsverlad im Verladehafen Newark,
 - *CFR Hamburg* (= "Cost + freight/Versand- und Frachtkosten"): Verkäufer bezahlt bis zum Schiffs-Ablad im Bestimmungshafen Hamburg. - *CFR* wird nur bei Schiffstransporten vereinbart.

- *CIF Rotterdam* (= "Cost, insurance, freight"): = Verkäufer bezahlt ganzen Transport einschliesslich Transportversicherung bis zum Bestimmungshafen Rotterdam. - *CIF* wird nur bei Schiffstransporten vereinbart.

5. Gewährleistung, Mängelrechte

- 28 Das OR befasst sich vor allem mit einer besonderen Vertragsstörung, nämlich mit dem Fall, dass der Verkäufer fehlerhaft (mangelhafte Ware) liefert. Das schweizerische OR zeichnet sich beim Kauf durch Strenge aus. Während andere Länder diese Strenge auf den kaufmännischen Verkehr professioneller Fabrikanten und Händler beschränken und in separaten Handelsgesetzbüchern regeln, gibt es in der Schweiz kein Handelsgesetzbuch. Die strengen kaufmännischen Regeln beim Kaufvertrag gelten für jedermann. Sie lauten:

b) Obliegenheiten und Mängelrechte des Käufers

- 29 Dem Käufer obliegt², die Ware rasch prüfen und bei jedem auftauchenden Mangel *sofort* Mängelrüge zu erheben (Art. 201 Abs. 1 OR). Bei verspäteter Mängelrüge sind die Mängelrechte des Käufers verwirkt.
- 30 Zu unterscheiden sind die verschiedenen Fristen für die (a) Mängelrüge und für die (b) Durchsetzung der Mängelrechte.

(a) Mängelrüge

- 31 Der Käufer soll
- die erhaltene Sache möglichst bald (Art. 201 OR: "*sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist*") prüfen und
 - bei Entdeckung eines Sachmangels diesen "*sofort*" (gemäss Bundesgericht: 7 Kalender- oder 5 Arbeitstage) der Verkäuferin melden ("Mängelrüge erheben").
- 32 Unternehmungen pflegen beim Wareneinkauf demgemäss die Eingangskontrolle am Tage der Anlieferung oder am folgenden Tage vorzunehmen. Wer als Privatmann ein Gerät kauft, soll dieses ebenfalls unverzüglich in Betrieb nehmen, um allfällige Mängel sofort rügen zu können (die Kürze der gesetzlichen Rügefrist wird allerdings bei der Distribution von Massenprodukten gegenüber dem Endverbraucher normalerweise durch die Abgabe von Garantiescheinen gemildert: Innerhalb der im Garantieschein genannten Garantiefrist [in der Regel ein Jahr] ist jede Mängelrüge rechtzeitig. Trotzdem bleibt als Faustregel: Mängelrüge binnen drei Tagen nach Erhalt der Sache).

(b) Durchsetzung der Mängelrechte: Minderung oder Wandelung

- 33 Ist rechtzeitig Mängelrüge erhoben worden, dann hat der Käufer für die Durchsetzung seiner Mängelrechte (Minderung oder Wandelung, s. hienach) länger Zeit, nämlich bei beweglichen Sachen *zwei*³ Jahre seit Erhalt (Art. 210 OR), bei Liegenschaften *fünf* Jahre seit Antritt (Art. 219 OR). Um die Frist für die rechtliche Durchsetzung zu wahren

² Zum Begriff der Obliegenheit vgl. Skript OR AT, Ziff. 108.

³ Die bisherige Einjahresfrist wurde durch Gesetzesänderung per 1.01.2013 auf zwei Jahre verlängert.

ren, muss gerichtliche Klage eingeleitet werden. Protestbriefe, Mahnbriefe, Schuldbeitreibung auf Rückerstattung des Kaufpreises etc. genügen nicht.

- 34 Die Mängelrechte beschränken sich nach Meinung des Gesetzgebers auf Kaufpreisminderung ("*Minderung*") oder Rückgabe der Sache gegen Erstattung des Preises ("*Wandelung*"). Ein Nachbessern der Ware (Garantiarbeiten) wie beim Werkvertrag ist nicht vorgesehen.
- 35 Beim sogenannten *Platzkauf* von Massenware hat die Verkäuferin jedoch das Recht, die mangelhaften Stücke an Ort und Stelle durch gute Stücke zu ersetzen (Umtausch, Art. 206 Abs. 2 OR) und am Vertrag festzuhalten. Wer also beim Fachhändler einen Fotoapparat kauft und zuhause feststellt, dass die Zoom-Vorrichtung klemmt, kann das Gerät nicht kurzerhand zurückbringen und das Geld zurückverlangen, sondern muss sich gefallen lassen, dass der Händler einen anderen Apparat des gleichen Typs vom Regal herunterholt und die defekte Ware eintauscht - auch wenn es dem Käufer mittlerweile besser gefiele, bei einem anderen Händler den gleichen Apparat zu einem billigeren Preis zu kaufen.
- 36 Bei der Distribution von Massenprodukten (Fotoapparate, Uhren, Staubsauger, PCs etc.) wäre der Warenfluss empfindlich gestört, wenn jeder wesentliche Mangel zur Wandelung, d.h. zur Rückgabe der Sache (oder zum Umtausch gemäss Art. 206 Abs. 2 OR) berechtigen könnte. Die Händler schützen sich hiegegen, indem sie ihren Kunden Garantie-Scheine aushändigen und binnen einer gewissen Frist (Garantiefrist) kostenlose Behebung aller Fabrikationsmängel zusichern. Indem der Kunde den Garantieschein entgegennimmt, verzichtet er (meist ohne es zu merken) auf das ihm vom OR zuge dachte Mängelrecht der Wandelung. Mit der Entgegennahme des Garantiescheins stimmt er einer vertraglichen Abänderung der dispositiven Gesetzesbestimmungen bezüglich der Mängelrechte zu. Interessanterweise glauben die meisten Kunden, mit dem Garantieschein komme ihnen der Verkäufer grosszügig entgegen. In Wirklichkeit liegt das Entgegenkommen beim Kunden, der sich mit dem Garantieschein begnügt und auf seine weitergehenden Mängelrechte verzichtet. - Andererseits gewähren Garantiescheine dem Käufer den Vorteil, dass er nicht an die äusserst kurz bemessene gesetzliche Mängelrüge-Frist gebunden ist, sondern zu einem beliebigen Zeitpunkt während der Garantiefrist reklamieren kann.

a) Haftung des Verkäufers

- 37 Bezüglich der Haftung des Verkäufers werden *drei Stufen* unterschieden. Der Verkäufer haftet für

a) Mängel der Sache (Art. 197 OR); diese Mängel werden bei der Minderung durch die Kaufpreisreduktion, bei der Wandelung durch die Rückerstattung des Kaufpreises abgegolten.

Nur im Falle der Wandelung haftet der Verkäufer zudem

b) für den "*Schaden, der dem Käufer durch die Lieferung fehlerhafter Ware **unmittelbar** verursacht worden ist*" (Art. 208 Abs. 2 OR, sogenannte "unmittelbare Mangelfolgeschäden") und

c) für die *mittelbar* verursachten Schäden (in Art. 208 Abs. 3 OR als "*weiterer Schaden*" bezeichnet, sogenannte "mittelbare Mangelfolgeschäden").

Für die Sachmängel und den unmittelbaren Schaden (Kategorien a und b) haftet der Verkäufer, auch wenn ihn kein Verschulden trifft; für die mittelbaren Schäden (Kategorie c) haftet er nur, wenn er seine Schuldlosigkeit nicht beweisen kann.

- 38 Die Begriffe des "*unmittelbaren*" und "*mittelbaren*" Schadens bedürfen der Erläuterung. Sie sind noch zu erweitern um die Begriffe des "*direkten*" und "*indirekten*" Schadens.
- 39 "*Direkt*" heisst jeder Schaden, der den *Käufer selber* betrifft. "*Indirekter*" Schaden heisst derjenige, der *einen Dritten* betrifft, dem gegenüber der Käufer seinerseits (eventuell) schadenersatzpflichtig wird. Indirekter Schaden ist stets mittelbarer Schaden.
- 40 Die Abgrenzung von **unmittelbarem** und **mittelbarem Schaden** geschieht gemäss der Nähe des Kausalzusammenhangs. Kausalitätsmässig nahe Schadensfolgen des Sachmangels sind unmittelbare Schäden. Ferne Folge sind mittelbare Schäden. Das nachfolgende Beispiel zeigt, was damit gemeint ist. Es zeigt auch, wie schwierig es ist, aus diesen diffusen Begriffen brauchbare Lösungen für konkrete Fällen abzuleiten.
- 41 Jemand kauft beim Autohändler ein neues Auto. Das Bremssystem ist von Anfang an defekt, sodass der Käufer bei der ersten Kurve über den Strassenrand hinaus in eine Hausmauer fährt. In dieser Situation gelten folgende Begriffe:
- Das defekte Bremssystem ist der *Sachmangel*.
 - Der Minderwert des Autos infolge des Sachmangels, den es vor dem Unfall gehabt hatte, ist der *Mangelschaden*. (Bei einem Auto würde man diesen Schaden etwa mit den Kosten für die notwendigen Reparaturarbeiten gleichsetzen. Ist eine Reparatur nicht möglich, so ist das Auto insgesamt wertlos, der Mangelschaden also gleich gross wie der Preis des Autos. Übt der Käufer sein Wandelungsrecht aus, dann erübrigt sich die Quantifizierung des Mangelschadens. Mit der Rückabwicklung des Kaufvertrags wird die Frage nach der Grösse des Mangelschadens gegenstandslos).
 - Der unfallbedingte Totalschaden des Autos ist ein *Mangelfolgeschaden*, und zwar, wegen der Nähe des Kausalzusammenhangs, ein *unmittelbarer Schaden* des Käufers. Die Quantifizierung dieses Schadens erübrigt sich im vorliegenden Beispiel, da der Käufer kraft Wandelungsrecht ohnehin den Kaufpreis zurück erhält.
 - Der Personenschaden des verunfallten Käufers, nämlich seine Heilungskosten und der Erwerbsausfall während der Rekonvaleszenz, ferner die allfälligen Invaliditätskosten (längerfristiger Pflegeaufwand und Erwerbsausfall) sind ebenfalls *unmittelbarer Schaden* des Käufers.
 - die Reparatur-Rechnung, welche der Eigentümer der beschädigten Hausmauer dem Unfallfahrer schickt, ist aus der Sicht des Autoverkäufers *indirekter Schaden* und gleichzeitig *mittelbarer Schaden* des Käufers im Sinne von Art. 208 Abs. 3 OR.

- 42 Für den indirekten Schaden gilt die Faustregel: *Indirekter Schaden - indirekter Ersatz*, d.h.: der geschädigte Dritte kann sich möglicherweise für Schadenersatz an den schädigenden Zweiten (hier: an den Unfallfahrer), nicht aber an den schadensverursachenden Ersten (den Autohändler) halten. Im Strassenverkehr ist die Haftbarmachung des Unfallfahrers meist möglich. Wer mit einem nicht bremsfähigen Fahrzeug fährt, haftet aufgrund spezialgesetzlicher Bestimmungen. Also muss der Autokäufer (der "Zweite") den Schaden des Dritten übernehmen. Gerade diese Schadenersatzzahlung wird im Vermögen des Zweiten nun zu einem "mittelbaren Schaden", für den er seinen Autohändler haftbar machen kann, wenn dieser seine Schuldlosigkeit bezüglich des fehlerhaften Bremssystems nicht zu beweisen vermag.
- 43 Nochmals: Schäden Dritter, d.h. indirekte Schäden, die möglicherweise zu einer Schadenersatzpflicht des Käufers gegenüber den Dritten führen, sind aus der Sicht des Käufers immer *mittelbare* Schäden, wofür er vom Verkäufer nur bei Verkäuferverschulden Ersatz verlangen kann.
- 44 Wenn der Unfallfahrer als Lehrkraft bei einer Schule angestellt ist, muss ihm die Arbeitgeberin während der unfallbedingten Arbeitsunfähigkeit den Lohn weiterbezahlen, sodass der Unfallfahrer keinen Schaden aus Erwerbsausfall erleidet. Geschädigt ist die Arbeitgeberin, die mit zusätzlichen Kosten eine Aushilfslehrkraft einstellen muss. Die Arbeitgeberin ist im Verhältnis zum Autoverkäufer aber "Dritte". Da sie kraft arbeitsrechtlicher Regelung dem Unfallfahrer keine Schadenersatzrechnung wegen seiner Absenz vom Arbeitsplatz schicken kann, ist eine Überwälzung des Erwerbsausfall-Schadens auf den Autoverkäufer in diesem Falle unmöglich. Der Unfallfahrer kann nur den ihn selber betreffenden Erwerbsausfall (den er etwa erleidet, wenn er ein Selbständigerwerbender ist oder wenn seine Arbeitsunfähigkeit so lange dauert, dass die Arbeitgeberin nach einer gewissen Frist die Lohnzahlung einstellen darf) als seinen eigenen, unmittelbaren Schaden auf den Autoverkäufer überwälzen.
- 45 Als Beispiel eines **mittelbaren Schadens**, für den der Verkäufer nur haftet, wenn er nicht seine Schuldlosigkeit nachweisen kann, mag der Fall der gekauften Geschirrspülmaschine erwähnt werden, die von Anfang an Wasser verliert. Der Wasserschaden im Haus des Käufers ist unmittelbarer Schaden. Führt das Wasser aber zu einem Kurzschluss in den elektrischen Leitungen und in der Folge zu einem Brand in der Liegenschaft, so ist dies mittelbarer Schaden.
- 46 Ein letztes Beispiel, allerdings aus einem früheren Jahrhundert, ist der Kauf einer Kuh, die mit einer ansteckenden Krankheit die übrigen Rinder im Stall des Käufers ansteckt. Die Heilungskosten und Verluste der angesteckten Tiere sind unmittelbarer Schaden. Kann der Bauer wegen der Krankheit seiner Ochsengespanne die Ernte nicht einfahren und aus diesem Grund seine Schulden nicht bezahlen, so sind die entsprechenden Schäden mittelbare Schäden.

6. Produkthaftung

- 47 Die meisten Massenprodukte gelangen nicht direkt, sondern über mehrere Handelsstufen vom Hersteller zum Endabnehmer. Hersteller (Produzent) und Endabnehmer (Konsument) schliessen nicht direkt miteinander einen Kaufvertrag ab. Vielmehr kauft der Konsument meist in einem Ladengeschäft der Detailhandelsstufe. Der Kaufvertrag begründet ein Rechtsverhältnis also nur direkt zwischen dem Konsumenten und sei-

nem Detailhändler, nicht zwischen dem Konsumenten und dem Produzenten. Die im vorangegangenen Abschnitt (Ziff. 28 ff.) dargestellte Gewährleistungsregel gibt dem Konsumenten, der infolge der Fehlerhaftigkeit eines gekauften Produktes geschädigt wird, kein vertragliches Mängelrecht gegen den Produzenten. Aus diesem Grunde besteht eine spezialgesetzlich geregelte Haftung des Herstellers und des Importeurs für die Sicherheit aller in den Verkehr gebrachten Konsumgüter, und zwar gemäss dem Produkthaftungspflichtgesetz (PrHG, SR 221.112.944). Der Inhalt dieses Gesetzes ist zusammengefasst im Skript OR AT, Ziff. 601 ff.

7. Grundstückkauf

- 48 Der Grundstückkauf unterscheidet sich vom Fahrniskauf insbesondere durch grössere Förmlichkeit. Während bewegliche Gegenstände meist ohne schriftlichen Kaufvertrag, oft nur im Sinne einer abgestimmten Verhaltensweise gekauft, d.h. Ware gegen Geld wortlos ausgetauscht werden, braucht es für den Grundstückkauf immer einen schriftlichen Vertrag, und zwar einen öffentlich beurkundeten⁴. Der öffentlich beurkundete Kaufvertrag wird alsdann beim Grundbuchamt eingereicht. Mit der Überbringung des Kaufvertrags und des ausdrücklichen Eintragungs-Auftrags⁵ an das Grundbuchamt erfüllt der Verkäufer die im Vertrag übernommene Pflicht. Die Grundbuchanmeldung entspricht dem, was beim Fahrniskauf die Lieferung der Sache (Besitzverschaffung) ist. Beim Liegenschaftsverkauf hat die Vertragserfüllung also nichts zu tun mit körperlicher Behändigung der Sache, nichts mit dem Auszug bisheriger und mit dem Einzug neuer Bewohner. Wer körperlich "im Besitz" der Liegenschaft ist, spielt für die Eigentumsübertragung keine Rolle. Bei vermieteten Liegenschaften findet in der Regel kein Mieterwechsel statt. Die körperlichen Besitzesverhältnisse bleiben unverändert.
- 49 Beim Liegenschaftsverkauf ist die Gewährleistungsfrist des Verkäufers für Mängel eines Gebäudes gesetzlich auf fünf Jahre angesetzt. Beim Fahrniskauf dauert die entsprechende Frist ein Jahr (Art. 210 und 219 Abs. 3 OR).

8. Sukzessivlieferungskauf

- 50 Als Sukzessivlieferungskauf bezeichnet man jenen Vertrag, durch welchen die Lieferung von Ware in zeitlich getrennten Teilleistungen vereinbart wird, z.B. von Bier seitens einer Brauerei, von Gas und Wasser seitens der Industriellen Werke. Im Gesetz sind keine besonderen Regeln für den Sukzessivlieferungskauf vorgesehen. Erwähnenswert ist hier lediglich, dass Verzug, Gewährleistung und Mängelrechte für jede Teillieferung separat zu betrachten sind, dass aber jede Partei vom ganzen Vertrag, mit Wirkung für die Zukunft, zurücktreten kann, wenn einzelne Teilleistungen (oder deren Ausbleiben) erwarten lassen, die andere Vertragspartei werde auch künftig schlecht erfüllen.

⁴ Näheres zur öffentlichen Beurkundung vgl. Skript OR AT, Abschnitt "Der Vertragsschluss".

⁵ Sogenannte Eintragungsermächtigung (gemäss Art. 963 Abs. 1 ZGB: "*Die Eintragungen erfolgen auf Grund einer schriftlichen Erklärung des Eigentümers des Grundstückes, auf das sich die Verfügung bezieht*"). Der Eintragungs-Auftrag kann etwa folgendermassen lauten: "*Der unterzeichnete Eigentümer der Parzelle X meldet hiermit beim Grundbuchamt Y den beiliegenden Kaufvertrag an, mit dem Antrag, die entsprechenden Aenderungen im Grundbuch einzutragen.*"

9. Teilzahlungskauf

- 51 Mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über den Konsumkredit (KKG) am 1.01.2003 wurden die bisherigen Art. 226a-226m des OR über den *Abzahlungskauf* aufgehoben. Dieser Typ des Teilzahlungskaufs ist damit aus dem OR BT verschwunden. Der Konsumkredit wird hinten, im Rahmen der Darstellung des Darlehensvertrags, besprochen.
- 52 Der *Vorauszahlungskauf* (Art. 227a-227i und Art. 228 OR) ist im Gesetz stehen geblieben, kommt aber in der Praxis nicht vor und braucht nicht gelernt zu werden.

10. Die vier kaufrechtlichen Optionen

- 53 Zu den Gestaltungsrechten⁶ gehören auch die vier kaufrechtlichen Optionen: Kaufsrecht, Verkaufsrecht, Vorkaufsrecht und Rückkaufsrecht. All diesen Optionen ist gemeinsam, dass sie durch einen zweiseitigen Vertrag begründet werden. Dieser Vertrag gleicht einem Kaufvertrag, in dem Eigentumsverschaffung an einer Sache und Zahlung eines Kaufpreises vorprogrammiert werden. Aber das Leistungsaustauschprogramm wird zunächst nicht in Kraft gesetzt. Hingegen wird eine gegenseitige vertragliche Bindung insofern sofort in Kraft gesetzt, als der einen Vertragspartei die Kompetenz zugeordnet wird, durch ihre einseitige Erklärung entweder zu einem beliebigen Zeitpunkt oder während einer bestimmten Frist oder beim Vorliegen bestimmter äusserer Bedingungen das Leistungsaustausch-Programm in Kraft zu setzen: Den vorbereiteten Kaufvertrag als beidseits verbindliche Verhaltensregelung in Wirksamkeit treten zu lassen.
- 54 Der Gestaltungsberechtigte hat also zunächst keine Forderung auf die Kaufsache oder die Preiszahlung, sondern eine blosser Option (Wunscherfüllungsmöglichkeit, von lat. *optio* = Wunsch).
- 55 Beim **Kaufsrecht** kann er durch seine einseitige Erklärung einen Kaufvertrag in Kraft setzen, bei welchem er selber der Käufer ist. Wer das Kaufsrecht ausübt, setzt einen Kaufvertrag in Kraft, durch den sein Vertragspartner nun zur Lieferung verpflichtet wird. Zulasten des Käufers entsteht gleichzeitig die Pflicht, den Kaufpreis zu bezahlen. Da das Kaufsrecht die Möglichkeit gewährt, die Kaufsache nach Wunsch "abzurufen" (engl. "to call"), wird es namentlich im Börsenverkehr *Call Option* genannt. Kaufsrechte kommen vor im Wertpapierhandel und, relativ selten, im Liegenschaftsgeschäft.
- 56 Wem die Option eingeräumt ist, von der Verkäuferseite her einen Kaufvertrag durch einseitige Erklärung in Kraft zu setzen, die Kaufsache also nach seinem Belieben einer bestimmten Person "hinzustellen" (engl. "to put") und diese Person zur Kaufpreiszahlung zu verpflichten, der hat ein **Verkaufsrecht** ("Put Option"). Verkaufsrechte kommen praktisch nur im Wertpapier- und Warentermingeschäft vor. Im Liegenschaftsgeschäft sind sie unbekannt.
- 57 Zuweilen ist die gleichzeitige, gegenseitige Einräumung einer Call- und einer Put-Option sinnvoll. Man denke an einen Alleinaktionär, dem die Verantwortung der

⁶ Vgl zu diesem Begriff das Skript OR AT, Ziff. 109 ff.

Geschäftsführung in seiner Gesellschaft zu schwer wird, und der nun die Aktienmehrheit an eine grössere Konkurrenzunternehmung verkauft. Das Minderheitspaket behält er vorerst in seiner Hand, weil er sich noch nicht ganz von dem Geschäft trennen möchte. Auch der Gegenkontrahent ist zufrieden, vorerst nur eine Mehrheit, nicht die Aktiengesamtheit zu kaufen. Wie lange dieses Nebeneinander von Mehrheits- und Minderheitsbeteiligung dauern soll, wissen zunächst beide Parteien nicht. Nun lässt sich der bisherige Alleinaktionär für das ihm verbleibende Minderheitspaket eine Put Option einräumen, und er gibt seinem Vertragspartner gleichzeitig eine Call Option für das gleiche Aktienpaket. Dies ermöglicht jedem Vertragspartner, dem Nebeneinander beider Aktionäre ein Ende zu setzen, sobald er davon genug hat. Oder anders gesagt: Der Zustand des Nebeneinanders wird nur solange andauern, als er beiden Parteien Freude macht.

- 58 Häufigste Option im Liegenschaftsverkehr ist das (praktisch nur bezüglich von Grundstücken anzutreffende) **Vorkaufsrecht**: Der Eigentümer einer Liegenschaft bestellt einer bestimmten Person, z.B. einem Nachbarn, einem Mieter, das Recht, durch einseitige Gestaltungserklärung einen Kaufvertrag zwischen ihr selbst und dem Eigentümer zu schliessen und dadurch die Liegenschaft an sich zu ziehen, falls der Eigentümer sie in Zukunft einem Dritten verkaufen sollte. Das Vorkaufsrecht ist entweder ein "unlimitiertes" oder ein "limitiertes".
- 59 **Unlimitiertes Vorkaufsrecht** bedeutet: Der künftige Kaufpreis wird im Vorkaufsrechts-Bestellungsvertrag nicht festgelegt, also nicht nach oben limitiert. Beim unlimitierten Vorkaufsrecht hat der Berechtigte die Befugnis, den Kaufgegenstand zu jenem Preis an sich zu ziehen, den der Eigentümer mit dem Dritten vereinbart hat.
- 60 Beim **limitierten Vorkaufsrecht** wird dieser Preis von vornherein auf einen Maximalbetrag limitiert. Erhält also jemand das Vorkaufsrecht an einem Einfamilienhaus zu einem auf CHF 500'000.-- limitierten Preis, und findet der Eigentümer später einen dritten Käufer, der CHF 700'000.-- zu zahlen bereit ist, so kann der Vorkaufsberechtigte das Objekt zum Preis von CHF 500'000.-- an sich ziehen. Limitierte Vorkaufsrechte sind eine Ausnahme. Es gibt wenig Konstellationen, in denen sie als eine sinnvolle Regelung erscheinen.
- 61 Vorkaufsrechte werden, wenn nichts anderes ausdrücklich vereinbart ist, nur ausübbar, wenn der Eigentümer den fraglichen Gegenstand verkauft. Hingegen tritt der Vorkaufsfall nicht ein, wenn er den Gegenstand verschenkt. Will man dem Berechtigten die Option geben, die fragliche Sache an sich zu ziehen, falls der Eigentümer sie durch ein beliebiges Rechtsgeschäft (Kauf, Tausch, Schenkung) aus der Hand gibt, so nennt man diese Option **Vorhandrecht**.
- 62 Das **Rückkaufsrecht** kann ausbedungen werden, wenn jemand eine bestimmte Sache verkauft. Solange das Rückkaufsrecht besteht, darf der Belastete die Sache nicht an einen Dritten weiterveräussern. Rückkaufsrechte kommen in der Praxis kaum vor.
- 63 Besteht ein Kaufs-, Vorkaufs- oder Rückkaufsrecht an einer **Liegenschaft**, so kann das Recht auf dem Grundbuchblatt dieser Liegenschaft vermerkt werden. Mit der Eintragung des Rechts im Grundbuch gilt das Recht anschliessend als allgemein bekannt; niemand kann später behaupten, er habe die Liegenschaft gutgläubig, d.h. in Unkenntnis des Rechtes erworben.

- 64 Gemäss sachenrechtlicher Terminologie heisst das Festhalten solcher Rechte im Grundbuch "Vormerkung". Grundbuchliche Vormerkungen betreffen sogenannte persönliche Rechte an Grundstücken wie eben etwa die hier behandelten Optionsrechte. Demgegenüber bezeichnet man die Festhaltung *dinglicher* Rechte an Grundstücken (Eigentum, Pfandrechte, Dienstbarkeiten) mit dem Wort "Eintragung". Beim Verkauf eines Grundstücks wird der Käufer also als neuer Grundeigentümer auf dem Grundbuchblatt der betreffenden Parzelle "eingetragen". Räumt dieser Eigentümer dem Nachbarn ein Vorkaufsrecht ein, so kann er den Nachbarn als Vorkaufsberechtigten auf dem gleichen Grundbuchblatt "vormerken" lassen. Auch Mietverhältnisse an Grundstücken, d.h. insbesondere an Wohn- und Geschäftsräumen, können im Grundbuch vorgemerkt werden. Durch die Vormerkung werden diese vertraglichen Rechte übertragungs- und zwangsvollstreckungsfest: Ein Käufer oder Ersteigerer der Liegenschaft muss die Rechte der vorgemerkten Personen fortab auch gegen sich selber gelten lassen bzw. die entsprechenden Pflichten selber erfüllen. Vorkaufs- und Rückkaufsrechte an Grundstücken können für höchstens 25 Jahre, Kaufsrechte für höchstens zehn Jahre vereinbart und im Grundbuch vorgemerkt werden⁷. Mietverhältnisse können für solange vorgemerkt werden, als sie eigentümerseits unkündbar sind.
- 65 Die Grundbuchvormerkung eines Vorkaufsrechtes entwertet die Liegenschaft. Sie beschert dem Eigentümer erhebliche Verhandlungsnachteile, wenn er das Objekt an einen Dritten verkaufen will. Für Dritte ist es nicht attraktiv, sich um ein Objekt zu kümmern, es genau anzusehen, die Finanzierung zu organisieren und sich zu einem hohen Preisangebot durchzuringen, wenn von vornherein feststeht, dass ihnen am Schluss der Vertragsverhandlungen ein Vorkaufsberechtigter das Objekt vor der Nase wegziehen kann. Es muss also davor gewarnt werden, Nachbarn, Mietern oder Pächtern aus blosser Gefälligkeit Vorkaufsrechte gratis einzuräumen.

11. Das "Wiener Kaufrecht" (CISG)

- 66 Seit dem 1.03.1991 steht in der Schweiz das in Wien abgeschlossene internationale *Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf* (*Convention on the International Sale of Goods*, auch "Wiener Kaufrecht", "UN-Kaufrecht" oder in der Abkürzung des englischen Titels "CISG" genannt; SR 0.221.211.1) in Kraft. Die Regeln dieses Abkommens gelten für alle Warenkäufe, wenn kumulativ folgende Bedingungen erfüllt sind:
- die Vertragsparteien sind in verschiedenen Staaten domiziliert;
 - die Staaten beider Parteien sind Mitglieder des CISG;
 - die Parteien haben im Kaufvertrag die Anwendbarkeit des CISG nicht ausdrücklich ausgeschlossen.
- 67 Das CISG gilt *nicht* für Käufe von Waren für den persönlichen Gebrauch oder für den Gebrauch in Familie und Haushalt, also nicht für den grenzüberschreitenden Privateinkauf von Lebensmitteln, Kleidern, Fahrzeugen und Geräten.

⁷ Vgl. Art. 216a OR in der Fassung, die seit 1.01.1994 in Kraft steht.

- 68 Das CISG kommt hingegen zur Anwendung, wenn eine Basler Druckerei in Deutschland eine Druckerpresse bestellt und wenn anlässlich der Bestellung die Anwendung des CISG nicht ausdrücklich ausgeschlossen wird. (Schreibt der Händler in Lörrach auf sein Bestellformular, das er dem Käufer zur Unterschrift unterbreitet, auf den Kauf sei das BGB anwendbar, so gelten die kaufrechtlichen Regeln des BGB, nicht diejenigen des CISG).
- 69 Die Liste der CISG-Vertragsstaaten umfasste 2015 knapp 100 Länder, nämlich ganz Europa (ohne UK und Portugal), den ganzen nordamerikanischen Kontinent bis und mit Mexiko und alle südamerikanischen Staaten mit Pazifik-Anstoss, ferner Russland, China, Japan, Australien, Neuseeland und einige afrikanische Länder. Die wichtigsten Länder ausserhalb des CISG sind demgemäss UK, Portugal, die meisten arabischen und afrikanischen Länder sowie Indien.
- 70 Das CISG ist in manchen Aspekten moderner und anwendungsfreundlicher als die mit römischrechtlichen Fossilien und mittelalterlichen Krusten belasteten Regelungen der nationalen Gesetzbücher auf dem europäischen Kontinent. Trotzdem ist das CISG bis heute bei international tätigen Unternehmungen unbeliebt und wird in den Vertragsformularen oft ausgeschlossen. Die praktische Bedeutung des CISG ist aber im Wachsen begriffen und heute bereits derart, dass das Wissen um das Vorhandensein des CISG und eine summarische Kenntnis seines Inhalts mittlerweile zur juristischen Allgemeinbildung gehört. Dazu im Einzelnen:
- 71 **Anwendungsbereich:** Das CISG erfasst nur Warenkäufe. Unter *Waren* sind nur (aber nicht alle) *beweglichen Sachen* zu verstehen.
- 72 *Nicht* unter die CISG fallen Käufe von Konsumgütern für den persönlichen Gebrauch, von Grundstücken und Rechten (z.B. von Patenten), von Schiffen und Luftfahrzeugen, Wertpapieren und Zahlungsmitteln sowie von elektrischer Energie. Ausserhalb des CISG bleiben auch Veräusserungsgeschäfte aufgrund von Versteigerungen, Zwangsvollstreckungs- und anderen gerichtlichen Massnahmen.
- 73 Hingegen werden - entgegen schweizerischer Rechtsauffassung - auch Kaufverträge mit werk- und dienstleistungsvertraglichen Elementen erfasst, sofern nicht der Besteller selbst einen wesentlichen Teil des Stoffes liefert oder die Dienstleistung den überwiegenden Teil der Pflichten der liefernden Partei darstellt (Art. 3 Abs. 1 und 2).
- 74 Der Ausschluss der sogenannten *Verbrauchergeschäfte* (Kauf von "*consumer goods*" wie Lebensmitteln, Kosmetika) hat seinen Grund in der Rücksichtnahme auf nationale Verbraucherschutzvorschriften. Kriterium ist, ob die Ware zum persönlichen Gebrauch in Familie oder Haushalt gekauft wird.
- 75 Das CISG regelt sodann *nicht* die Fragen betreffend die Gültigkeit des Vertrags sowie betreffend den Eigentumsübergang.
- 76 Wer also die Gültigkeit eines dem CISG unterstehenden Vertrags anfechten will wegen mangelnder Handlungsfähigkeit einer Partei, mangelhafter Stellvertretung, Gesetz- und Sittenwidrigkeit sowie wegen Willensmängeln, muss die Anfechtung auf Normen des einschlägigen nationalen Rechts, nicht auf die CISG, abstützen. Auch für die Frage, wann der Käufer das Eigentum erworben hat, ist das einschlägige nationale Recht heranzuziehen; das CISG spricht sich zu dieser Frage nicht aus.

- 77 Wo hingegen das CISG selbst eine Regelung bereithält, wie vor allem im Bereich der Verantwortung der Parteien, kann für nationale Ungültigkeitsvorschriften, wie etwa Nichtigkeit nach Art. 20 OR wegen anfänglicher Unmöglichkeit oder Anfechtung wegen Grundlagenirrtums nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR kein Raum sein. Die vom Bundesgericht wiederholt vertretene Auffassung⁸, neben der Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR sei konkurrierend eine Anfechtung wegen Grundlagenirrtums zulässig, darf auf Kaufverträge, die dem CISG unterliegen, nicht übertragen werden.
- 78 Im CISG fehlt eine Verjährungsregelung. Das Verjährungsübereinkommen, das auch in diesem Bereich eine einheitliche Lösung bereithält, wird von der Schweiz in absehbarer Zukunft nicht übernommen werden, so dass auf Verjährungsfragen das über das einschlägige nationale Recht anzuwenden bleibt.
- 79 Das CISG kennt die aus den kontinentaleuropäischen Gesetzbüchern bekannte unglückliche Dreiteilung von *Spät-*, *Nicht-* und *Schlechtleistung* mit all ihren unterschiedlichen und oft ungereimten Rechtsfolgen nicht. Statt dessen wird nach dem jeweiligen Gewicht der Vertragsstörung differenziert.
- 80 Entscheidende Bedeutung kommt dabei der **Wesentlichkeit der Vertragsverletzung** zu. Art. 25 CISG definiert diesen Begriff. Entscheidend ist, ob einer Partei ein Nachteil entsteht, durch den ihr im wesentlichen das entgeht, was sie aufgrund der vertraglichen Vereinbarung hätte erwarten dürfen. Massstab ist das *Gewicht des verletzten Vertragsinteresses*. Die Wesentlichkeit entscheidet vor allem darüber, ob der im internationalen Handel besonders einschneidende Rechtsbehelf der Vertragsaufhebung geltend gemacht werden kann und ob die Preisgefahr auf den Käufer übergeht.
- 81 **Vertragsaufhebung:** Entsprechend der jüngst auch vom Bundesgericht im Rahmen von Art. 109 OR vertretenen Auffassung⁹ wird bei Vertragsaufhebung der Vertrag in ein *vertragliches Rückabwicklungsverhältnis* umgewandelt. Empfangene Leistungen sind zurückzugeben. Untergang oder Verschlechterung der Ware schliesst Vertragsaufhebung aus, es sei denn, sie wäre Folge ordnungsgemässer Untersuchung, bestimmungsgemässer Verwendung oder nicht auf ein Verhalten des Käufers zurückzuführen.
- 82 Die Vertragsaufhebung setzt nach Art. 26 CISG immer eine entsprechende Erklärung des Gläubigers voraus. Eine ipso-iure-Vertragsaufhebung, wie sie Art. 119 OR vorsieht, kennt das CISG nicht. Die Vertragsaufhebungserklärung ist - wie andere Mitteilungen bei Durchführung und Störung des Vertrages - nur absendebedürftig, d.h. sie reist auf Risiko des Empfängers (Art. 27 CISG).
- 83 Das Recht zur Vertragsaufhebung steht dem Käufer grundsätzlich nur bei wesentlicher Vertragsverletzung zu.
- 84 Eine Ausnahme gilt für den Fall *völliger Nichtlieferung*: Hier kann der Käufer den Vertrag auch dann aufheben, wenn der Verkäufer eine ihm vom Käufer gesetzte Nachfrist hat fruchtlos verstreichen lassen (Art. 49 Abs. 1 lit. b CISG).
- 85 **Pflichten des Verkäufers und Rechtsbehelfe des Käufers:** Ein *Sachmangel* liegt vor, wenn die Ware in Menge, Qualität oder Art nicht dem vertraglich Vereinbarten

⁸ zuletzt BGE 114 II 131.

⁹ BGE 114 II 152.

entspricht (Art. 35 Abs. 1). Lieferung von *schlechter* Ware, von *anderer* als der bestellten Ware und Abweichungen der gelieferten von der bestellten *Quantität* werden damit gleich behandelt. Auch *fehlerhafte Verpackung* löst die Sachgewährleistungshaftung aus.

- 86 **Sachgewährleistungshaftung** setzt eine entsprechende *Rüge* des Käufers innerhalb angemessener Frist voraus (Art. 39 Abs. 1, Art. 43 CISG). Für die Rüge wegen vertragswidriger Beschaffenheit, nicht jedoch wegen Rechtsmängeln, gilt überdies eine zweijährige Ausschlussfrist (Art. 39 Abs. 2 CISG).
- 87 Da die Verjährung nicht vom CISG geregelt ist, sondern dem einschlägigen nationalen Recht überlassen bleibt, kann es, wenn Schweizer Recht Vertragsstatut ist, zu Widersprüchen mit Art. 210 OR kommen, der eine einjährige Verwirkungsfrist vorsieht. Den Parteien ist anzuraten, durch Parteivereinbarung eine Anpassung der Verjährungsfristen für die Mängelrüge und die Klage aus Sachgewährleistung vorzunehmen¹⁰.
- 88 Hat der Käufer für das Unterlassen der Mängelrüge eine vernünftige Entschuldigung, so kann er immer noch mindern bzw. Schadenersatz - ausser für entgangenen Gewinn - verlangen.
- 89 Der Kaufpreis ist, wie in Art. 74 Abs. 2 OR, eine Bringschuld (Art. 57 Abs. 1 lit. a CISG).
- 90 **Gefahrtragung:** Das Übereinkommen geht in Art. 67 vom Versendungskauf aus. Wie beim Gattungskauf nach Art. 185 Abs. 2 OR geht die Gefahr mit Übergabe an den ersten Beförderer auf den Käufer über. Beim Sonderfall des Verkaufs reisender Ware geht die Gefahr grundsätzlich mit Vertragsschluss auf den Käufer über, Rückwirkung der Gefahrtragung auf den Zeitpunkt der Versendung kann jedoch eingreifen, wenn die Umstände einen solchen Schluss nahelegen (Art. 68 CISG).
- 91 Ist Lieferort der Sitz des Verkäufers, so geht - im Gegensatz zu der verfehlten Regelung des Art. 185 Abs. 1 OR - die Gefahr über, wenn der Käufer die Ware tatsächlich übernimmt oder wenn er sie abnehmen müsste (Art. 69 Abs. 1 CISG). Beim Fernkauf und beim Verkauf eingelagerter Ware ist entscheidend, dass der Verkäufer die Ware am vorgesehenen Ort und zur vorgesehenen Zeit anliefert und der Käufer hievon Kenntnis hat (Art. 69 Abs. 2 CISG).
- 92 **Schadenersatz:** Die Begrenzung der Schadenersatzpflicht erfolgt über die aus dem anglo-amerikanischen Recht stammende *Vorhersehbarkeitsregel*: Der Schadenersatz darf den Verlust nicht übersteigen, den die vertragsbrüchige Partei bei Vertragsschluss als mögliche Folge eines Vertragsbruchs voraussehen musste.
- 93 **Vergleich der Mängelrechte gemäss Art. 208 OR, CISG und PrHG:** In allen Fällen wird nur der adäquat verursachte Schaden ersetzt. Art. 208 OR und CISG unterscheiden sich jedoch in folgenden Punkten:
- 94 Das Obligationenrecht trifft die unglückliche Unterscheidung zwischen "*unmittelbare*" Schaden (Art. 208 Abs. 2) und "*weiterem*" Schaden (Art. 208 Abs. 3) und knüpft an diese nie sauber zu treffende Unterscheidung die wichtige Rechtsfolge, dass für den

¹⁰ Vgl. Botschaft des Bundesrates, BBl 1989 I 745 ff., S. 792 Fussnote 3.

unmittelbaren Schaden in jedem Falle kausal gehaftet wird, für den weiteren Schaden nur, sofern sich der Verkäufer nicht zu exkulpieren vermag¹¹.

- 95 Das CISG trifft keine solche Unterscheidung, sondern lässt den Verkäufer für alle adäquat verursachten Schäden haften (Art. 74), sofern sich der Verkäufer nicht gemäss Art. 79 exkulpiert.
- 96 Die Exkulpation erfolgt durch den Nachweis, dass der Sachmangel durch einen "*ausserhalb des Einflussbereiches des Verkäufers liegenden Hinderungsgrund*" entstanden ist. Dies bedeutet, dass der Verkäufer nach CISG verschuldensunabhängig für ein lückenlos fehlerfreies Handeln und Verhalten, und damit fehlerfreie Warenqualität verantwortlich ist, soweit sich die Dinge "*innerhalb seines Einflussbereiches*" zutragen. Das CISG fragt also nicht nach Sorgfaltspflichten (Verschulden), sondern nach dem Einflussbereich und geht somit rechtssystematisch nicht vom Verschuldensprinzip aus. Im Ergebnis weicht dies nicht wesentlich von dem Resultat ab, zu dem man bei Anwendung eines *objektivierten Verschuldensmassstabes*¹² gemäss Art. 97, 103 und 208 Abs. 3 OR gelangt.
- 97 Die **Produktehaftpflicht** ist eine Deliktshaftung. Ihr wesentliches Merkmal besteht darin, dass sie den Kreis der anspruchsberechtigten Geschädigten über denjenigen der vertraglich abgesicherten Käufer hinaus ausdehnt, und zwar auf beliebige Dritte (Nicht-Käufer). Nicht-Käufer können im Falle einer Schädigung nur mit dem PrHG vorgehen. Art. 208 OR und CISG nützen ihnen nichts. Als Beispiel denke man sich einen Käufer, der im Möbel-Discount einen Stuhl gekauft hat und anschliessend Gäste zum Essen einlädt. Ein Gast verletzt sich, weil er sich beim Lachen seitlich am Stuhl festhält, wo ein Nagel hervorsteht. Der Gast kann gegenüber dem Möbel-Discount keine vertraglichen Ansprüche geltend machen, weil er nicht der Vertragspartner des Möbel-Discounts gewesen ist.
- 98 Ist der Geschädigte selber auch der Käufer, so bringt ihm die Produktehaftung in der Regel weniger als was er mit den kaufrechtlichen Mängelrechten beanspruchen kann. Das Produktehaftungsrecht deckt vorweg keine Mängel an der Kaufsache selber, sondern nur Mangelfolgeschäden im Sinne von Art. 208 Abs. 3 OR. Die Berufung auf das PrHG ist für den Käufer bei allen "*weiteren*" Schäden allerdings dann der Rettungsanker, wenn dem Verkäufer (= Lieferanten im Sinne von Art. 2 Abs. 2 PrHG) der kaufrechtliche Exkulpationsbeweis gelingen sollte. Dieser Exkulpationsbeweis besteht gemäss PrHG nicht.
- 99 Das PrHG bringt dem Käufer überdies dann mehr als Art. 208 OR, wenn sein Schaden nicht durch einen Sachmangel im Sinne des OR, sondern durch ein anderes Sicherheitsdefizit des Produktes verursacht worden ist, insbesondere durch eine fehlerhafte oder missverständliche Gebrauchsanweisung.
- 100 Es mag weitere Fälle geben, in denen die produktehaftungsbegründende Gefährlichkeit des Produktes nicht notwendigerweise als Sachmangel erscheint. Man denke an Haushaltgeräte, Rasenmäher etc., an denen sich ein ungeschickter oder unaufmerksamer Benützer Finger abschneiden oder zerquetschen kann, oder an denen er sich bei unsachgemässer Bedienung gefährlich elektrisieren kann. Ob solche Eigenschaften der

¹¹ Für die Grenzziehung zwischen dem unmittelbaren Schaden und dem weiteren Schaden wird auf Ziff. 37 ff. verwiesen.

¹² Zum Begriff des "objektivierten Verschuldensmassstabes" vgl. Skript OR AT, Ziff. 587.

Kaufsache ein Sachmangel im Sinne des Vertragsrechtes sind, mag streitig sein, während gleichzeitig ihre produktehaftungsbegründende Gefährlichkeit offensichtlich ist.

- 101 Das Produktheftpflichtgesetz verlangt keine Mängelrüge und keine Rügefrist. Die haftungsbegründende Gefährlichkeit zeigt sich naturgemäss erst im Schadensfall. Es wäre absurd, vom Käufer oder von geschädigten Dritten zu verlangen, die im Handel befindlichen Waren auf ihre Gefährlichkeit zu prüfen, d.h. darauf, ob man sich daran elektrisieren oder verletzen kann.
- 102 Während die Exkulpation nach Art. 208 OR mit dem Begriff des *Verschuldens*, im CISG mit dem Begriff des *"Einflussbereichs"* geführt wird, ist sie gemäss Art. 5 PrHG nur möglich aufgrund eines dort geregelten abschliessenden Katalogs von Haftungsbefreiungsgründen. Dazu gehört der Nachweis, dass der Beklagte nicht der Hersteller ist oder das Produkt nicht für den Verkehr bestimmt hat, ferner der Nachweis der Konformität des Produktes mit staatlichen Vorschriften (Art. 5 Abs. 1 lit. d) und der Nachweis des *"Entwicklungsfehlers"* (Art. 5 Abs. 1 lit. e: der Fehler konnte nach dem Stand der Wissenschaft und Technik im Zeitpunkt, in dem das Produkt in Verkehr gebracht wurde, nicht erkannt werden).
- 103 Im Gegensatz zu den kaufrechtlichen Mängelrechten gibt das PrHG nur Anspruch auf Ersatz von Personenschäden, ferner von Sachschäden am Privatvermögen (nicht von Sachschäden am gewerblichen und industriellen Vermögen), schliesslich keinen Ersatz für weitere Vermögensschäden (Betriebsstillstand, entgangener Gewinn, Haftpflicht gegenüber Dritten).

12. Kritik an der Regelung des Kaufvertrags im OR

- 104 Das OR macht leider keinen Unterschied zwischen dem *Kaufvertrag zwischen professionellen Parteien* (Fabrikanten, Händlern) und dem *Kaufvertrag, bei dem die Käuferin als Privatperson für ihren Eigenbedarf kauft*.
- 105 Für die zweitgenannte Konstellation hat sich der Begriff des *Konsumentenkaufs* eingebürgert¹³. Das OR schützt den Konsumenten in folgenden Belangen ungenügend:
- a) Art. 199 OR erlaubt dem Verkäufer, die *Gewährleistungspflicht* durch Vertragsabrede *wegzubedingen*; die Abrede ist gültig, es sei denn, der Verkäufer habe dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen¹⁴.
- b) Der Käufer hat von Gesetzes wegen *keinen Nachbesserungsanspruch*, sondern nur die Möglichkeiten der Wandelung und der Minderung (anders als beim Werkvertrag, wo Art. 368 Abs. 2 OR dem Besteller einen Nachbesserungsanspruch verleiht)¹⁵.
- c) Die *Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten des Käufers* gemäss Art. 201 OR (Prüfung *sobald tunlich*, Rüge alsdann *sofort*¹⁶) und die kurze Verjährung der Mängel-

¹³ Vgl. ERNST KRAMER, Die konsumentenrechtlichen Defizite des schweizerischen Kaufrechts vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsentwicklung, in: Jahrbuch für Konsumentenrecht (JRK), Bern 1998, S. 205 ff.

¹⁴ Vgl. BGE 109 II 213 (215).

¹⁵ Anders das CISG, dessen Art. 46 Abs. 3 dem Käufer das Recht gibt, vom Käufer Nachbesserung zu verlangen, es sei denn, dass die Nachbesserung unter Berücksichtigung aller Umstände unzumutbar ist.

rechte gemäss Art. 210 OR überfordern den Konsumenten und begünstigen den Verkäufer in ungerechtfertigter Weise.

- 106 Die Mängel des Gesetzes sind allerdings in der Praxis meist nicht fühlbar, weil die Grossverteiler (MIGROS, COOP, PC-Shops etc.) heute bei allen Waren, bei denen ein Streit um Sachmängel denkbar ist, Garantiescheine abzugeben pflegen. Dadurch schaffen sie für den Konsumenten eine befriedigende Rechtslage. Im Garantieschein anerkennt der Verkäufer seine Gewährleistungspflicht ausdrücklich. Er verpflichtet sich zur Nachbesserung und er dispensiert den Konsumenten von der raschen Untersuchung und Rüge, indem er dem Konsumenten erlaubt, die Rüge zu einem beliebigen Zeitpunkt innerhalb der Garantiefrist (in der Regel 1 Jahr) zu erheben. Im Gegenzug lässt der Verkäufer den Konsumenten auf dessen gesetzliches Wandelungsrecht verzichten. Denn der Verkäufer will die verkaufte Ware nicht zurücknehmen, den erzielten Umsatz nicht abbuchen.

13. Nachtrag: Der Energielieferungsvertrag

- 107 Auch elektrische Energie kann theoretisch Gegenstand eines Fahrniskaufs sein. Denn die elektrische Energie gehört zu den "*beweglichen Sachen*" im Sinne von Art. 713 ZGB¹⁷. Aber in der Praxis hat der Vertrag über die Lieferung elektrischer Energie nur wenig Aspekte, die unter die gesetzliche Regelung des Kaufvertrages passen.
- 108 Der Energielieferungsvertrag ist als die Dauerverpflichtung des Lieferanten zu verstehen, ein Stromnetz mit einer bestimmten Spannung während der ganzen Vertragsdauer pausenlos aufrecht zu erhalten. Der Lieferant gestattet den Strombezüglern, von diesem Netz nach ihren Bedürfnissen zu beliebigen Zeiten elektrische Energie zu beziehen. Die Strombezüglern verpflichten sich, die bezogene Energie gemäss den geltenden Tarifen des Stromlieferanten zu bezahlen. Die kaufrechtlichen Regeln über Erfüllungsort, Erfüllungszeit, Rechts- und Sachmängel der Kaufsache, Mängelrüge, Wandelung und Minderung etc. haben in einem solchen Vertragsverhältnis keine Bedeutung. Vielmehr ist der Energielieferungsvertrag als ein Innominatkontrakt (Vertrag *sui generis*) zu qualifizieren.
- 109 Die typische Schlechterfüllung des Stromlieferanten besteht in vorübergehenden oder längerdauernden Schwankungen der Spannung im Netz, namentlich durch Spannungsabfall oder völligen Stromausfall, wobei solche Mängel in der Regel nicht durch die Produzenten (Kraftwerkgesellschaften), sondern durch die Netzbetreiber zu vertreten sind.

3. Kapitel: Verträge auf Gebrauchsüberlassung

A. Der Mietvertrag (Art. 253-274 OR)

1. Begriff

¹⁶ Auch hier ist das CISG milder. Sein Art. 39 Abs. 1 verlangt keine sofortige Mängelrüge, sondern dass die Rüge "*innerhalb einer angemessenen Frist*" nach dem Zeitpunkt erhoben wird, in dem der Käufer den Mangel festgestellt hat oder hätte feststellen müssen.

¹⁷ Vgl. BGE 47 II 451, 48 II 371.

- 110 Der Vermieter stellt der Mieterin eine Sache für eine bestimmte Zeit gegen Entgelt zum Gebrauch zur Verfügung.
- 111 Der Mietgebrauch ist exklusiv. Die Mieterin nutzt die gemietete Sache allein, d.h. unter Ausschluss Dritter und des Vermieters selbst vom Umgang mit der Sache während der Dauer des Vertragsverhältnisses. Demgegenüber fallen die Gewährung blosser Mitbenützungsrechte an kollektiv genutzten Anlagen (z.B. Sportanlagen) und die Zulassung zu Transportmitteln, Räumen und Einrichtungen, die einem anonymen Benützerkreis gegen Entgelt zur Verfügung gestellt werden (z.B. öffentliche Verkehrsmittel, Museen) nicht unter den Begriff der Miete. Die Benützung eines Skilifts erfolgt aufgrund eines Personenbeförderungsvertrags, nicht aufgrund einer Miete des Bügels.
- 112 Bei der Miete ist der Sachgebrauch grundsätzlich ein beliebiger. Die Mieterin kann das Mietobjekt zu beliebigen Zwecken nutzen oder ungenutzt lassen. Einschränkungen der Nutzungsarten können vertraglich vereinbart werden, ergeben sich aber nicht bereits aus dem gesetzlichen Begriff der Miete. So ist es bei der Miete von Räumen in Gebäuden üblich, im Vertrag festzulegen, ob die Räume zu Wohnzwecken oder zu gewerblichen Zwecken genutzt werden können, im zweiten Falle: zu welchen konkreten gewerblichen Zwecken.

2. Begriffliche Abgrenzung von Miete und Pacht

- 113 Der hinten zu behandelnde Pachtvertrag unterscheidet sich begrifflich von der Miete vor allem dadurch, dass die Nutzung keine beliebige ist. Gegenstand des Pachtvertrags ist ein bewirtschaftbares Objekt, das einen Ertrag abwirft, z.B. ein Acker oder ein ganzer Landwirtschaftsbetrieb oder ein Restaurant mit einem bereits bestehenden Kundenstamm. Der Mieter gebraucht die Sache; der Pächter nutzt sie durch Erwirtschaftung und Bezug ihrer Erträge. *Wer die Kuh reiten will, mietet sie; wer sie melken will, pachtet sie.* Wer in leerstehenden Räumen ein Restaurant einrichten will, mietet die Räume. Wer ein vorhandenes Restaurant mit bestehendem Kundenstamm weiterführen will, pachtet den Restaurationsbetrieb mitsamt den Räumen.
- 114 Die Vertragsleistung von Mieter und Pächter besteht in der Entrichtung des Miet- und Pachtzinses.
- 115 Der *Mieter* muss mit dem Mietgegenstand sorgfältig umgehen.
- 116 Der *Pächter* muss darüber hinaus den Pachtgegenstand sorgfältig gemäss seiner Bestimmung bewirtschaften, insbesondere für nachhaltige Ertragsfähigkeit sorgen (Bewirtschaftungspflicht; vgl. Art. 283 OR). Typisch (aber nicht vertragsnotwendig) für die Pacht ist der Zinserlass in schlechten Zeiten.

3. Mieter- und Pächterschutz

- 117 Mieter und Pächter sind durch ausführliche Gesetzesbestimmungen in ihren Vertragsinteressen besonders geschützt.
- 118 Ein solcher spezieller Schutz findet sich in der schweizerischen Privatrechtsordnung an zwei Stellen. Es ist dies einerseits der *Mieter-/Pächterschutz*, andererseits der *Arbeitnehmerschutz*. Beide Male geht es um menschliche Grundbedürfnisse, nämlich um Wohnung und Arbeit, d.h. um jene Dinge, auf die jedermann zwingend angewiesen

ist. Beide Güter, Wohnung und Arbeit, sind zuweilen knapp. Für den Wohnungs- und Arbeitnehmer ist der Vertrag zuweilen eine Existenzfrage, während der Wohnungs- und Arbeitgeber sein Eigentum und seinen Betrieb personell auf die eine oder auf die andere Weise besetzen kann. Typischerweise sitzt der Wohnungs- und Arbeitgeber bei der Vertragsverhandlung also in der stärkeren Position. Das würde ihm häufig gestatten, der schwächeren Partei die Vertragsbedingungen so einseitig zu diktieren, dass eine eigentliche Ausbeutung und Übervorteilung stattfände. Der gesetzliche Mieter-/Pächter- und der Arbeitnehmerschutz sollen die ungleiche Verhandlungsstärke der Vertragspartner kompensieren. Dies ist nur möglich durch Eingriffe in die Vertragsfreiheit. Gerade weil bei freien Vertragsverhandlungen unausgewogene, ausbeuterische Vertragsinhalte zu befürchten sind, muss den Parteien verunmöglicht werden, die Vertragsbedingungen nach ihrem freien Ermessen zu vereinbaren.

119 Der gesetzliche Schutz steht sowohl bei Miete und Pacht als auch bei der Regelung des Arbeitsvertrages auf 3 Säulen:

a) Tarifikontrolle: rechtlich geregelte Höchstmietzinse und Mindestlöhne;

b) Kündigungsschutz;

c) Verfahren: Für den Streitfall sind besondere, rasche und kostengünstige Prozessstrukturen geschaffen worden (Mietschlichtungsstellen; Arbeitsgerichte bzw. gewerbliche Schiedsgerichte - zur Beschleunigung und Verbilligung des Verfahrens ist vor den Arbeitsgerichten sogar der Beizug von Rechtsanwälten verboten).

120 Die **Grundzüge des Mieterschutzes** lassen sich folgendermassen zusammenfassen:

a) Geltungsbereich des gesetzlichen Mieterschutzes

121 Die revidierten Bestimmungen über den Mieterschutz stehen seit dem 01.07.1990 in Kraft. Sie beziehen sich auf Mietgegenstände innerhalb der Schweiz, unabhängig vom Wohnsitz der Vertragsparteien. Das OR unterscheidet nicht grundsätzlich zwischen der Miete unbeweglicher und beweglicher Sachen. Zahlreiche Gesetzesbestimmungen schliessen aber, indem sie eine bestimmte Art von Miete ausdrücklich nennen, andere Mietverhältnisse von deren Anwendung aus.

122 Für die nachfolgende, auf das Wesentliche reduzierte Darstellung werden die Mietverhältnisse an Wohnräumen (Wohnungsmieten) und an Geschäftsräumen (Geschäftsmieten) als besondere Fallgruppen herausgegriffen. Der in manchen Einzelheiten weniger weitgehende Mieterschutz für andere Mietobjekte wie unüberbautes Land (Parkplätze, Gärten) und bewegliche Sachen (Autos, Fernsehgeräte etc.) unterliegt in weitergehendem Masse der Vertragsfreiheit und wird hier nicht dargestellt.

123 Bezüglich des **Geltungsbereichs** des Schutzes der Mieter von Wohn- und Geschäftsräumen gilt:

124 Bei der Wohnungsmiete spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob der Mietgegenstand ein Einfamilienhaus, eine Wohnung, ein Einzelzimmer, eine Mansarde, und ob er möbliert oder unmöbliert sei. Belanglos ist ferner, ob es sich um die Haupt- oder um eine Zweitwohnung handelt.

- 125 Hingegen unterstehen "luxuriöse" Wohnungen nur teilweise dem Mieterschutz. Als luxuriös gelten Wohnungen und Einfamilienhäuser *mit sechs oder mehr Wohnräumen* (ohne Anrechnung der Küche); vgl. Art. 253b Abs. 2 OR. Für solche Wohnungen gibt es keinen Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen (Art. 269-270e OR).
- 126 Wohnraum im Sinne des Mieterschutzes ist ein in sich abgeschlossenes Zimmer mit Tageslicht und einer Grösse von mindestens 10-12 m². Davon ausgeschlossen sind demnach Räume, die nicht bewohnt werden können oder dürfen wie Küche, Badezimmer, Abstell- und Bastelräume, Korridore etc.
- 127 Für höchstens drei Monate gemietete *Ferienwohnungen* unterliegen nicht den Bestimmungen für Wohn- und Geschäftsräume (Art. 253a Abs. 2 OR).
- 128 "Geschäftsräume" sind Räumlichkeiten, in denen ein Beruf oder ein Gewerbe ausgeübt wird (Büros, Läden, Werkstätten, Lagerräume), oder in denen eine ideelle Tätigkeit ausgeübt wird (Versammlungslokale, Club- und Freizeiträume).

b) Inhalt des gesetzlichen Mieterschutzes (Ueberblick)

- 129 Als Beispiele für die unterschiedliche Behandlung in einzelnen Gesetzesbestimmungen seien genannt:

Unterschiedliche Kündigungsfristen bei unbefristet abgeschlossenen Mietverträgen:

- Wohnungsmieten sind unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 3 Monaten auf einen ortsüblichen Termin (Art. 266b OR) kündbar; bei Geschäftsmieten beträgt die Frist 6 Monate.
- Möblierte Zimmer und Einstellplätze: Kündigungsfrist von zwei Wochen auf Ende einer einmonatigen Mietdauer (Art. 266e OR);
- Bewegliche Sachen: Kündigungsfrist von 3 Tagen auf einen beliebigen Zeitpunkt (Art. 266f OR).

Schutz gegen missbräuchliche Mietzinsen und Kündigungsschutz:

Die diesbezüglichen Bestimmungen des Gesetzes, Art. 269-270e OR (missbräuchlicher Mietzins) und Art. 271-273c OR (Kündigungsschutz) gelten nur für die Miete von Wohn- und Geschäftsräumen.

Bestimmungen, die nur für Wohnungsmieten gelten:

- Art. 257e Abs. 2 OR: Beschränkung der maximalen Höhe der Mietzinsenkaution, welche der Vermieter verlangen kann, auf 3 Monatszinse;
- Art. 266m, 266n und 273a OR: Schutz des Ehegatten bei verheirateten Mietern: Dient die gemietete Sache als Wohnung der Familie, so kann ein Ehegatte den Mietvertrag nur mit der ausdrücklichen Zustimmung des andern kündigen; der Vermieter muss, wenn er seinerseits kündigen will, die Kündigungsandrohung jedem Ehegatten separat zustellen. Jeder Ehegatte kann selbständig, ohne Mitwir-

kung des andern Ehegatten, die vermietetseitige Kündigung anfechten und Er-streckung des Mietverhältnisses verlangen.

Bestimmungen, die nur für Geschäftsmieten gelten:

- Art. 263 OR: Bei der Geschäftsmiete kann der Mieter das Mietverhältnis auf einen Dritten übertragen, sofern der Vermieter nicht schriftlich seine Ablehnung des Ersatzmieters erklärt und für diese Ablehnung einen wichtigen Grund geltend macht.

- Art. 268-268b OR: Der Vermieter von Geschäftsräumen (nicht von Wohnräumen) hat für einen verfallenen Jahreszins und den laufenden Halbjahreszins ein Retentionsrecht an den Sachen, die sich in den vermieteten Räumen befinden und zu deren Einrichtung oder Benutzung gehören. Dieses Retentionsrecht besteht auch an Sachen, die im Dritteigentum stehen, sofern der Vermieter nicht wusste oder hätte wissen müssen, dass diese Sachen nicht dem Mieter gehören. Ein solches Wissen des Vermieters ist für alle normalen Einrichtungsgegenstände nicht zu vermuten, so dass sich sein Retentionsrecht auf das ganze ortsübliche Geschäftsmobilien erstreckt.

130 Im Einzelnen gilt:

c) Mieterschutz anlässlich des Vertragsschlusses: unzulässige Vertragsinhalte

aa) Übersetzter Anfangsmietzins

131 Durch die Mietzinskontrolle soll die Preisbildung für die Miete von Wohnungs- und Geschäftsräumen den Marktgesetzen von Angebot und Nachfrage entzogen werden. Statt dessen geht der Gesetzgeber davon aus, dass es gerechte ("nicht missbräuchliche") und dass es missbräuchliche Mietzinsen gibt. Die Absicht des Gesetzgebers geht dahin, missbräuchliche Mietzinse zu verhindern.

132 Der Mieter kann den vereinbarten Mietzins gleich zu Beginn des Mietverhältnisses anfechten, wenn der Mietzins missbräuchlich hoch ist. Später, d.h. während des Mietverhältnisses kann der Mieter sich gegen Mietzinserhöhungen zur Wehr setzen, wenn sie missbräuchlich sind.

133 Wann ist der Mietzins "missbräuchlich"?

Art. 269 OR bestimmt:

"Mietzinse sind missbräuchlich, wenn damit ein übersetzter Ertrag aus der Mietsache erzielt wird oder wenn sie auf einem offensichtlich übersetzten Kaufpreis beruhen."

134 Da mit dieser abstrakten Definition des missbräuchlichen Mietzinses in der Praxis wenig anzufangen ist, hat der Gesetzgeber sie im darauffolgenden Artikel ergänzt durch einen Katalog von Beispielen, bei denen *kein* missbräuchlicher Mietzins vorliegt:

Art. 269a OR: Ausnahmen

"Mietzinse sind in der Regel nicht missbräuchlich, wenn sie insbesondere:

- a) *im Rahmen der orts- oder quartierüblichen Mietzinse liegen;*
- b) *durch Kostensteigerungen oder Mehrleistungen des Vermieters begründet sind;*
- c) *bei neueren Bauten im Rahmen der kostendeckenden Bruttorendite liegen;*
- d) ...
- e) *lediglich die Teuerung auf dem risikotragenden Kapital ausgleichen;*
- f) *das Ausmass nicht überschreiten, das Vermieter- und Mieterverbände ... in ihren Rahmenverträgen empfehlen."*

- 135 Die gesetzliche Definition der gerechten und der missbräuchlichen Mietzinse beruht also nicht auf einer abstrakten Formel, sondern versucht, Gerechtigkeitsvorstellungen mit Marktgegebenheiten in einen gewissen Einklang zu bringen.
- 136 Die Marktgegebenheiten, auf welche die Mietzinskontrolle Rücksicht zu nehmen hat, sind die folgenden: Bei Neubauten muss eine marktübliche Rentabilität des investierten Kapitals möglich sein. Sonst fallen für bauwillige Produzenten von neuem Wohnraum die Investitionsanreize dahin; es würden keine neuen Gebäude mehr erstellt; Raumknappheit wäre die unerwünschte Folge. Also muss der Gesetzgeber zulassen, dass in Neubauten relativ hohe Mietzinse gefordert werden können.
- 137 Andererseits entspricht es den Marktgegebenheiten, und ist es aus der Sicht des Gesetzgebers erwünscht, dass sich beim Älterwerden vermieteter Gebäude der Verkehrswert und der Ertragswert sukzessive von einander entfernen. Der Verkehrswert pflegt schneller als der Ertragswert in die Höhe zu steigen. Die Hauseigentümer pflegen von sich aus die Rentabilität ihrer Liegenschaften auf die von ihnen getätigten Investitionen - in nominellen Schweizerfranken - zu beziehen, nicht auf einen allenfalls gestiegenen "inneren Wert" der Mietsache. Die Geldentwertung wirkt sich also teilweise zugunsten des Mieters aus. Es wird ihm nicht laufend die volle Steigerung des Verkehrswertes der Mietsache angelastet. Gerechtigkeitserwägungen mögen sogar dahin gehen, dass dem Grundeigentümer ein beschränkter Mietertrag gerade deshalb zuzumuten ist, weil er ja, als Eigentümer, ohne eigenes Zutun an der stillen inneren Wertsteigerung der Mietsache teilhat. Mit wachsender Bevölkerung und entsprechend zunehmender Bodenverknappung werden die Grundeigentümer zwangsläufig jedes Jahr reicher. Es genügt, wenn sie diesen Reichtum von Zeit zu Zeit, d.h. beim Handwechsel einer Liegenschaft oder im Zeitpunkt einer Neuüberbauung, sichtbar realisieren können. In den Zwischenzeiten ist es hingegen sozial erwünscht, wenn die Mietzinsen hinter den Verkehrs- bzw. Substanzwerten der Mietobjekte zurückbleiben.

bb) Preisgabe des Konsensprinzips von Art. 1 Abs. 1 OR

- 138 Die gerichtliche Aufhebung eines missbräuchlichen Mietzinses und die sich daraus faktisch ergebende gerichtliche Festsetzung des Mietzinses im konkreten Streitfall bedeutet eine Abweichung vom vertragsrechtlichen Grundsatz, wonach jeder Vertrag durch "die übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung der Parteien" zustandekommt (Art. 1 Abs. 1 OR). Wohnungsmietverträge können nunmehr geschlossen werden und weiterbestehen, ohne dass sich die Parteien über den Mietzins einig sind. Es genügt, dass sich der Konsens, d.h. die Willensübereinstimmung, auf die

entgeltliche Zurverfügungstellung einer Mietsache bezieht. Der Mietzins kann im Streitfall jederzeit durch das Gericht tarifiert werden. Diese Abweichung von Konsensprinzip ist sachlogisch einleuchtend, weil die Mietzinskontrolle gerade darauf abzielt, den im Einzelfall massgebenden Mietzins nicht letztinstanzlich dem privaten Konsens anheimzustellen.

- 139 Wie wenig der Konsens in der Rechtsbeziehung zwischen Mieter und Vermieter noch eine Rolle spielt, ergibt sich auch aus Art. 270 OR:

"Der Mieter kann den Anfangsmietzins innert 30 Tagen nach Übernahme der Sache bei der Schlichtungsbehörde als missbräuchlich ... anfechten und dessen Herabsetzung verlangen, wenn (a) er sich wegen einer ... Notlage zum Vertragsabschluss gezwungen sah, oder (b) der Vermieter den Anfangsmietzins gegenüber dem früheren Mietzins für dieselbe Sache erheblich erhöht hat."

- 140 Hier hat der Gesetzgeber, um der Mietzins-"Gerechtigkeit" willen, nicht nur das Prinzip des Zustandekommens des Vertrags durch übereinstimmende Willensäusserung (Art. 1 OR) sondern gleich auch ein weiteres Grundprinzip des Privatrechts, nämlich dasjenige des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) über Bord geworfen: Der Mieter ist nun berechtigt, sein beim Vertragsschluss gegebenes Ja-Wort binnen 30 Tagen zurückzunehmen und den von ihm versprochenen Mietzins herabsetzen zu lassen. Der Vermieter bleibt gebunden und muss den hinterhältigen Mieter während mindestens sieben Jahren in den Mieträumen dulden. Denn während der ersten drei Jahre nach einem Mietstreit, in welchem der Vermieter unterlegen ist, ist jede vermietetseitige Kündigung missbräuchlich (Art. 271a OR); nach Ablauf dieser drei Jahre kann der Mieter noch die vierjährige *Erstreckung des Mietverhältnisses* gemäss Art. 272 OR beanspruchen.

cc) Klauseln für automatische spätere Mietzinserhöhungen

- 141 Die vertragliche **Indexierung des Mietzinses** ist für Wohnungs- und Geschäftsmieten nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Diese Voraussetzungen sind gemäss Art. 269b OR:

- Der Mietvertrag ist für mindestens fünf oder mehr Jahre fest abgeschlossen. Ausschlaggebend ist die mindestens fünfjährige Bindung des Vermieters. Eine Indexklausel kann daher gültig vereinbart werden, selbst wenn der Mieter schon vor der fünfjährigen Dauer ein Kündigungsrecht hat.
- Als massgebender Index kann nur der schweizerische Landesindex der Konsumentenpreise vereinbart werden. Unzulässig ist also die Mietzinssteigerung gemäss einem Baukosten- oder einem kantonalen Index, ferner Mischformen wie die Verknüpfung mit der Entwicklung des Hypothekarzinsfusses.

- 142 **Gestaffelte Mietzinse**, d.h. die Vereinbarung, dass sich der Mietzins periodisch um einen bestimmten Betrag erhöht, sind gemäss Art. 269c OR nur gültig, wenn

- a) der Mietvertrag für mindestens drei Jahre fest abgeschlossen wird (dreijährige Bindung des Vermieters);
- b) der Mietzins höchstens einmal jährlich erhöht wird und

c) der Betrag der Erhöhung in Franken festgelegt wird.

- 143 Die Zulässigkeit einer einzigen Erhöhung pro Jahr bedeutet, dass bei Vertragsschluss im September die erste Erhöhung bereits auf den März des folgenden Jahres und die zweite Erhöhung auf den Januar des übernächsten Jahres vereinbart werden kann.

dd) Mietzinskaution

- 144 Bei der Wohnungsmiete darf der Vermieter vom Mieter eine Sicherheitsleistung (auch Kautions- oder Depot genannt) verlangen, jedoch höchstens im Umfang von drei Monatszinsen. Bei Geschäftsmieten sieht das Gesetz keine solche Begrenzung vor, jedoch muss auch hier die Kautionsleistung in einem angemessenen Verhältnis zum möglichen Schaden stehen, den der Vermieter erleiden kann. Die Kautionsleistung kann allemal nur verlangt werden, wenn sie im Mietvertrag vorgesehen und betragsmässig bestimmt ist.
- 145 Erhebt der Vermieter eine Kautionsleistung, so hat er diese bei einer Bank auf einem Sparkonto zinstragend anzulegen; das Konto muss auf den Namen des Mieters lauten, so dass die Kautionsleistung beim Konkurs des Vermieters nicht verlorenght.

ee) Unzulässige Koppelungsgeschäfte

- 146 Art. 254 OR erklärt Koppelungsgeschäfte für nichtig. Das Koppelungsgeschäft ist eine dem Mieter durch den Vermieter oder einen Dritten aufgezwungene Vereinbarung ohne unmittelbaren Bezug zum Mietvertrag. Die gekoppelte Vereinbarung kann innerhalb oder ausserhalb des Mietvertrages eingegangen worden sein. Als Vertragspartner des gekoppelten Geschäftes kommt auch eine Drittperson, nicht nur der Vermieter, in Frage, sofern die Drittperson auf den Bestand des Mietverhältnisses Einfluss ausüben kann.
- 147 Art. 3 der *Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG)* (SR 221.213.11) nennt einige Beispiele typischer Koppelungsgeschäfte, nämlich die Verpflichtung des Mieters
- die Mietsache zu kaufen;
 - Aktien zu kaufen (insbesondere Aktien der Immobiliengesellschaft zu kaufen, die Eigentümerin der Mietsache ist);
 - Möbel zu kaufen,
 - einen Versicherungsvertrag zu schliessen (beispielsweise mit der Vermieterin eine Lebensversicherung abzuschliessen, wenn die Vermieterin selber eine Lebensversicherungsgesellschaft ist).
- 148 Zulässig und gültig ist die Verbindung des Mietvertrags mit weiteren Vereinbarungen, die unmittelbar mit dem Gebrauch der Mietsache zusammenhängen. Dazu gehört beispielsweise die Verpflichtung zum Abschluss eines Mietvertrags über einen Parkplatz, wenn der Vermieter nur Wohnung und Parkplatz zusammen vermieten will, oder die Verpflichtung des Mieters, eine Haftpflichtversicherung für Beschädigungen der Mietsache abzuschliessen.

- 149 Im Falle unzulässiger Koppelungsgeschäfte ist das Koppelungsgeschäft nichtig, wogegen der Mietvertrag gültig bleibt.

ff) Andere unzulässige Absprachen

- 150 Art. 256 OR verbietet Absprachen, durch welche die Vermieterpflicht eingeschränkt würde, die Sache im gebrauchstauglichen Zustand zu erhalten.
- 151 Diese Bestimmung ist hinderlich bei der langfristigen Vermietung von ganzen Gebäuden (Einfamilienhäusern, Geschäftsliegenschaften). Bis 1990 war es nicht nur zulässig, sondern auch vernünftig, bei solchen Mietverhältnissen dem Mieter erhöhte Freiheit in der baulichen Gestaltung, Umgestaltung und Verwendung der Mietsache einzuräumen, und ihm im Gegenzug auch erhöhte Verantwortung für den Liegenschaftsunterhalt zu überbinden, eventuell gekoppelt mit einem entsprechend reduzierten Mietzins. Die Möglichkeit, dem Mieter eines ganzen Hauses eigentümerähnliche Freiheiten und Verantwortlichkeiten einzuräumen, ist vom Gesetz nicht vorgesehen.
- 152 Verschiedene Artikel (Art. 261-264, 266i) führen zu einer gewissen Verdinglichung des Mietverhältnisses. Verkauft der Vermieter die Mietsache, so geht das Mietverhältnis von Gesetzes wegen auf den Erwerber über (Art. 261 OR). Der Mietvertrag klebt also gewissermassen am Objekt. Aber auch der Mieter kann seine vertraglichen Rechte und Pflichten leichter auf einen Dritten übertragen, als dies bei anderen Vertragstypen der Fall ist: Der Vermieter kann die Zustimmung zur Übertragung des Mietvertrags von einem Mieter auf einen anderen *"nur aus wichtigem Grund verweigern"* (Art. 263 Abs. 2 OR). Ausserdem kann der Mieter jederzeit aus seinen Vertragspflichten austreten, *"wenn er einen für den Vermieter zumutbaren neuen Mieter vorschlägt"*. Allerdings muss ein solcher Ersatzmieter *"zahlungsfähig und bereit sein, den Mietvertrag zu den gleichen Bedingungen zu übernehmen"* (Art. 264 Abs. 1 OR).

d) Mieterschutz während des Mietverhältnisses

aa) Bei Mietzinserhöhungen

- 153 Gemäss Art. 269d OR müssen bei einer Mietzinserhöhung fünf Voraussetzungen gleichzeitig erfüllt sein:

1. Mitteilung auf dem amtlich genehmigten Formular;

2. Begründung der Erhöhung;

Die Begründung muss klar sein. Ein pauschaler Hinweis auf gesetzliche Bestimmungen (z.B. "Erhöhung gemäss den Art. 269-269a OR") genügt nicht.

3. Einhaltung der für die Kündigung massgebenden Termine und Fristen anlässlich der Mitteilung der Mietzinserhöhung;

Auf dem Formular ist das Datum der Inkraftsetzung der Mietzinsanpassung genau anzugeben. Hält die Erhöhungsanzeige entweder den Kündigungstermin oder die Kündigungsfrist nicht ein, so entfaltet sie ihre Wirkung auf den darauffolgenden zulässigen Kündigungstermin (BGE 107 II 189; analoge Anwendung von Art. 266a Abs. 2 OR).

4. Einhaltung der Mitteilungsfrist (Voranzeigefrist);

Die Erhöhungsanzeige ist dem Mieter spätestens 10 Tage vor Beginn der Kündigungsfrist mitzuteilen (Art. 269d Abs. 1 OR).

5. Verzicht auf eine Kündigung oder Kündigungsandrohung.

Dieses in Art. 269d Abs. 2 lit. c OR verankerte Prinzip will dem Mieter ermöglichen, eine angekündigte Mietzinserhöhung in aller Freiheit anzufechten.

- 154 Dem oben beschriebenen Verzicht auf das Konsensprinzip von Art. 1 Abs. 1 OR, entspricht es, dass das OR auch für Mietzinserhöhungen nur die Methode der einseitigen Erklärung zu kennen scheint. In Art. 269d OR geht der Gesetzgeber unter dem Titel "Mietzinserhöhungen und andere einseitige Vertragsänderungen durch den Vermieter" mit Selbstverständlichkeit davon aus, dass Mietzinserhöhungen regelmässig einseitig vom Vermieter diktiert werden:

"Der Vermieter kann den Mietzins jederzeit auf den nächstmöglichen Kündigungstermin erhöhen. Er muss dem Mieter die Mietzinserhöhung mindestens 10 Tage vor Beginn der Kündigungsfrist auf einem vom Kanton genehmigten Formular mitteilen und begründen. Die Mietzinserhöhung ist nichtig, wenn der Vermieter:

(a) sie nicht mit dem vorgeschriebenen Formular mitteilt;

(b) sie nicht begründet;

(c) mit der Mitteilung die Kündigung androht oder ausspricht."

- 155 Aus diesem Gesetzeswortlaut ergibt sich umgekehrt, dass eine korrekt auf Formular angekündigte Mietzinserhöhung grundsätzlich *gültig* ist, ohne dass es einer Zustimmung des Mieters bedürfte. Ist die einseitige Mietzinserhöhung auf dem kantonalen Formular korrekt angekündigt, so gilt folgendes:

Art. 270b OR: Anfechtung von Mietzinserhöhungen und anderen einseitigen Vertragsänderungen: *"Der Mieter kann eine Mietzinserhöhung innert 30 Tagen, nachdem sie ihm mitgeteilt worden ist, bei der Schlichtungsbehörde als missbräuchlich ... anfechten."*

- 156 Die blosser Erklärung des Mieters, er sei mit der Mietzinserhöhung nicht einverstanden, ist also wirkungslos. Der Mieter muss die einseitige Mietzinserhöhung gerichtlich anfechten, wenn er sie abwenden will. Verzichtet er auf die Anfechtung, so ist der neue, vom Vermieter einseitig festgelegte Mietzins bis auf weiteres gültig. Jederzeit kann der Mieter aber den geltenden Mietzins gemäss Art. 270a durch den Mieterichter überprüfen und gegebenenfalls herabsetzen lassen,

"wenn er Grund zur Annahme hat, dass der Vermieter wegen einer wesentlichen Änderung der Berechnungsgrundlagen, vor allem wegen einer Kostensenkung, einen ... übersetzten Ertrag aus der Mietsache erzielt." (Art. 270a Abs. 1 OR)

- 157 Mit anderen Worten: Wenn der Mieter die einseitig angeordnete Mietzinserhöhung nicht anfechtet, kann er anschliessend die Herabsetzung des neuen Mietzinses nur durchsetzen, wenn er eine "Kostensenkung" auf der Vermieterseite nachweist.

- 158 Dass Mietzinsen auch konsensual, nach dem alten Grundsatz von Art. 1 Abs. 1 OR, erhöht werden, indem der Vermieter eine Mietzinserhöhung *vorschlägt* (nicht: ankündigt), und indem der Mieter seine Zustimmung erklärt, ist theoretisch immer noch möglich. Die konsensuale Mietzinserhöhung wird von den mietrechtlichen Gesetzesbestimmungen aber nicht in Betracht gezogen, weil es sie in der Praxis heute kaum

mehr gibt. Diktat des Vermieters und anschliessende Kontrolle durch den Mietrichter heisst der heute gebräuchliche Mechanismus für Mietzinserhöhungen.

- 159 Die Einzelheiten bezüglich der bei bestimmten Hypothekarsatzänderungen zulässigen oder notwendigen Mietzinsanpassungen sind in Art. 13 VMWG geregelt. Ihre Kenntnis wird im Rahmen der vorliegenden Veranstaltung nicht verlangt.

bb) Anspruch des Mieters auf Mietzinsherabsetzung

- 160 Gemäss Art. 270a Abs. 1 OR kann der Mieter den bestehenden, bisherigen Mietzins als missbräuchlich anfechten und die Herabsetzung auf den nächstmöglichen Kündigungstermin verlangen, wenn er Grund zur Annahme hat, dass der Vermieter wegen einer wesentlichen Änderung der Berechnungsgrundlagen, vor allem wegen einer Kostensenkung, einen übersetzten Ertrag aus der Mietsache erzielt.

cc) Ansprüche des Mieters bei Mängeln an der Mietsache

- 161 Weist die Mietsache Mängel auf, für deren Behebung der Vermieter verantwortlich ist, so hat der Mieter gemäss Art. 259-259i OR folgende rechtlichen Möglichkeiten des Vorgehens:
- 162 Zunächst hat er dem Vermieter eine angemessene Frist zur Schaffung von Abhilfe zu setzen.
- 163 Beseitigt der Vermieter den Mangel nun nicht innert angemessener Frist, so kann der Mieter nach seiner Wahl entweder fristlos kündigen (sofern der Mangel die Tauglichkeit der gemieteten Räume zum vorausgesetzten Gebrauch ausschliesst oder erheblich beeinträchtigt), oder er kann die Mängel auf Kosten des Vermieters in eigener Regie beseitigen lassen (sofern der Mangel die Tauglichkeit der Räume vermindert, aber "nicht erheblich beeinträchtigt").
- 164 Dem Mieter steht die Ersatzvornahme in eigener Initiative, auf Kosten des Vermieters, also nur bei weniger gravierenden Mängeln zu. Es wäre unbillig, dem Mieter eine Totalrenovation, Feuchtigkeitssanierung und andere derartige einschneidende, aufwendige Sanierungsmassnahmen an den gemieteten Objekten gegen den Willen des Vermieters zu erlauben.
- 165 Beeinträchtigt der Mangel die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache, so kann der Mieter vom Vermieter eine Mietzinsminderung für die Dauer des Mangels verlangen. Bis zur Behebung eines diesbezüglichen Streitiges bzw. bis zur Sanierung des Mangels kann der Mieter gemäss Art. 259g den Mietzins bei der zuständigen Amtsstelle jeweils bei Fälligkeit hinterlegen, anstatt den Zins direkt an den Vermieter zu bezahlen. Solche hinterlegten Mietzinse fallen dem Vermieter zu, wenn der Mieter seine Ansprüche gegenüber dem Vermieter nicht innert 30 Tagen seit Fälligkeit bei der Schlichtungsbehörde geltend gemacht hat. Auch der Vermieter kann bei der Schlichtungsstelle intervenieren und die Herausgabe der hinterlegten Mietzinse verlangen, wenn er nachweist, dass die Reklamationen des Mieters unbegründet sind.

- 166 Der Mieter hat gegenüber dem Vermieter Anspruch auf Schadenersatz für Mangelfolgeschäden, soweit diese unmittelbar durch den Mangel der Mietsache verursacht worden sind, so beispielsweise Fäulnisschäden an Mobiliar infolge von Feuchtigkeit in den Wänden. Der Vermieter haftet jedoch nicht für die Mangelfolgeschäden, wenn er beweisen kann, dass ihn am Mangel des Mietobjektes kein Verschulden trifft (beispielsweise bei einem nicht vorherzusehenden Leitungsbruch).
- 167 Entschliesst sich der Mieter zur fristlosen Kündigung wegen eines gravierenden Mangels, so können die Umzugskosten und ein allfälliger höherer Mietzins an einem anderen Ort nicht als Folgeschäden des betreffenden Mangels gelten. Mit der fristlosen Kündigung unterbricht der Mieter die Kausalität der Schadensverursachung und übernimmt für die Folgen seiner Kündigung selber die Verantwortung und das Risiko.

e) Mieterschutz anlässlich der Beendigung des Mietverhältnisses

- 168 Wurde das Mietverhältnis im Vertrag auf eine bestimmte Dauer befristet, so endet es nach Ablauf dieser Frist. Eine Kündigung ist nicht nötig. Dagegen bedarf es zur Auflösung eines unbefristeten Mietverhältnisses (die meisten Mieten sind unbefristet) einer speziellen, einseitig abgegebenen Erklärung der einen oder anderen Vertragspartei. Diese Erklärung heisst Kündigung.
- 169 Der Kündigungsschutz ist zweistufig geregelt. Die erste Stufe besteht darin, dass der Mieter die Kündigung des Vermieters **anfechten** kann. Gelingt ihm dies, dann dauert das Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit weiter. Misslingt es, dann kommt die zweite Stufe zum Tragen, nämlich die **Erstreckung** des (gültig gekündigten) Mietverhältnisses. Die Erstreckung wird durch den Mietrichter für Wohnungsmieten für höchstens vier, für Geschäftsräume für höchstens sechs Jahre gewährt (Art. 272b OR). Die einlässliche Regelung der ersten Stufe steht erst seit dem 1.7.1990 im Gesetz. Sie läuft vereinfachend gesagt darauf hinaus, dass der Vermieter eine Wohnungsmiete nur noch kündigen kann, wenn er hiefür wichtige Gründe hat. Denn gemäss Art. 271 OR muss er seine Kündigung auf Verlangen des Mieters begründen, und die Kündigung darf nicht "gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen". Gegen diesen Grundsatz verstösst nun offensichtlich jede Kündigung, für die es keinen wichtigen Grund gibt.
- 170 Das Gesetz nennt sodann eine Reihe von Tatbeständen, bei denen die Kündigung des Vermieters als treuwidrig gilt. Kündigungen sind anfechtbar, sobald der Vermieter mit der Kündigung gedroht hat, um den Mieter zu irgendeinem Entgegenkommen zu veranlassen. Auch kann der Vermieter nicht künden in jenen Zeiten, während derer er mit dem Mieter vor dem Mietrichter streitet. Bekommt der Mieter vor dem Mietgericht recht, dann darf der Vermieter während weiterer drei Jahre nicht künden.

aa) Form der Kündigung

- 171 Die Kündigung von Wohn- und Geschäftsmieten ist nur gültig, wenn sie schriftlich erfolgt (Art. 266l Abs. 1 OR). Die Kündigung muss unterzeichnet sein (BGE 101 III 66). Der Mieter kann mit einfachem Brief künden. *Der Vermieter muss auf einem vom Kanton genehmigten Formular künden, welches dem Mieter die erforderliche Rechtsmittelbelehrung gibt.* Das Formular orientiert den Mieter über sein Recht, die Kündi-

gung anzufechten oder die Erstreckung des Mietverhältnisses zu beantragen. Es nennt die Einsprachefrist und die zuständige Schlichtungsbehörde.

- 172 Benützt der Vermieter für die Kündigung nicht das amtliche Formular, oder füllt er es unrichtig aus, so ist die Kündigung nichtig, d.h. der Rechtszustand ist anschliessend so, wie wenn der Vermieter nicht gekündigt hätte. (Solange sich Mieter und Vermieter über ihr Vorgehen einig sind wie beispielsweise bei einem Mietverhältnis zwischen Familienangehörigen oder guten Bekannten kann die Miete selbstverständlich jederzeit auch durch mündliche Übereinkunft beendet werden. Die gesetzlichen Formvorschriften werden erst bedeutsam, wenn Uneinigkeit besteht und die Kündigung unter Inanspruchnahme des Rechtsweges durchgesetzt werden muss.)
- 173 Verheiratete Mieter können die gemeinsam bewohnte Familienwohnung nur gemeinsam kündigen, d.h. es kann nicht der eine Ehegatte gegen den Willen des andern die Familienwohnung kündigen.
- 174 Will der Vermieter einem Ehepaar kündigen, so muss er die Kündigung an jeden Ehegatten separat zustellen, damit nicht der eine (auszugswillige) Ehegatte die Erstreckungsmöglichkeiten gegen den Willen des anderen (auf Sesshaftigkeit bedachten) Ehegatten verwerke.
- 175 Die Kündigung muss nicht begründet werden. Die kündigende Partei hat aber, sofern es von der anderen Partei verlangt wird, die Kündigung zu begründen (Art. 271 Abs. 2 OR). Die Verweigerung einer solchen Begründung hindert die formelle Gültigkeit der Kündigung nicht.
- 176 Kündigungen sind nichtig, wenn ihre formellen Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Sind sie dagegen inhaltlich missbräuchlich, so sind sie bloss anfechtbar, d.h. der Mieter muss sich in diesem Falle an die Mietschlichtungsstelle wenden und den Rechtsschutz verlangen.

bb) Anfechtung der Kündigung

- 177 Im Zusammenhang mit der Kündigung der Miete verwendet das Gesetz den Begriff der Missbräuchlichkeit nicht, sondern spricht lediglich von Anfechtbarkeit. Die Kündigung ist dann anfechtbar, wenn sie "gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst" (Art. 271 Abs. 1 OR). Ein Verstoss gegen Treu und Glauben liegt beispielsweise vor, wenn aus einem der folgenden Gründe gekündigt wird:
- Der ansonsten pünktlich zahlende Mieter hat ausnahmsweise einige Tage zu spät den Mietzins bezahlt;
 - die Kündigung erfolgt wegen der Rasse des Mieters, seiner Nationalität, seiner politischen Zugehörigkeit oder wegen öffentlich geäusserten Ansichten;
 - der Vermieter kündigt aus einer Laune heraus, um zu zeigen, dass er der Herr im Haus ist;
 - die Rache Kündigung, durch welche sich der Vermieter dafür rächt, dass der Mieter jene Rechte geltend gemacht hat, die ihm der Mieterschutz gewährt;

- die Kündigung wegen einer geringfügigen Sorgfaltspflichtsverletzung;
- die Kündigung gegenüber dem Geschäftsmieter mit dem Ziel, dessen Kundentamm zu übernehmen.

178 Die Anfechtbarkeit der Kündigung hilft dem Mieter nicht viel, wenn der Vermieter sich in Kenntnis der Rechtslage mit der nötigen Raffiniertheit verhält. Will der Vermieter einen Mieter wegen Rasse oder aus Rache aus dem Haus haben, so muss er sich hüten, diese wirklichen Gründe bekanntzugeben. Statt dessen wird er geltend machen, dass er die Wohnung einem Freund oder Verwandten zuhalten möchte, dem er in besonderer Weise verpflichtet ist. Dies nämlich ist kein Verstoss gegen Treu und Glauben.

cc) Gültige Kündigung: Erstreckungsmöglichkeit

- 179 Endet der auf eine feste Dauer geschlossene Mietvertrag oder hat der Vermieter gekündigt in einer Weise, die keine Veranlassung zur Anfechtung gibt, so kann der Mieter die Erstreckung des Mietverhältnisses verlangen. Die Erstreckung hat zum Ziel, die für den Mieter nachteiligen Auswirkungen der Vertragsbeendigung zu mildern. Sie ermöglicht dem Mieter, gegen den Willen des Vermieters für eine beschränkte Dauer in den Mieträumen zu verbleiben.
- 180 Keine Erstreckung ist möglich, wenn die Kündigung des Vermieters wegen Zahlungsverzugs des Mieters oder wegen schwerwiegender Verletzung seiner Sorgfaltspflichten, schliesslich wegen Konkurses des Mieters ausgesprochen worden ist.
- 181 Keine Erstreckung wird ausserdem gewährt, wenn ein Mietvertrag ausdrücklich im Hinblick auf ein Umbau- oder Abbruchprojekt für eine beschränkte Zeit, bis zum Baubeginn oder bis zur Erteilung der Baubewilligung abgeschlossen worden ist (Art. 272a Abs. 1 lit. d OR).
- 182 Schliesslich ist die Erstreckung ausgeschlossen, wenn der Vermieter dem Mieter gleichwertigen Ersatzraum anbietet.
- 183 Im übrigen gibt es keine zwingenden Gründe für die Verweigerung der Erstreckung. Namentlich kann der Vermieter die Erstreckung nicht durch Verweis auf seinen Eigenbedarf abwenden.
- 184 Die **Dauer der Erstreckung** ist in Art. 272b Abs. 1 OR geregelt. Die Erstreckung kann in zwei Stufen gewährt werden. Möglich ist:
- Eine erste Erstreckung, bei deren Ablauf der Mieter eine zweite beantragen kann, wenn er bis dahin keinen Ersatzraum gefunden hat;
 - oder eine einzige Erstreckung, die eine zweite ausschliesst (der Ausschluss der zweiten Erstreckung wird in diesem Fall im Erstreckungsentscheid festgehalten).
- 185 Die Maximaldauer der beiden Erstreckungen (oder der einmaligen Erstreckung) beträgt vier Jahre für Wohnräume und sechs Jahre für Geschäftsräume. Die Erstreckungsphase beginnt mit dem Kündigungstermin, auf den gültig gekündigt worden ist.

- 186 Der Mieter muss sein Begehren um eine erste Erstreckung innert 30 Tagen nach Empfang der Kündigung an die Schlichtungsbehörde richten (Art. 273 Abs. 2 OR). Bei einem befristeten Mietverhältnis, das gemäss Vertragswortlaut an einem bestimmten Termin automatisch endet, muss der Mieter das Erstreckungsbegehren spätestens 60 Tage vor dem Ablauf der Vertragsdauer stellen.

dd) Übergang des Mietverhältnisses bei Verkauf der Mietsache

- 187 Art. 261 OR führt zu einer gewissen Verdinglichung des Mietverhältnisses. Verkauft der Vermieter die Mietsache, so geht das Mietverhältnis von Gesetzes wegen auf den Erwerber über. Der Mietvertrag "klebt" also gewissermassen am Objekt, ähnlich einer Dienstbarkeit (Wohnrecht). Der Käufer der Mietsache kann dem Mieter beschleunigt, nämlich *"mit der gesetzlichen Frist auf den nächsten gesetzlichen Termin kündigen, wenn er einen dringenden Eigenbedarf für sich, nahe Verwandte oder Verschwägte geltend macht"*.
- 188 Die vertraglichen Kündigungstermine und -fristen gelten aber auch zulasten des Käufers, wenn eine der beiden folgenden Voraussetzungen erfüllt ist:
- a) der Käufer hat im Kaufvertrag ausdrücklich den Mietvertrag übernommen;
 - b) es fehlt am "dringenden Eigenbedarf".
- 189 Ist der Käufer berechtigt, aufgrund der gesetzlichen Termine und unter Missachtung der vertraglichen Termine vorzeitig zu kündigen, so haftet der Verkäufer dem Mieter für den allfälligen Schaden, den der Mieter aus dem vorzeitigen Umzug erleidet.
- 190 Auch wenn der Käufer wegen dringenden Eigenbedarfs befugt ist, vorzeitig zu kündigen, so ist dadurch die Erstreckung des Mietverhältnisses nicht ausgeschlossen. Die im Erstreckungsverfahren vorzunehmende Interessenabwägung zwischen dem dringenden Eigenbedarf des Käufers und der Härte für den Mieter bleibt dem Gericht vorbehalten. Der Tatbestand des Verkaufs ist bei den Erstreckungs-Ausschluss-Tatbeständen in Art. 272a OR nicht aufgeführt.

de) Vorzeitige Kündigung durch den Mieter

- 191 Auch der Mieter kann sein Ende des Vertragsverhältnisses leichter auf einen Dritten übertragen, als dies bei anderen Vertragstypen der Fall ist: Bei der Geschäftsmiete kann der Vermieter die Zustimmung zur Übertragung des Mietvertrags von einem Mieter auf einen anderen "nur aus wichtigem Grund verweigern" (Art. 263 Abs. 2 OR). Ausserdem kann der Mieter bei Geschäfts- und bei Wohnungsmieten jederzeit aus seinen Vertragspflichten austreten, "wenn er einen für den Vermieter zumutbaren neuen Mieter vorschlägt". Allerdings muss ein solcher Ersatzmieter "zahlungsfähig und bereit sein, den Mietvertrag zu den gleichen Bedingungen zu übernehmen" (Art. 264 Abs. 1 OR).
- 192 Findet der Mieter keinen tauglichen Ersatzmieter, so muss der Mieter *"den Mietzins bis zu dem Zeitpunkt leisten, in dem das Mietverhältnis gemäss Vertrag oder Gesetz endet oder beendet werden kann."* Der Vermieter muss sich jedoch *"anrechnen lassen,*

was er an Auslagen erspart und durch anderweitige Verwendung der Sache gewinnt oder absichtlich zu gewinnen unterlassen hat." (Art. 264 Abs. 2 und 3 OR).

f) Rechtsschutz: Besonderes Verfahren

- 193 Mietstreitigkeiten müssen immer bei der lokalen Mietschlichtungsstelle beginnen. In seltenen Fällen gehen die Streitigkeiten an das örtliche Zivilgericht weiter; das Zivilgericht tritt aber auf eine Klage in Mietsachen nicht ein, wenn sich der Kläger nicht zuvor bereits an die Mietschlichtungsstelle gewandt hatte.
- 194 Für das Verfahren vor der Mietschlichtungsstelle gelten die Grundsätze der Einfachheit und Raschheit, der Untersuchungsmaxime und der Oficialmaxime.
- 195 Die Untersuchungsmaxime bedeutet, als prozessrechtlicher Begriff, dass die Schlichtungsbehörde bzw. das Gericht den der Auseinandersetzung zugrundeliegenden Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen, d.h. ihn selber zu untersuchen hat (Art. 274d Abs. 3 OR).
- 196 Der Begriff der Oficialmaxime besagt, dass das Gericht den Streitgegenstand von Amtes wegen ("ex officio") definiert, d.h. dass es nicht an die Anträge der Parteien gebunden ist. Die Oficialmaxime gilt in Mietsachen namentlich insofern, als das Gericht bei Abweisung einer Kündigungsanfechtung von Amtes wegen prüft, ob das Mietverhältnis erstreckt werden kann (Art. 274e Abs. 3 OR). Es bedarf diesbezüglich also keines ausdrücklichen Begehrens durch den Mieter. (Bei der sonst im Zivilprozess üblichen "Parteimaxime" beurteilt das Gericht nur jene Anträge, welche ihm von den Parteien gestellt werden. Vergisst eine Partei, einen für sie wichtigen und vorteilhaften Antrag zu stellen, so ist das ihr Pech und das Gericht hilft nicht nach.)
- 197 Die Mietschlichtungsstelle muss in allen Fällen versuchen, eine Einigung zwischen den Parteien zu erzielen.
- 198 Misslingt dies, so ist die Schlichtungsstelle in zwei Fallgruppen kompetent, selber zu entscheiden:
- a) Bezüglich von Forderungen des Mieters im Zusammenhang mit Mängeln an der Mietsache und über die in solchem Zusammenhang erfolgte Mietzinshinterlegung (Art. 259i Abs. 1 OR);
 - b) betreffend Anfechtung der Kündigung und Erstreckung des Mietverhältnisses (Art. 273 Abs. 4 OR).
- 199 Die Schlichtungsstelle muss ihren Entscheid summarisch begründen. Die unterlegene Partei kann ihn an das ordentliche Zivilgericht weiterziehen. Durch den "Vorentscheid" der Schlichtungsstelle wird im nachfolgenden Gerichtsverfahren die (unbequeme) Klägerrolle der unterlegenen Partei zugeschoben.
- 200 In allen anderen Streitfällen, insbesondere bei der Anfechtung des Anfangsmietzinses und späterer Mietzinserhöhungen, ferner bei der Anfechtung anderer ungültiger Vertragsbestandteile (unzulässige Indexierung, unzulässige Koppelungsgeschäfte), schliesslich beim Streit um die Bezahlung des Mietzinses (z.B. wenn der Mieter nicht zahlen will, weil er behauptet, mit Schadenersatzansprüchen gegen den Vermieter ver-

rechnen zu können) kann die Mietschlichtungsstelle nicht entscheiden. Gelingt es ihr nicht, die Streitparteien zu einer gütlichen Einigung zu bewegen, so stellt sie fest, dass eine Einigung nicht zustandegekommen ist. Die Klagpartei muss dann binnen 30 Tagen mit ihrem Begehren an das ordentliche Zivilgericht gelangen. Bei Nichteinhalten der 30-Tage-Frist ist der Anspruch verwirkt. Es wird angenommen, dass die Klagpartei auf ihren Anspruch verzichtet habe.

B. Der Pachtvertrag (Art. 275-304 OR)

- 201 Der Begriff der Pacht wurde vorn, Ziff. 113 ff., dargestellt.
- 202 Die Pacht hat im Gesetz eine von der Miete gesonderte Regelung erfahren, obwohl wesentliche Elemente der beiden Vertragstypen übereinstimmen. Der Unterschied liegt im Vertragszweck: Der Mieter mietet, um die Mietsache in beliebiger Weise zu gebrauchen (ohne sie zu beschädigen). Der Pächter pachtet, um die Pachtsache zu bewirtschaften und aus ihr Früchte zu ziehen. Als Mietgegenstände kommen demgemäss beliebige Sachen in Frage, als Pachtgegenstände nur solche Sachen (und exklusiv nutzbare Rechte), die *ertragbringend bewirtschaftet* werden können. - Das ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 275 OR: "*Durch den Pachtvertrag verpflichtet sich der Verpächter, dem Pächter eine nutzbare Sache oder ein nutzbares Recht zum Gebrauch und zum Bezug der Früchte oder Erträge zu überlassen, ...*".
- 203 Der Pächter bezahlt in der Regel, genau gleich wie der Mieter, einen Zins. Im Unterschied zum Mieter ist er aber nicht nur zum sorgfältigen Umgang mit dem Vertragsgegenstand verpflichtet, sondern zusätzlich zu deren laufender Bewirtschaftung. Die *Bewirtschaftungspflicht des Pächters* hat ihre gesetzliche Grundlage in Art. 283 Abs. 1 OR. Sie dient dem Ziel, dass der Pachtgegenstand seine Ertragskraft behält.
- 204 Dabei geht der Gesetzgeber von der Annahme aus, dass typische Pachtgegenstände ihre Ertragskraft verlieren, wenn sie nicht dauernd sorgfältig bewirtschaftet werden. Ungenutztes Pachtland vergandet. Wird ein Restaurant verpachtet, so führt jeder Betriebsstillstand und jede schlechte Bewirtschaftung (z.B. schlechte Bedienung der Kundschaft, schlechte Küche) zu einem Verlust von Goodwill und damit zu einem Wertverlust der Unternehmung und zugleich des Standorts.
- 205 Demgemäss ist der Verpächter befugt, das Pachtverhältnis vorzeitig oder sogar fristlos zu kündigen, wenn der Pächter seine Bewirtschaftungspflicht schwer verletzt (Art. 285 Abs. 1 OR).
- 206 Für die landwirtschaftliche Pacht gelten zahlreiche Sondervorschriften, die im vorliegenden Zusammenhang nicht dargestellt werden. Nur auf eine einzige solche Vorschrift wird hier aufmerksam gemacht: Gemäss Art. 48 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das bäuerliche Bodenrecht hat der Pächter eines in der Landwirtschaftszone gelegenen Grundstücks ein *Vorkaufsrecht* zum landwirtschaftlichen Ertragswert, wenn der Verpächter das Grundstück verkaufen will. Das Vorkaufsrecht gilt auch, wenn ein kleiner Teil des landwirtschaftlich verpachteten Grundstücks nicht-landwirtschaftlich genutzt wird. Wer also ein in der Landwirtschaftszone gelegenes Ferienhaus mit Umschwung besitzt und die Wiese rund um das Haus einem Bauern für einige 100 Fran-

ken pro Jahr verpachtet, riskiert, sein Ferienhaus nicht mehr vernünftig verkaufen zu können. Will der Eigentümer dem Vorkaufsrecht des Pächters ausweichen, so muss er dem Bauern das Land unentgeltlich zur Nutzung überlassen oder mit ihm einen Gärtnervertrag abschliessen, d.h. dem Bauern für die Betreuung von Land und Zäunen ein Entgelt bezahlen.

C. Der Gebrauchsleihevertrag (Art. 305 OR)

- 207 Die Leihe (Ausleihen eines Gebrauchsgegenstandes, Buches, Fahrzeugs etc.) ist unentgeltlich und kommt im Geschäftsverkehr kaum vor. Sie ist ein Rechtsverhältnis auf freundschaftlicher oder familiärer Basis und kommt den Beteiligten meist nicht als Vertrag zu Bewusstsein. Der Verleiher bleibt Eigentümer, der Entleiher ist während der Leihe der Besitzer der Sache und darf sie gebrauchen. Die Leihe geschieht im Interesse des Entlehners, der die Sache vorübergehend für seine Zwecke brauchen darf. Die Sache muss unverändert zurückgegeben werden.

D. Der Darlehensvertrag (Art. 312 OR)

- 208 Das Darlehen hat in der Regel Geld zum Gegenstand. Der Borger wird Eigentümer des geborgten Geldes, der Darleiher hat eine persönliche Forderung gegen den Borger auf Rückzahlung einer gleichen Geldsumme, nicht also der gleichen Geldmünzen und -noten, ferner auf Bezahlung eines Darlehenszinses, wenn dieser vereinbart wurde.
- 209 Dass der Borger Eigentümer des Geldes wird, hat Konsequenzen in seinem Konkurs. Der Darleiher wird hier in dritter Klasse, zusammen mit allen anderen Gläubigern, kolloziert und erhält eine kleinere oder grössere Konkursdividende, meistens gar nichts.
- 210 Im Gegensatz zum Darlehensgläubiger können Verleiher und Hinterleger im Konkurs des Ausleihers oder Aufbewahrs die geliehenen oder hinterlegten Gegenstände als ihr Eigentum aus der Konkursmasse des Vertragspartners herausholen. Sie kommen, wenn der Konkursit die Sache mittlerweile nicht veruntreut hat, durch seinen Konkurs nicht zu Schaden.
- 211 Die beiden Hauptanwendungsfälle des Darlehens sind das Banksparen und der Bankkredit.
- 212 Beim Banksparen ist der Kunde der Darleiher, die Bank Borgerin. Beim Bankkredit ist der Kunde der Borger, die Bank Darleiherin. Das Banksparen heisst aus der Sicht der Bank ihr Passivgeschäft. Die Sparguthaben der Kunden sind Verpflichtungen oder Passiven der Bank. Der Bankkredit heisst aus der Sicht der Bank ihr Aktivgeschäft. Sie verbucht die ausgeliehenen Gelder als Forderungen unter ihren Aktiven. Beides zusammen heisst in der Bankwirtschaft das Zinsdifferenzgeschäft, weil die Bank aus der Differenz zwischen den höheren Kreditzinsen und den niedrigeren Sparzinsen ihren Gewinn erwirtschaftet.
- 213 *Dem auf Darlehensbasis abgewickelten Zinsdifferenzgeschäft steht in der Banksprache das Kommissionsgeschäft gegenüber, bei welchem die Bank weder als Schuldnerin noch als Gläubigerin auftritt, sondern als Verwalterin von Wertpapieren, Treu-*

händerin, Garantin, Vermittlerin etc. handelt. Die von der Bank für diese Tätigkeiten vereinnahmten Vergütungen werden Kommissionen genannt (von lat. "commissio" = anvertraute Besorgung; das Wort Kommission bedeutet heute sowohl die Besorgung selber, wie auch die dafür bezahlte Honorierung).

- 214 Der Darlehensverkehr des Kunden mit der Bank geschieht regelmässig über ein **Konto**. Beim Kontoverhältnis gilt als vereinbart, dass die aus den verschiedenen Ein- und Auszahlungen entstehenden Forderungen nicht einzeln geltend gemacht und beglichen, sondern fortlaufend verbucht und verrechnet werden. Periodisch wird der Zins errechnet und zum Kapital geschlagen. Kundenguthaben und Bankkredite sind rechtlich immer *kontenmässig geführte Darlehen*, unabhängig von den verschiedenen banktechnischen Bezeichnungen. Für die Kundenguthaben finden sich etwa die Bezeichnungen: Sparkonto, Sparheft, Anlagekonto, Depositenkonto, Kontokorrent, Jugend- und Alterskonto. Für Bankkredite werden etwa folgende Bezeichnungen gewählt: Kontokorrentkredit, Baukredit, fester Vorschuss, Hypothekarkredit. - Diese Bezeichnungen beziehen sich auf die Verfügbarkeit (Fristen, innert welcher bestimmte Maximalbeträge von der Bank bezogen werden können) und auf die Zinskonditionen. Je grössere Summen kurzfristig bezogen werden können, desto ungünstiger ist der Zins für den Bankkunden.
- 215 Die Zinskonditionen für Bankkredite hängen überdies von den gestellten Sicherheiten ab. Ungesicherte ("Blanko"-) Kredite sind für den Kreditnehmer teurer als gesicherte. Am günstigsten fährt der Kunde bei hypothekarischer Sicherstellung, am ungünstigsten bei sogenannten Klein-, Konsum- oder Privatkrediten (alle drei Begriffe sind gleichbedeutend), die in der Regel blanko gewährt werden und in festen Raten abbezahlt werden. Die Konsumkredit-Zinssätze liegen, je nach Bank, ca. beim doppelten bis dreifachen jeweiligen Hypothekar-Zinssatz.
- 216 Seit dem 1.01.2003 unterstehen die **Konsumkredite** dem *Bundesgesetz über den Konsumkredit (KKG)*. Das Gesetz enthält Schutzvorschriften für Konsumenten bei Kreditverträgen, Leasingverträgen, Abzahlungsverträgen etc. Das KKG gilt für alle Verträge, bei denen sich ein Kreditgeber und ein Konsument gegenüberstehen. In welcher Form der Kredit gewährt wird (z.B. als Darlehen oder als Kaufpreisstundung) spielt keine Rolle. Nicht unter das KKG fallen grundpfandgesicherte Kredite, ferner Kreditverträge über weniger als CHF 500 und über mehr als CHF 80'000. Das KKG statuiert zum Schutze des Konsumenten eine Reihe von Informationspflichten der Kreditgeberin. Bei deren Verletzung ist der Vertrag in der Regel nichtig, wobei der Kreditnehmer die empfangene Darlehensvaluta für sich behalten darf.
- 217 Das Gesetz ist mit seinen ausufernden Reglementierungen ein Musterbeispiel für den schlechten Stil der neueren schweizerischen Gesetzgebung. Ein unübersichtlicher Wust von Vorschriften macht die Rechtsanwendung beschwerlich. Der Schutzzweck, nämlich die Bewahrung leichtfertiger Menschen vor der Verschuldung, wird nicht erreicht. Insofern ist das Gesetz ein Schlag ins Wasser. Den Gipfel der Unverständlichkeit erreicht das Gesetz mit der im Anhang angegebenen Berechnungsformel für den im Konsumkreditvertrag anzugebenden effektiven Jahreszins. Die Formel ist für Nicht-Mathematiker unverständlich. Ihre Anwendung erheischt besondere Software. Kein Praktiker im In- oder Ausland hat je den Jahreszins auf diese Weise berechnet. Wäre die Sache nicht so bedauerlich, so müsste man sie als Lachnummer qualifizieren.

E. Die Hinterlegung (Art. 472 OR)

218 Die Hinterlegung (lat.: depositum) geschieht im Interesse des Hinterlegers. Der Aufbewahrer will und darf die Sache nicht gebrauchen, sondern er bewahrt sie für den Hinterleger an einem sicheren Orte auf. Hauptanwendungsfall ist das Bankdepot. Fast alle im "Umlauf" befindlichen Obligationen, Aktien und Edelmetalle in der Schweiz sind bei Banken hinterlegt, meist im sogenannten offenen Depot: Alle Nestlé-Aktien für sämtliche Bankkunden sind an einem Ort, alle BBC-Aktien an einem anderen Ort aufbewahrt, also nach Titelgattung, nicht nach Kunden geordnet. Dies erlaubt einheitliche Bewirtschaftung des ganzen Titelbestandes bei Coupon-Fälligkeit. Ein Depot, das alle Titel eines Kunden zusammenfasst, heisst geschlossenes Depot. Es kostet höhere Bankgebühren, da seine Bewirtschaftung (Coupondienst, Mutationen) für die Bank aufwendiger ist.

Der "Umlauf" von Wertschriften wurde hievor zwischen Anführungszeichen gesetzt, weil bei Börsengeschäften zwischen Personen in der Schweiz die betreffenden Papiere eben in Wirklichkeit meist nicht "umlaufen", sondern am gleichen zentralen Ort weiterhin deponiert bleiben.

219 Die meisten Aktien und Obligationen schweizerischer Firmen werden von den Banken nicht in eigenen Räumen aufbewahrt, sondern zentral in den Räumen der SIX SIS, einer Abteilung der SIX Group. Die SIX SIS betreibt zu diesem Zweck den grössten Tresor der Schweiz an Der Baslerstrasse 100 in Olten. Dort liegen Wertpapiere im Wert von ca. 2000 Milliarden Franken. Die Erfüllung von Börsengeschäften geschieht durch blosses Umbuchen bei den beteiligten Banken und bei der SIX SIS, ohne dass die Titel körperlich bewegt werden. Auch die SIX SIS ist Aufbewahrerin im Sinne von Art. 472 OR. Die Bankkunden gelten als Miteigentümer der dort hinterlegten Titelbestände, je für die ihnen zukommende Quote der einzelnen Valoren (Titelgattungen).

4. Kapitel: Verträge auf Arbeitsleistungen

A. Überblick über die drei wichtigsten Vertragstypen (Einzelarbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag)

220 Einzelarbeitsvertrag (Art. 319 OR), Werkvertrag (Art. 364 OR) und Auftrag (Art. 394 OR) sind die drei wichtigsten Verträge auf Arbeitsleistung. Ihre spezifischen Eigenheiten können stichwortartig folgendermassen zusammengefasst werden:

221 Bei **Einzelarbeitsvertrag** *dient* der Arbeitnehmer der Arbeitgeberin *während vertraglich festgelegter Arbeitszeiten*. Die Arbeit wird erbracht gemäss den jeweiligen Anweisungen der Arbeitgeberin.

222 Beim **Werkvertrag** erstellt der Unternehmer für den Besteller ein vertraglich spezifiziertes Werk (ein Haus, einen Massanzug, die Reparatur eines defekten Geräts, die Reinschrift eines Manuskripts).

223 Beim **Auftrag** verspricht der Beauftragte der Auftraggeberin das sorgfältige Tätigwerden zur Erledigung einer vertraglich festgelegten Aufgabe (z.B. ärztliche Behandlung zur Heilung eines Leidens des Patienten).

- 224 Bei der Abgrenzung von Werkvertrag und Auftrag gilt: Im **Werkvertrag** wird ein *Arbeitsergebnis* versprochen und *garantiert*. Beim **Auftrag** wird das sorgfältige Bemühen im Hinblick auf ein Resultat versprochen, aber *ohne Garantie des Ergebnisses*. Der werkvertraglich arbeitende Handwerker hat also seinen Werklohn erst verdient, wenn er das versprochene Arbeitsergebnis in vertragsgemäsem Zustand abgeliefert hat. Der Arzt verdient sein Honorar durch seine laufende Tätigkeit, auch wenn der Patient nicht gesund wird.
- 225 Folgende Präzisierungen zum Gesagten verdienen Beachtung:
- 226 Der **Einzelarbeitsvertrag** ist charakterisiert durch die hierarchische Unterordnung des Arbeitnehmers unter den Willen des Arbeitgebers. Indizien für diese Unterordnung sind, dass die Arbeit in den Räumen des Arbeitgebers und während vertraglich festgelegter Arbeitszeiten verrichtet wird. Aber auch Teilzeitarbeit, gleitende Arbeitszeit und Heimarbeit fallen unter den Einzelarbeitsvertrag, wenn die Unterordnung des Arbeitnehmers und seine finanzielle Abhängigkeit vom Arbeitgeber vorliegen. Die Unterordnung zeigt sich darin, dass der Arbeitnehmer die ihm von Tag zu Tag arbeitgeberseits zugewiesene Arbeit ausführt. Allerdings kann der Arbeitgeber normalerweise nicht beliebige Arbeiten zuweisen, sondern nur solche, die in den zu Beginn des Arbeitsverhältnisses vertraglich festgelegten Tätigkeitsbereich des Arbeitnehmers fallen. Man nennt den Tätigkeitsbereich auch das Pflichtenheft, den Arbeitsbereich oder die *job description*.
- 227 Für den **Werkvertrag** ist typisch, dass der Unternehmer dem Besteller ein von Anfang an vertraglich definiertes "Werk" herstellt. Der Unternehmer verkauft nicht "ab Stan-ge"¹⁸, sondern stellt individuell für den Besteller etwas Bestimmtes her: ein Haus, einen Massanzug, ein Computerprogramm. Der Unternehmer verspricht die Lieferung des mängelfreien Werkes. Er verspricht also ein bestimmtes Ergebnis, einen Erfolg. Der Unternehmer ist dem Besteller nicht hierarchisch untergeordnet. Wann und wie er das vertraglich versprochene Werk herstellt, ist seine Sache, wenn er es nur innert der vertraglichen Frist zu liefern vermag.
- 228 Das *Werk* ist entweder ein körperliches Werk (z.B. ein Neubau, ein Gerät, die Reparatur eines körperlichen Gegenstandes) oder ein unkörperliches Werk (z.B. eine Theater- oder Konzertaufführung). Erforderlich ist, dass sich das versprochene Ergebnis garantieren und dass sich die Erfüllung der garantierten Spezifikationen überprüfen lässt. Im Zentrum des Werkvertrags steht immer das versprochene Arbeitsergebnis. Wo ein solches entweder nicht garantiert oder nicht überprüft werden kann, liegt kein Werkvertrag vor. Bei unkörperlichen Werken wie Konzertaufführungen lassen sich naturgemäss nur gewisse äusserliche Spezifikationen wie die Wahl der Stücke, Besetzung, Ort, Zeit und Dauer der Aufführung werkvertraglich festlegen, nicht die künstlerische Qualität und nicht der Publikumserfolg. Stehen für die Parteien die äusserlichen Spezifikationen im Vordergrund, so können sie einen Werkvertrag abschliessen. Geht es ihnen hingegen mehr um die nicht garantierbaren Aspekte, so werden sie für die gleiche Dienstleistung eher einen Auftrag abschliessen.
- 229 Beim **Auftrag** besorgt der Beauftragte ein beliebiges Geschäft (aber nicht die Herstellung eines "Werkes", sonst ist es Werkvertrag) für den Auftraggeber. Der Beauftragte verspricht kein bestimmtes Ergebnis, keinen Erfolg, sondern nur sein sorgfältiges Bemühen. Typische Beauftragte sind Ärzte und Rechtsanwälte, die ihren Patienten und

¹⁸ Zur Abgrenzung des Werkvertrags vom Kaufvertrag vgl. vorn, Ziff. 10 f.

Klienten weder die Genesung noch den Prozessgewinn versprechen, sondern nur ihre professionellen Einsatz nach bestem Wissen und Gewissen. Auch Beauftragte sind ihren Auftraggebern nicht hierarchisch untergeordnet, sondern treten ihnen während der Vertragserfüllung selbständig und gewissermassen gleichberechtigt gegenüber.

- 230 Auch der Beauftragte kann gewisse äusserlich mess- und überprüfbare Leistungen garantieren. So kann der Arzt zusichern, zu bestimmten Zeiten Krankenbesuche beim Patienten zu machen. Der Prozessanwalt kann zusichern, zu bestimmten Zeiten die Entwürfe seiner Prozessschriften an die Klientschaft zur Stellungnahme zu senden. Solche Zusicherungen können im Einzelfall einen werkvertraglichen Anschein haben. Aber solche messbare Aeusserlichkeiten stehen bei den erwähnten Verträgen nicht im Zentrum und sind nicht der Zweck der Verträge. Zweck ist die Genesung des Patienten und die möglichst vorteilhafte Abwicklung des Rechtsstreits - beides Dinge, die sich nicht garantieren lassen.

B. Einzelarbeitsvertrag

1. Allgemeines

- 231 Beim Arbeitsvertrag (bis 1972 im Gesetz noch "Dienstvertrag" genannt) stehen sich ein Arbeitgeber und ein Arbeitnehmer gegenüber. Arbeitgeber kann eine natürliche oder juristische Person sein. Arbeitnehmer kann nur eine natürliche Person sein.
- 232 Statt kurz vom Arbeitsvertrag spricht man umständlicher vom Einzelarbeitsvertrag, wenn man den Gegensatz dieses Vertragsverhältnisses zu den "besonderen Einzelarbeitsverträgen" (Lehrvertrag, Handelsreisendenvertrag, Heimarbeitsvertrag) oder zum Gesamtarbeitsvertrag und zum Normalarbeitsvertrag hervorheben will. Wo keine Verwechslungen möglich sind, wie etwa bei einem Anstellungsgespräch, spricht man nur vom Arbeitsvertrag.
- 233 Im vorherigen Abschnitt wurde als Merkmal des Arbeitsvertrages die hierarchische Unterordnung des Arbeitnehmers und seine finanzielle Abhängigkeit von einem einzigen Arbeitgeber hervorgehoben. Typischerweise findet dieses Merkmal seinen Ausdruck in weiteren Erscheinungen: Der Arbeitgeber stellt einen Arbeitnehmer an, weil er ihm eine unbestimmte Vielzahl laufender Arbeiten übertragen will (nicht: ein bestimmtes Werk wie beim Werkvertrag, oder eine einzelne Aufgabe wie beim Auftrag). Die Leistung des Arbeitnehmers kann aus diesem Grunde vertraglich nur so definiert werden, dass er sich für eine bestimmte Zeit (täglich oder wöchentlich eine bestimmte Anzahl Stunden) zur Verfügung des Arbeitgebers hält, und dass er in dieser Zeit, im Rahmen eines vertraglich eingegrenzten Tätigkeitsgebiets, jene (im einzelnen vorerst noch unbestimmten) Arbeiten ausführen wird, die ihm der Arbeitgeber von Tag zu Tag zuweist.
- 234 Fest vereinbarter Lohn und fest vereinbarte Arbeitszeit sind also nicht begriffsnotwendig. Auch Heimarbeit mit Entlohnung gemäss Stückzahl (Akkordlohn) fällt unter den Begriff des Arbeitsvertrages, wenn sich der Heimarbeiter für gewisse Zeiten zur Bewältigung des ihm vom Arbeitgeber jeweils zugewiesenen Arbeitsvolumens bereithalten muss.

235 Die gesetzlichen Bestimmungen über den Arbeitsvertrag sind, gleich wie diejenigen über den Mietvertrag, im Laufe der vergangenen Jahrzehnte angereichert worden durch zahlreiche Vorschriften zum Schutze der sozial schwächeren Vertragspartei. Die drei Säulen des Mieterschutzes finden sich auch im Arbeitsvertragsrecht wieder. Bloss ist der Arbeitsvertrag, d.h. die tägliche Zusammenarbeit eines Arbeitnehmers mit einem Arbeitgeber, ein wesentlich komplizierteres Rechtsverhältnis mit mehr Konfliktmöglichkeiten und einem grösseren Regelungsbedarf als die Vermietung von Wohn- und Geschäftsräumen. Auch ist die volkswirtschaftliche Bedeutung der gesetzlichen Regelung beim Arbeitsvertrag grösser als beim Mietvertrag. Übertriebener Mieterschutz legt die Bautätigkeit lahm. Übertriebener Arbeitnehmerschutz ist Sand im Getriebe der ganzen Volkswirtschaft. Demgemäss ist der Kündigungsschutz beim Arbeitsvertrag schwächer ausgebaut als beim Mietvertrag. Wenn der Arbeitgeber Stellen streicht oder wenn er einen bestimmten Angestellten durch einen besseren Mitarbeiter ersetzen will, so kann er dies tun. Seit der Gesetzesrevision vom 1. Januar 1989 ist der Arbeitgeber zwar verpflichtet, eine Kündigung auf Verlangen zu begründen. Aus der Begründung soll sich ergeben, ob die Kündigung missbräuchlich ist (im Sinne von Art. 335 und 336 OR), oder ob sie nicht missbräuchlich ist. Aber auch die missbräuchliche Arbeitsvertrags-Kündigung ist gültig, im Gegensatz zur missbräuchlichen Mietekündigung. Bloss muss der missbräuchlich handelnde Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Abfindung als Entschädigung ausrichten.

236 Art. 336 OR gibt einen Katalog von Fällen **missbräuchlicher Kündigung**. Der Gesetztext ist abstrakt abgefasst und für den Laien erst verständlich, wenn konkrete Beispiele gegeben werden. So heisst es:

"Art. 336 OR: Kündigungsschutz. - Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist missbräuchlich, wenn eine Partei [lies: der Arbeitgeber] sie ausspricht:

a) wegen einer Eigenschaft, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit [lies: wegen Rasse, Religion, Aussehen] zusteht, ... es sei denn, diese Eigenschaft stehe in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis [lies: es sei denn, die reformierte Kirche könne als angestellten Pfarrer einen Mann nicht brauchen, der soeben zum Katholizismus konvertiert hat.]

b) weil die andere Partei [lies: der Arbeitnehmer] ein verfassungsmässiges Recht ausübt [namentlich: einer Gewerkschaft angehört¹⁹ und zur Durchsetzung gewerkschaftlicher Ziele von der Meinungsäusserungsfreiheit²⁰ Gebrauch macht]

c) ausschliesslich um die Entstehung von Ansprüchen der anderen Partei aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln;" [missbräuchlich ist also die Kündigung gegenüber einer jungen Frau, wenn der Arbeitgeber dies nur tut, um die Rechte dieser Frau im Falle einer Schwangerschaft zu vereiteln].

237 **Persönliche Eigenschaften.** - Nach Art. 336a Abs. 1 lit. a OR ist eine Kündigung missbräuchlich, welche *"wegen einer Eigenschaft, die der andern Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht"*, ausgesprochen worden ist, *"es sei denn, diese Eigenschaft stehe in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtigt wesentlich*

¹⁹ Vgl. Art. 23 Abs. 2 BV: *"Jede Person hat das Recht, Vereinigungen zu bilden, Vereinigungen beizutreten oder anzugehören und sich an den Tätigkeiten von Vereinigungen zu beteiligen."*

²⁰ Vgl. Art. 16 Abs. 2 BV: *"Jede Person hat das Recht, ihre Meinung frei zu bilden und sie ungehindert zu äussern und zu verbreiten."*

die Zusammenarbeit im Betrieb". Zu diesen "Eigenschaften" gehören auch Vorstrafen. Für die Gerichte stellt sich regelmässig die Frage, wann Vorstrafen im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen und damit eine Kündigung rechtfertigen können.

- 238 Zum Nachteil eines früheren Arbeitgebers begangene Vermögensdelikte rechtfertigen eine Kündigung, wenn der Arbeitnehmer an der neuen Stelle mit dem Zahlungsverkehr des Betriebes zu tun hat. Demgegenüber besteht kein Zusammenhang zwischen Vorstrafen wegen Betäubungsmitteldelikten und dem Arbeitsverhältnis eines Kundenberaters im Gebiet der Heizungstechnik.
- 239 Sowohl zurückliegende wie auch laufende Betreibungen vermögen eine Kündigung nur zu rechtfertigen, wenn sie mit der konkreten Arbeit in einen Zusammenhang gebracht werden können.
- 240 Auch eine Krankheit kann eine Kündigung nur rechtfertigen, wenn sie sich auf das Arbeitsverhältnis negativ auswirkt. Dies trifft insbesondere zu, wenn sie zur Arbeitsunfähigkeit führt.
- 241 Gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. b OR kann gewerkschaftliche Tätigkeit keinen zulässigen Kündigungsgrund abgeben.
- 242 Als Ausübung der Religionsfreiheit wurde von den Gerichten das Tragen eines Kopftuches einer Mohammedanerin angesehen. Das Argument des Arbeitgebers, er wolle, dass sich der Betrieb als schweizerisch präsentierte, genügte nicht, um entsprechende Weisungen des Arbeitgebers als verbindlich und damit das Kopftuchtragen als eine Vertragsverletzung erscheinen zu lassen. Damit erschien die Kündigung als missbräuchlich (SJZ 1991, S. 196).
- 243 Nicht missbräuchlich ist die Kündigung wegen religiöser und politischer Einstellungen eines Arbeitnehmers, wenn die Arbeitgeberin ein sogenannter *Tendenzbetrieb* ist, d.h. wenn bestimmte religiöse oder politische Einstellungen für die Arbeitserbringung wichtig sind. Dies ist etwa der Fall bei der Arbeit von von Pfarrern und Priestern und von Redaktoren politisch positionierter Zeitungen.
- 244 Im Vergleich zu ihren ausländischen Kollegen betrachten sich manche schweizerischen Arbeitnehmer aber trotz dieser Gesetzesbestimmungen als praktisch ungeschützt. Denn auch die missbräuchliche Kündigung ist gültig, und kluge Arbeitgeber werden sich hüten, ihre wahren Kündigungsmotive, wenn sie missbräuchlich sind, erkennen zu lassen oder sie gar in die Kündigungs-Begründung ausdrücklich offen zu legen.
- 245 Faktisch sind die Arbeitnehmer in einem Land aber durch relative Vollbeschäftigung in der Volkswirtschaft besser geschützt als durch strenge gesetzliche Kündigungsschutzbestimmungen. Die vom schweizerischen Recht gewährte Flexibilität, die es den Arbeitgebern erlaubt, sich gemäss ihren Bedürfnissen nötigenfalls von Arbeitnehmern auch wieder zu trennen, gehört zweifellos zu den Fundamenten der Vollbeschäftigung in der Schweiz.
- 246 Aber auch für die schweizerischen Verhältnisse ist nicht allein der Gesetzestext, sondern sind die praktischen Usancen ebenfalls entscheidend. Zu diesen Usancen gehört es, dass die meisten Arbeitgeber, namentlich die grossen Firmen, ohne wichtige Gründe niemanden entlassen. Treue des Arbeitgebers zu seinen Arbeitnehmern heisst "Fir-

menkultur". Erst wenn eine Abteilung über längere Zeit defizitär arbeitet oder wenn eine Firma insgesamt in die roten Zahlen gerät, wird notgedrungen zu Entlassungen geschritten. Ein Kündigungsschutz, der dies verhindern wollte, wäre volkswirtschaftlicher Ballast. Individuelle Kündigungen kommen schliesslich einzelfallweise vor, wenn es zwischen einem Angestellten und seinen Vorgesetzten Ärger gegeben hat. Auch wenn der Arbeitnehmer objektiv betrachtet im Recht gewesen ist, sitzt er im Konfliktfall am kürzeren Hebel.

2. Zwingende Gesetzesbestimmungen und Günstigkeitsprinzip

- 247 Die Unterordnung und finanzielle Abhängigkeit des Arbeitnehmers haben den Gesetzgeber veranlasst, eine Reihe zwingender Gesetzesbestimmungen zum Schutze des Arbeitnehmers zu erlassen. Diese Bestimmungen sind in Art. 361 und 362 OR aufgelistet. Art. 361 gibt die Liste der *absolut zwingenden* Gesetzesbestimmungen wieder, von denen in keiner Richtung abgewichen werden darf. Art. 362 gibt die Liste der *relativ zwingenden* Gesetzesbestimmungen. Von ihnen darf nach einer Richtung hin abgewichen werden, nämlich dann, wenn sich die Abweichung für den Arbeitnehmer als günstig erweist. Diese einseitige Abweichungsmöglichkeit heisst Günstigkeitsprinzip. Es gilt auch für individuell vereinbarte Abweichungen von Gesamtarbeitsverträgen.

3. Kündigungsschutz

- 248 In der Revision von 1971 war die *paritätische* Ausgestaltung des Kündigungsschutzes etwas Neues. Damit entstand eine nicht mehr nur auf den Arbeitnehmerschutz ausgerichtete Regelung. Namentlich in der Zeit der Hochkonjunktur der Sechzigerjahre fand es der Gesetzgeber nötig, auch die Arbeitgeber vor Kündigungen der Arbeitnehmer zu schützen. Neben diesem mehr oder weniger realen Bedürfnis ging es dabei insbesondere um das Prinzip, die Rechte und Pflichten im Arbeitsvertragsrecht symmetrisch zu regeln. Dieser ideologische Grundsatz, der die parlamentarische Auseinandersetzung um einen Kündigungsschutz immer wieder beeinflusst hat, verkennt die Grundvoraussetzungen für den Erlass zwingender Bestimmungen im Privatrecht. Ein staatliches Eingreifen in die Parteiautonomie rechtfertigt sich nämlich nur dort, wo aufgrund einer ungleichen Verteilung von Macht die *eine* von zwei Vertragsparteien eines besonderen Schutzes bedarf. Die Asymmetrie der Regelung im Verhältnis zwischen den Vertragsparteien ist bei jeder Schutzgesetzgebung das Normale. Die vom Bundesgesetzgeber zuweilen angestrebte Schein-Symmetrie ist sachfremder Ballast.
- 249 **Anwendung von Art. 2 ZGB:** In der arbeitsvertraglichen Lehre war schon immer unbestritten, dass auch die Kündigung unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs stehe. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat sich dieser Betrachtungsweise grundsätzlich angeschlossen, indessen im konkreten Fall stets das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs verneint²¹.

- 250 **Grundzüge der Neuregelung von 1988:**

²¹ Vgl. etwa BGE 111 II 243.

- 251 Aufzählung unzulässiger Kündigungsgründe. - Auch der neue Kündigungsschutz hält an der Kündigungsfreiheit fest (Art. 335 OR). Es bedarf - in der Regel (Ausnahme: Art. 336 Abs. 2 lit. b OR) - nicht einmal besonderer Gründe, um kündigen zu können. Es gibt nur bestimmte Gründe, deretwegen nicht gekündigt werden darf.
- 252 Diese "verbotenen Gründe" finden sich in Art. 336 OR aufgezählt²². Die Aufzählung ist indessen nicht abschliessend. Mit der Aufzählung hat der Gesetzgeber den Missbrauch konkretisiert und für die entsprechende Wertung Massstäbe gesetzt.
- 253 **Verfahren:** Wird ein Kündigungsschutz nur gewährt, wenn die Kündigung aus bestimmten Gründen ausgesprochen worden ist, so ist das Kennen der Kündigungsgründe von entscheidender Bedeutung. Art. 335 Abs. 2 OR bestimmt deshalb, dass der Kündigende die Kündigung auf Verlangen der anderen Partei schriftlich begründen muss.
- 254 **Sanktion:** Die Missbräuchlichkeit einer Kündigung hat nicht deren Ungültigkeit zur Folge. Der Gesetzgeber hat bewusst von einer Verpflichtung abgesehen, das Arbeitsverhältnis fortzuführen. Die Sanktion liegt vielmehr in einer *Entschädigungspflicht* des Arbeitgebers (Art. 336a Abs. 1 OR). Das Gericht hat der missbräuchlich gekündigten Partei eine Art Privatbusse zuzusprechen, die maximal sechs Monatslöhne betragen darf und auch geschuldet ist, wenn kein Schaden nachgewiesen werden kann (Art. 336a Abs. 2 erster Satz OR).
- 255 Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich, dass die Strafzahlungen aus missbräuchlicher Kündigung und aus ungerechtfertigter fristloser Kündigung nicht kumuliert werden können.
- 256 **Vereitelung von Ansprüchen oder Geltendmachung von Ansprüchen nach Treu und Glauben:** Gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. c OR ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird, "ausschliesslich um die Entstehung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln". Das "ausschliesslich" (französisch: "seulement") ist erst in der parlamentarischen Beratung eingefügt worden. Es erschwert den Beweis des entsprechenden Tatbestandes. Lit. d der gleichen Norm sieht einen Missbrauchstatbestand sodann in der sogenannten Rachekündigung, wenn nämlich die Kündigung erfolgt ist, weil die andere Partei Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht.
- 257 **Beweislast:** Beinahe in jedem Streit um die Missbräuchlichkeit ist es auch um den Beweis des wahren Kündigungsgrundes gegangen. Für den Arbeitnehmer ist es in der Regel schwierig, die wahren Beweggründe des Arbeitgebers für die Kündigung nachzuweisen. Die Praxis hat deshalb gewisse Beweiserleichterungen vorgenommen. Gegenstand des Beweises ist die Kausalität zwischen einem in Art. 336 OR aufgeführten Tatbestand und der Kündigung. Der missbräuchliche Grund muss für die Kündigung entscheidend gewesen sein.
- 258 Gelingt es dem Arbeitnehmer, Tatsachen nachzuweisen, die aufzeigen, dass die Kündigung nach der Geltendmachung eines Anspruchs erfolgt ist, so kann das Gericht die Missbräuchlichkeit annehmen. Es ist sodann am Arbeitgeber selber, die Umstände darzutun, die diese Vermutung umstossen.

²² Vgl. Ziff. 236.

4. Arbeitsvertragliche Konkurrenzverbote

- 259 Manche Unternehmen verdanken kommerziellen Erfolg und Stellung im Markt ihren besonderen, hausinternen Kenntnissen und Fähigkeiten: Sie haben Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, die ihnen eine besonders rasche, kostengünstige und zuverlässige Bedienung der Kundschaft erlauben, oder sie haben Absatzkanäle und Kundenbedürfnisse entdeckt, von denen die Konkurrenz nichts weiss. Wenn ein Unternehmer mit solchem besonderem Know How Leute anstellt und in die Geheimnisse seines Geschäftes einweicht, verspürt er das Bedürfnis, ihnen die Verpflichtung aufzuerlegen, diese Geheimnisse nicht der Konkurrenz zuzutragen (oder, was auf das gleiche herauskommt, unter Ausnützung dieser Geheimnisse sich selbständig zu machen und den Unternehmer auf eigene Rechnung zu konkurrenzieren).
- 260 Für die Dauer des Arbeitsverhältnisses ergeben sich diese Geheimhaltungs- und Konkurrenzenthaltungspflichten für sämtliche Arbeitnehmer unmittelbar aus dem Gesetz. Art. 321a Abs. 3 und 4 OR schreibt vor:

Art. 321a OR: Sorgfalts- und Treuepflicht

3 Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses darf der Arbeitnehmer keine Arbeit gegen Entgelt für einen Dritten leisten, soweit er dadurch seine Treuepflicht verletzt, insbesondere den Arbeitgeber konkurrenziert.

4 Der Arbeitnehmer darf geheimzuhaltende Tatsachen, wie namentlich Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, von denen er im Dienst des Arbeitgebers Kenntnis erlangt, während des Arbeitsverhältnisses nicht verwerten oder anderen mitteilen; auch nach dessen Beendigung bleibt er zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit es zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist.

- 261 Art. 321a Abs. 4 letzter Satz wirkt zwar über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus. Aber diese Bestimmung ist kein Konkurrenzverbot, sondern lediglich ein Verschwiegenheitsgebot. Auch das gesetzliche Verschwiegenheitsgebot ist kein unbedingtes. Es gilt nur, "soweit es zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist". Mit dieser Gesetzesbestimmung sind die Interessen des Arbeitgebers in manchen Fällen nicht hinreichend geschützt. Wechselt einer seiner leitenden Angestellten, der von Geschäftsgeheimnissen Kenntnis hat, zur Konkurrenz, und behauptet dieser Angestellte anschliessend, er werde allen geheimen Know How seines bisherigen Arbeitgebers für sich behalten und lediglich den nicht-geheimen Know How und seine höchstpersönlichen beruflichen Fähigkeiten dem neuen Arbeitgeber zur Verfügung stellen, so wird der bisherige Arbeitgeber eine solche Beteuerung zwar kaum glauben, aber er kann nicht viel machen. Der Beweis wird ihm voraussichtlich misslingen, dass der Angestellte geheimen Know How verraten habe. Laut Gesetz müsste er zudem noch beweisen, dass dieser Verrat ihn in seinen berechtigten Interessen verletzt. Stellt der bisherige Arbeitgeber zudem in Rechnung, dass ein Gerichtsverfahren gegen seinen abtrünnigen Angestellten durch alle Instanzen hindurch 3-5 Jahre dauert und ihm am Schluss bestenfalls eine kleine Schadenersatzsumme bringen wird, so drängt sich die Erkenntnis auf, dass ihm Art. 321a OR keinen wirklichen Schutz gewährt.
- 262 Aus diesem Grund lassen manche Arbeitgeber ihre leitenden Angestellten in den Arbeitsverträgen schriftliche Konkurrenzenthaltungsklauseln (arbeitsvertragliche Konkurrenzverbote) unterzeichnen.

- 263 Solche Konkurrenzverbote dürfen jedoch nicht dazu führen, dass der Arbeitnehmer nach einem allfälligen Ausscheiden aus der Firma des jetzigen Arbeitgebers wirtschaftlich geknebelt ist. Es darf ihm also durch ein arbeitsvertragliches Konkurrenzverbot nicht verunmöglicht werden, auch später in seinem erlernten Beruf tätig zu sein.
- 264 Der Gesetzgeber hat sich bemüht, mit ausführlichen Bestimmungen zwischen den berechtigten Interessen des Arbeitgebers an der Bewahrung seiner Geheimnisse und den ebenso berechtigten Interessen des Arbeitnehmers an beruflicher Freizügigkeit einen Kompromiss zu finden (Art. 340, 340a, 340b, 340c OR). Diese Kompromiss sieht folgendermassen aus:
- a) Konkurrenzverbote können gültig nur mit solchen Arbeitnehmern vereinbart werden, die "Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse" des Arbeitgebers erhalten (Art. 340 Abs. 2 OR). - Für Arbeiter und untere Angestellte trifft dies in der Regel nicht zu. In ihren Arbeitsverträgen finden sich demgemäss normalerweise keine Konkurrenzverbote.
- b) Das Konkurrenzverbot ist "nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen zu begrenzen" (Art. 340a Abs. 1 OR). - Örtliche Begrenzung bedeutet, dass dem Arbeitnehmer lediglich verboten werden soll, in der gleichen Ortschaft oder im gleichen Kanton oder in der gleichen Region konkurrenzierend tätig zu sein. Bei Unternehmungen, welche ihre Produkte in die ganze Schweiz liefern und auch exportieren, findet man häufig Konkurrenzverbote "für die ganze Schweiz und das Fürstentum Liechtenstein". Ob der geographische Wirkungsbereich eines Konkurrenzverbotes noch zulässig ist, oder ob er zu weit geht, ist im Einzelfall zu entscheiden unter Würdigung der besonderen Marktverhältnisse für die betreffenden Produkte und Dienstleistungen, andererseits aufgrund der Frage, ob dem Arbeitnehmer ein Ausweichen ins Ausland zugemutet werden kann, wenn er weiterhin in seinem erlernten Beruf tätig sein will. Konkurrenzverbote "für ganz Europa" gehen mit Sicherheit immer zu weit.
- 265 Die zeitliche Begrenzung wird im Gesetz selber angedeutet: Ein Konkurrenzverbot darf höchstens drei Jahre nach Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Dienst des bisherigen Arbeitgebers dauern (in extremen Ausnahmefällen, deren Rechtfertigung der Arbeitgeber zu beweisen hätte, vielleicht auch länger). - In der Praxis lauten die meisten Konkurrenzverbote auf zwei Jahre.
- 266 Die Begrenzung nach dem Gegenstand erfordert eine möglichst genaue Umschreibung jener Tätigkeit, die der Arbeitnehmer nicht konkurrenzierend ausüben darf. Mancher Arbeitgeber hat einen oder zwei Hauptkonkurrenten, gegenüber welchen er seine Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse besonders sorgsam in Acht nimmt. Wenn ihm der Wechsel eines Geheimnisträgers aus dem eigenen Betrieb zu einem dieser Konkurrenten besonders weh täte, wird er im Konkurrenzverbot die betreffenden Konkurrenzfirmen namentlich aufführen, zu denen der Geheimnisträger während zwei oder drei Jahren seit seinem Weggang nicht hinüberwechseln darf.
- 267 Zur Durchsetzung des Konkurrenzverbotes gibt es verschiedene Möglichkeiten, nämlich aufgrund des OR und des UWG (Gesetz über den unlauteren Wettbewerb).
- 268 Die obligationenrechtlichen Möglichkeiten sind die folgenden:

a) **Schadenersatz:** Verletzt der Arbeitnehmer das Konkurrenzverbot, so wird er schadenersatzpflichtig (Art. 340b Abs. 1 OR). - Das hilft dem verletzten Unternehmer kaum etwas, weil der Nachweis eines Schadens (Umsatz- und Ertragseinbusse infolge des Geheimnisverrats des abtrünnigen Geheimnisträgers) praktisch nie bewiesen und erst recht nicht betragsmässig beziffert werden kann. Stellt der Unternehmer zudem die Verfahrensdauer eines Schadenersatzprozesses (3-5 Jahre) in Rechnung, so wird er den gesetzlichen Schadenersatzanspruch rasch als eine Nonvaleur erkennen.

b) **Konventionalstrafe:** Gleichzeitig mit dem Konkurrenzverbot kann vertraglich vereinbart werden, dass jede Verletzung den abtrünnigen Arbeitnehmer zur Bezahlung einer bestimmten Geldsumme als Konventionalstrafe verpflichtet. Diese Absprache enthebt den bisherigen Arbeitgeber vom Schadensnachweis. Immerhin muss die Konventionalstrafe in einem vernünftigen Rahmen bleiben, und zwar sowohl bezüglich der finanziellen Verhältnisse des Arbeitnehmers (sie darf ihn nicht völlig ruinieren) als auch bezüglich der Schadensrisiken des bisherigen Arbeitgebers. Für Geheimnisverletzungen, die ihm schlimmstenfalls eine Umsatzeinbusse von CHF 100'000.-- während einer kurzen Zeit verursachen, kann keine Konventionalstrafe von einer halben Million vereinbart werden. Ist die vertragliche Konventionalstrafe übersetzt, so kann der Arbeitnehmer sie im Streitfall durch das Gericht angemessen herabsetzen lassen.

c) **Unterlassungsanspruch:** Vertraglich kann ausdrücklich festgelegt werden, dass der bisherige Arbeitgeber vom abtrünnigen Geheimnisträger nicht nur Schadenersatz und/oder Konventionalstrafe, sondern auch die Unterlassung der konkurrenzierenden Tätigkeit fordern und gerichtlich durchsetzen kann. Der verletzte Arbeitgeber wird im Prozess also das Rechtsbegehren an das Gericht stellen, "es sei dem bisherigen Arbeitnehmer X zu verbieten, weiterhin für die Konkurrenzfirma Y tätig zu sein, unter Strafandrohung für den Widerhandlungsfall ..."

269 Gemäss UWG, d.h. wegen unlauteren Wettbewerbs, kann das in seinen Geheimhaltungsinteressen verletzte Unternehmen aber auch gegen den neuen Arbeitgeber des abtrünnigen Geheimnisträgers gerichtlich vorgehen. Die Klage stützt sich auf Art. 4 und 6 UWG, im besonderen auf folgende Bestimmungen:

Art. 4 UWG: Verleitung zu Vertragsverletzung oder -auflösung

Unlauter handelt insbesondere, wer:

...

c) Arbeitnehmer zum Verrat ... von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen ihres Arbeitgebers verleitet ...

Art. 6 UWG: Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen

Unlauter handelt insbesondere, wer Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse, die er ... unrechtmässig erfahren hat, verwertet ...

270 Der neue Arbeitgeber der aus der Verletzung des Konkurrenzverbotes seitens des angeheuerten, abtrünnigen Geheimnisträgers eigene Vorteile zieht, handelt also unlauter.

- 271 Ein Konkurrenzverbot wird von Anfang an wirkungslos, wenn der bisherige Arbeitgeber selber schuld daran ist, dass ihn ein Geheimnisträger verlässt. Wer einen Geheimnisträger ohne begründeten Anlass vor die Tür stellt, muss akzeptieren, dass dieser am nächsten Tag bei der Konkurrenz eine Stelle antritt.

Dies ergibt sich aus Art. 340c Abs. 2 OR:

"Das Verbot fällt ferner dahin, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass ihm der Arbeitnehmer dazu begründeten Anlass gegeben hat, oder wenn es dieser aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass auflöst."

- 272 Diese Gesetzesbestimmung zwingt den Arbeitgeber dazu, die Geheimnisträger, an deren Firmentreue ihm besonders liegt, mit Samthandschuhen anzufassen. Gerade wenn die persönlichen Beziehungen zu einem Geheimnisträger nicht mehr die besten sind, muss der Arbeitgeber auf der Hut sein, nichts zu sagen oder zu tun, was dem Angestellten "begründeten Anlass" zur Kündigung geben und ihm erlauben würde, den Kopf aus der Schlinge des Konkurrenzverbots herauszuziehen.

5. Gesamtarbeitsvertrag; Normalarbeitsvertrag

- 273 Der Gesamtarbeitsvertrag (GAV) ist ein Institut, dessen gesetzliche Grundlage sich in den Art. 356-358 OR findet. Es handelt sich um eine Vereinbarung zwischen Arbeitgebern oder Arbeitgeberverbänden einerseits, Arbeitnehmerverbänden (Gewerkschaften) andererseits. Um sich Inhalt und Wirkungen eines GAV anschaulich vorzustellen, denke man sich ein Rechteck, an dessen vier Ecken die beteiligten Parteien stehen, nämlich links oben ein Arbeitgeberverband und rechts oben eine Gewerkschaft, links unten ein einzelner Arbeitgeber, rechts unten ein einzelner Arbeitnehmer. Der GAV regelt nun zunächst gewisse Beziehungen zwischen den beteiligten Verbänden, d.h. auf der oberen Horizontallinie. Hier geht es um gegenseitige Rechte und Pflichten der Verbände, namentlich bezüglich Durchsetzung des GAV bei ihren Mitgliedern, Kündigung des GAV, Anschluss weiterer Arbeitgeber etc.
- 274 Der GAV regelt sodann in Einzelheiten, für alle vom GAV betroffenen Arbeitsverhältnisse einheitlich, die individuellen Arbeitsvertragsbedingungen zwischen den angeschlossenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Es handelt sich um jene Rechtsbeziehungen, die in unserem Rechteck auf der unteren Horizontallinie liegen. Hier bildet der GAV gewissermassen das "Gesetz" für die einzelnen Arbeitsverhältnisse. Was der GAV diesbezüglich vorschreibt, das nennt man seine "normativen Bestimmungen". Manche GAV enthalten einlässliche Lohntarife samt Mindestlöhnen für verschiedene Arbeitnehmerkategorien, detaillierte Ferien-, Arbeits- und Freizeitvorschriften, Kündigungsfristen etc.
- 275 Der GAV enthält ferner oft Bestimmungen über die Beziehungen zwischen den Verbänden und ihren Mitgliedern, d.h. bezüglich der GAV-Disziplin der Verbandsmitglieder gegenüber ihren Verbänden. Diese Rechtsbeziehungen mag man sich auf den beiden Vertikallinien des Rechtecks dargestellt denken.
- 276 Schliesslich kann noch eine Diagonale von rechts oben nach links unten gezogen werden: Rechte der Gewerkschaft gegenüber einem einzelnen Arbeitgeber, beispielsweise auf gewerkschaftliche Vertretung in der Betriebskommission einer Firma.

- 277 Die in der Schweiz bestehenden GAV enthalten häufig die Bestimmung, wonach während der Gültigkeit des GAV den Arbeitnehmern jeglicher Streik untersagt ist (Pflicht zum Arbeitsfrieden; Art. 357a OR).
- 278 Die Abneigung des Schweizer gegenüber dem Streik darf als eine der tragenden Säulen unserer volkswirtschaftlichen Prosperität bezeichnet werden. Ausländische Streik-Gepflogenheiten tragen zuweilen den Charakter des Erpresserischen, Unmoralischen, und zwar dann, wenn die zum Streik aufrufende Gewerkschaft Zeitpunkt und Umfang des Streiks planmässig so wählt, dass der Streik gravierende Drittwirkungen hat (Bestreiken von Baustellen unmittelbar vor einer Fussball-WM mit dem Ziel, die WM zu torpedieren, falls die Arbeitgeber nicht nachgeben). - In der Regel gibt es keine Haftung für solche Streik-Folgeschäden, weder zulasten der Gewerkschaft noch der streikenden Arbeitnehmer. Der von solchen Streikfolgen unschuldig betroffene Dritte muss seinen Schaden wie eine Naturkatastrophe selber tragen. - In der Schweiz ist Derartiges bis heute glücklicherweise unbekannt.
- 279 Aufgrund eines besonderen Bundesgesetzes (BG über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956) kann ein GAV, auf Antrag der beteiligten Verbände, durch staatliche Organe allgemeinverbindlich erklärt werden. Dann erhält er für alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer der betreffenden Branche gewissermassen Gesetzeskraft. Die Allgemeinverbindlicherklärung von GAV hat sich nicht eingebürgert. Aber auch ohne staatlichen Segen haben die wichtigeren GAV eine praktisch umfassende Wirkung. Die beteiligten Verbände ziehen es vor, unter sich zu bleiben und den Staat nicht mit ins Spiel zu ziehen.
- 280 Abweichungen von einem GAV im individuellen Arbeitsvertrag sind nur nach dem Günstigkeitsprinzip, d.h. zugunsten des Arbeitnehmers zulässig.
- 281 Der Normalarbeitsvertrag (NAV) ist in den Art. 359, 359a und 360 OR geregelt. Er hat in der schweizerischen Wirtschaft, im Gegensatz zum GAV, keine grössere Bedeutung erlangt. Normalarbeitsverträge sind staatlich in Kraft gesetzte Regeln, die als dispositives Recht die individuellen Arbeitsverhältnisse einer bestimmten Branche normieren. Der NAV kommt also nur zur Anwendung, soweit Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Einzelfall nichts anderes abmachen.

6. Personalvorsorge

- 282 Bis etwa zum Jahr 1920 betrachtete man es als Sache des Arbeitnehmers, von seinem laufenden Einkommen so viel zu ersparen, dass er in kranken und alten Tagen nicht der Allgemeinheit zur Last fiel.
- 283 Nach dem Ersten Weltkrieg entwickelte sich in der Schweiz langsam das Bewusstsein, Krankheit, Invalidität und altersbedingte Arbeitsunfähigkeit seien nicht nur das Problem des Arbeitnehmers, sondern seien Belange, für welche auch der Arbeitgeber Verantwortung trage. Manche Firmen schufen Personalvorsorgeeinrichtungen und sorgten dafür, dass ihren ehemaligen Mitarbeitern im Falle der Erwerbsunfähigkeit Renten bis ans Lebensende zuflossen.
- 284 1948 trat die eidgenössische AHV in Kraft. Es handelt sich um eine staatlich getragene Rentenversicherung, die in einem Minimalumfang allen Arbeitnehmern unterschieds-

los zukommt. Die AHV ist aber keine "Volkspension", indem sie nicht den vollen Lebensbedarf, ja nicht einmal das Existenzminimum abdeckt.

- 285 Seit dem Zweiten Weltkrieg gab es immer grössere Diskrepanzen zwischen unternehmerischen (privaten) Personalvorsorgeeinrichtungen, welche grosszügige Leistungen vorsahen, und Arbeitgebern, die weiterhin überhaupt keine, oder nur eine ganz bescheidene Personalvorsorge für ihre Mitarbeiter schufen. Seit 1970 nahm sich der Bundesgesetzgeber des Problems an und arbeitete eine Gesetzgebung aus, welche sämtliche Arbeitgeber in der Schweiz zur Einrichtung der Personalvorsorge für ihre Mitarbeiter verpflichtete. Nach langem politischem Hin und Her ist das Bundesgesetz über die berufliche Vorsorge (BVG) am 1. Januar 1985 in Kraft getreten. Seit jenem Zeitpunkt müssen sämtliche Arbeitgeber in der Schweiz ihre sämtlichen hiesigen Mitarbeiter so versichern, dass diese bei Erwerbsunfähigkeit wegen Invalidität oder Alter eine gewisse materielle Sicherheit haben. Für überlebende Ehegatten und minderjährige Kinder müssen Witwen- und Waisenrenten versichert werden. Bereits hier sei jedoch folgendes festgehalten:
- 286 Das BVG ist von der gesetzgeberischen Absicht her positiv zu beurteilen. Unter dem Gesichtswinkel der Gesetzgebungstechnik verdient es hingegen schlechte Noten. Das Gesetz regelt zu viele Einzelheiten und zwingt die Unternehmungen und die mit der Gesetzesdurchführung betrauten Organe zum Aufbau eines Apparats und einer Bürokratie, welche dem Regelungsziel unangemessen ist und bei einer etwas vernünftigeren legislatorischen Behandlung durchaus vermeidbar geblieben wäre. Das vom BVG eingeführte Prinzip der kalkulatorischen Altersgutschriften (die mit den tatsächlich geleisteten Prämien nicht übereinzustimmen brauchen) ist für den einfachen Bürger unverständlich. Der durchschnittliche Arbeitnehmer vermag weder die kalkulatorischen Mechanismen des Gesetzes zu durchschauen noch merkt er, ob und wann ihn seine Pensionskasse und sein Arbeitgeber übervorteilen. Erst recht bleibt ihm verborgen, ob solche Übervorteilung im Rahmen der gesetzlichen Gestaltungsmöglichkeit bleibt oder ob eine Rechtswidrigkeit vorliegt. Ein so kompliziertes Gesetz wie das BVG leistet, wie alle komplizierten Gesetze, insofern der Ungerechtigkeit Vorschub, als die Professionellen der Vorsorgebranche (Pensionskassenverwalter, Personalchefs in den Firmen, Experten für berufliche Vorsorge) in sorgfältiger Erkundung alle gesetzlichen Möglichkeiten recherchieren und anwenden, um für den Arbeitgeber und die Pensionskasse einseitige Vorteile herauszuholen - ohne dass der einzelne Arbeitnehmer das merken kann. Das BVG schafft mit der Kompliziertheit und Unübersichtlichkeit seiner Regelungen zudem die Versuchung, dass sich die Experten persönlich bereichern, wo sie dazu eine Möglichkeit sehen, und zwar zum Nachteil der Versicherten, die dies nicht merken können. Die staatliche BVB-Aufsicht ist gegen solche Piraterie weitgehend machtlos. Die Versuchung zu illegaler Selbstbereicherung ist erheblich, da es in BVG-Sachen fast immer um sehr, sehr viel Geld geht (zur Zeit verwalten die Vorsorgeeinrichtungen in der Schweiz angesparte Alterskapitalien von mehr als 500 Milliarden CHF).

7. Gleicher Lohn für Mann und Frau (Art. 8 Abs. 3 BV)

- 287 Art. 8 Abs. 3 BV lautet:

"Mann und Frau sind gleichberechtigt. Das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit. Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit."

- 288 Der Gesetzgeber hat den in dieser Bestimmung enthaltenen Gesetzgebungsauftrag mit dem Erlass des Gleichstellungsgesetzes (GIG)²³ erfüllt, allerdings nur teilweise, nämlich mit Bezug auf den beschränkten Bereich des *Berufslebens*. Das Thema des GIG ist ausschliesslich die geschlechtsbedingte Diskriminierung *am Arbeitsplatz*.
- 289 Die materiellen Bestimmungen des GIG gelten für Arbeitsverhältnisse nach Obligationenrecht sowie für alle öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnisse in Bund, Kantonen und Gemeinden (Art. 2 GIG). Das GIG zählt somit zu den *zwingenden Vorschriften des privaten Arbeitsrechts* sowie zum *zwingenden bundesrechtlichen öffentlichen Dienstrecht*.

a) Der Tatbestand der Geschlechtsdiskriminierung im Beruf

aa) Direkte und indirekte Diskriminierung

- 290 Kern des Gesetzes ist das generelle Diskriminierungsverbot von Art. 3 Abs. 1 GIG. Es besagt, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden dürfen.
- 291 In der praktischen Anwendung bedeutet das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung, dass der Arbeitgeber bei einer allfälligen unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht auf das Kriterium des Geschlechts abstellen darf, es sei denn, dies sei im Einzelfall aus besonderen Gründen gerechtfertigt.
- 292 Im *privaten Arbeitsrecht* ist es dem Arbeitgeber grundsätzlich unbenommen, mit verschiedenen Angestellten unterschiedlich günstige Arbeitsverträge abzuschliessen. Eine in diesem Sinne unterschiedliche Behandlung ist aufgrund des Gleichstellungsgesetzes allerdings verboten, wenn dabei ein Geschlecht gegenüber dem anderen direkt oder indirekt benachteiligt wird.
- 293 Unter *direkter Diskriminierung* wird der Fall verstanden, in welchem ein Arbeitgeber im Hinblick auf eine konkrete Ungleichbehandlung direkt auf das Geschlecht der Angestellten abstellt (z.B. niedrigere Stundenlöhne für Frauen) oder auf Kriterien abstellt, welche von vorneherein nur von den Angehörigen des einen Geschlechts erfüllt werden können (z.B. niedrigere Stundenlöhne für schwangere Personen).
- 294 Unter einer *indirekten Diskriminierung* wird das Abstellen auf ein formal geschlechtsunabhängiges Kriterium verstanden, die die Angehörigen des einen Geschlechts häufiger oder intensiver betrifft als die Angehörigen des anderen Geschlechts. Das typische Beispiel für eine indirekte Diskriminierung sind niedrigere Stundenlöhne für Teilzeitanestellte, da Frauen verhältnismässig häufiger Teilzeitarbeit verrichten als Männer.

²³ Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (GIG) vom 24. März 1995, SR 151, in Kraft seit 01. Juli 1996.

bb) Rechtfertigungsgründe

- 295 Eine auf das Geschlecht abstellende Ungleichbehandlung stellt keine Diskriminierung dar, wenn diese aus besonderen Gründen gerechtfertigt ist. In diesem Sinne ist etwa denkbar, dass in der Damenkonfektionsabteilung eines Warenhauses generell nur weibliche Angestellte beschäftigt werden.

cc) Bereiche der Diskriminierung

- 296 Das Diskriminierungsverbot bezieht sich auf alle Aspekte des Arbeitsverhältnisses, namentlich auf die Anstellung, die Aufgabenzuteilung, die Gestaltung der Arbeitsbedingungen, die Entlohnung, die Aus- und Weiterbildung, die Beförderung und die Entlassung.
- 297 Das Diskriminierungsverbot betrifft grundsätzlich auch die Altersgrenze. Aber da das Bundesgesetz über die AHV noch immer unterschiedliche Regeln für Männer und Frauen kennt, bestehen diesbezüglich weiterhin Unterschiede. Das Gleichstellungsgesetz hat nicht die Kraft, die in der AHV-Gesetzgebung verankerte Geschlechterdiskriminierung zu überwinden; dies wird erst dann geschehen, wenn künftig einmal die AHV-Gesetzgebung geschlechtsneutral ausgestaltet sein wird.

dd) Lohndiskriminierung im Besonderen

- 298 Im Bereich der Lohngleichheit hat sich bereits eine reichhaltige Gerichtspraxis entwickelt. Es kommt häufig vor, dass ein Arbeitgeber mit verschiedenen Arbeitnehmern unterschiedlich günstige Arbeitsverträge abschliesst. In einer solchen Situation wird verlangt, dass der Arbeitgeber allfällige Lohnunterschiede zwischen einzelnen Mitarbeitern oder einzelnen Mitarbeiterkategorien mit geschlechtsunabhängigen Kriterien begründen kann. Lohnunterschiede zwischen Männern und Frauen, welche nicht begründet werden können, oder welche nur mit geschlechtsspezifischen Kriterien begründet werden können, gelten als unzulässige Diskriminierung. Dies spielt namentlich bei Grossbetrieben und bei öffentlichrechtlichen Arbeitgebern eine Rolle, welche ihre Löhne aufgrund standardisierter Arbeitsplatzbewertungssysteme im Rahmen einer Lohnklassenordnung festlegen. Solche Bewertungssysteme enthalten zuweilen diskriminierende Elemente, indem z.B. typische Frauenberufe mit relativ tiefer Entlohnung (z.B. Kindergärtnerinnen oder Krankenschwestern) ungerechtfertigterweise weniger anforderungsreich eingeschätzt und dementsprechend tiefer entlohnt werden als vergleichbare Berufskategorien, die traditionellerweise Männerdomänen sind. Die in einer solchen Konstellation enthaltene indirekte Diskriminierung liegt darin, dass von einer objektiv nicht nachvollziehbaren Unterbewertung eines typischen Frauenberufs aus statistischen Gründen überwiegend Frauen betroffen sind.

b) Rechtsfolgen einer Diskriminierung

- 299 Art. 5 Abs. 1 GlG lautet:

Wer von einer Diskriminierung im Sinne der Artikel 3 und 4 betroffen ist, kann dem Gericht oder der Verwaltungsbehörde beantragen:

- a. eine drohende Diskriminierung zu verbieten oder zu unterlassen;*
- b. eine bestehende Diskriminierung zu beseitigen;*

- c. *eine Diskriminierung festzustellen, wenn diese sich weiterhin störend auswirkt;*
- d. *die Zahlung des geschuldeten Lohns anzuordnen.*

- 300 Die vorgesehenen Rechtsbehelfe entsprechen weitgehend den sich aus einer Verletzung der Persönlichkeit ergebenden Rechtsansprüchen (Art. 28a Abs. 1 ZGB). Daraus wird ersichtlich, dass der Diskriminierungstatbestand in rechtssystematischer Hinsicht als Spezialfall der Persönlichkeitsverletzung angesehen werden kann.
- 301 Aus praktischen Gründen statuiert Art. 5 Abs. 2 GIG: "*Besteht die Diskriminierung in der Ablehnung einer Anstellung oder in der Kündigung eines obligationenrechtlichen Arbeitsverhältnisses, so hat die betroffene Person lediglich Anspruch auf eine Entschädigung.*"
- 302 Der in der Praxis weitaus wichtigste Fall ist derjenige der Lohndiskriminierung. Nach der Praxis des Bundesgerichts führt eine Lohndiskriminierung dazu, dass der als zu tief empfundene Lohn entsprechend erhöht werden muss, und zwar (entsprechend der Verjährungsfrist von Art. 128 Ziff. 3 OR) *rückwirkend für die letzten fünf Jahre vor dem Datum der Klageeinreichung.*

c) Beweislast erleichterung

- 303 Neben den materiellen Regelungen enthält das GIG wichtige Verfahrensvorschriften. Von fundamentaler Bedeutung ist die Beweislast erleichterung des Art. 6. Diese Bestimmung besagt, dass eine Diskriminierung *vermutet* wird, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird. Namentlich im Bereich der Lohndiskriminierung bedeutet dies, dass der blosser Umstand, dass zwei Personen verschiedenen Geschlechts in vergleichbarer Stellung unterschiedlich entlohnt werden, dazu führt, dass von Gesetzes wegen das Vorliegen einer Diskriminierung vermutet wird und der Arbeitgeber deshalb die Rechtmässigkeit seiner Entlohnungspraxis beweisen muss.
- 304 Der Nachweis einer nichtdiskriminierenden Unterscheidung setzt voraus, dass die objektiven Gründe, die für eine tiefere Besoldung geltend gemacht werden, auch zwischen den von Männern besetzten Vergleichsfunktionen zu entsprechenden Besoldungsunterschieden geführt haben²⁴. Aufgrund dieser Regelung ist es für ein Unternehmen empfehlenswert, die Gründe allfälliger Lohnunterschiede (d.h. die Protokolle der Bewerbungs- und Beurteilungsgespräche, das Pflichtenheft, die interne Aufgabenteilung etc.) in den Personalakten genau zu dokumentieren.

C. Werkvertrag

1. Begriff

- 305 Das OR definiert den Werkvertrag in Art. 363 folgendermassen:

"Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung."

²⁴ Vgl. Urteil des Verwaltungsgerichtes ZH vom 13. Mai 1998, ZBl 99 (1998), S. 480 ff.

- 306 Zur Abgrenzung des Werkvertrags vom Kaufvertrag vgl. vorn, Ziff. 10 ff. Zur Abgrenzung vom Auftrag vgl. Ziff. 220 ff.

2. Unterschiedliche Gewährleistung bei Werkvertrag und Kaufvertrag

- 307 Wie bereits erwähnt hat der Käufer zwei Mängelrechte zur Wahl, nämlich die Minderung und die Wandelung. Der Verkäufer hat kein Nachbesserungsrecht (im Sinne einer Befugnis, die für den Verkäufer lästige Minderung oder Wandelung abzuwenden durch das Angebot, die defekte Kaufsache zu reparieren), es sei denn, er habe sich ein solches (etwa durch Abgabe eines Garantiescheins) vertraglich ausbedungen. Hinter der kaufrechtlichen Regelung steht der Gedanke, dass der Verkäufer die mangelhafte Sache, die er infolge der Wandelung zurücknehmen muss, ebensogut anderweitig verkaufen kann.
- 308 Anders beim Werkvertrag. Hier arbeitet der Unternehmer für den Besteller und fertigt ein spezifisch auf dessen Bedürfnisse abgestimmtes Werk her. Müsste der Unternehmer das mangelhafte Werk zurücknehmen, so wäre es für ihn unbrauchbar, der Vertrag ein reiner Verlust. Das OR gewährt dem Besteller aus diesem Grund die Wandlungsmöglichkeit gegenüber dem Werk-Unternehmer nur ausnahmsweise:

"Art. 368 Abs. 1 OR:

Leidet das Werk an so erheblichen Mängeln oder weicht es sonst so sehr vom Vertrag ab, dass es für den Besteller unbrauchbar ist oder dass ihm die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann, so darf er diese Verweigern und bei Verschulden des Unternehmers Schadenersatz fordern."

- 309 Sind die Mängel nicht so erheblich, so gibt es nur die Werklohnminderung, ferner einen Nachbesserungsanspruch:

"Art. 368 Abs. 2 OR:

Sind die Mängel oder die Abweichungen vom Verträge minder erheblich, so kann der Besteller einen dem Minderwerte des Werkes entsprechenden Abzug am Lohne machen oder auch, sofern dieses dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht, die unentgeltliche Verbesserung des Werkes und bei Verschulden Schadenersatz verlangen."

3. Rücktrittsrecht des Bestellers nur bei besonderen Umständen

- 310 Der Besteller kann nur unter besonderen Umständen vorzeitig zurücktreten; das Gesetz sagt:

"Art. 366 Abs. 1 OR [voraussehbare Verspätung]:

Beginnt der Unternehmer das Werk nicht rechtzeitig oder verzögert er die Ausführung in vertragswidriger Weise oder ist er damit ohne Schuld des Bestellers so sehr im Rückstande, dass die rechtzeitige Vollendung nicht mehr vorauszusehen ist, so kann der Besteller, ohne den Lieferungstermin abzuwarten, vom Verträge zurücktreten."

"Art. 366 Abs. 2 OR [voraussehbare Schlechterfüllung]

Lässt sich während der Ausführung des Werkes eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung durch Verschulden des Unternehmers bestimmt voraussehen, so kann ihm der Besteller eine angemessene Frist zur Abhilfe ansetzen oder ansetzen lassen, mit der Androhung, dass im Unterlassungsfalle die Verbesserung oder die Fortführung des Werkes auf Gefahr und Kosten des Unternehmers einem Dritten übertragen werde."

311 Für den Werkvertrag sind also folgende Kerngedanken kennzeichnend:

- Ergebnisgarantie
- Gewährleistungspflicht der Unternehmers und Mängelrechte des Bestellers
- beidseitig feste vertragliche Bindung bis zur Ablieferung des Werkes; vorzeitiger Rücktritt des Bestellers nur in den Fällen von Art. 366 OR.

D. Auftrag

1. Begriff

312 Beim **Auftrag** verspricht der Beauftragte der Auftraggeberin das sorgfältige Tätigwerden zur Erledigung einer vertraglich festgelegten Aufgabe (z.B. ärztliche Behandlung zur Heilung eines Leidens des Patienten). Der Beauftragte schuldet der Auftraggeberin Rechenschaft (Auskunft) über alles, was er im Rahmen des Auftrags getan hat. Er hat der Auftraggeberin die Dinge herauszugeben, die er in Erfüllung des Auftrags für die Auftraggeberin erworben hat.

313 Die Auftraggeberin schuldet dem Beauftragen den Ersatz allfälliger Spesen und, sofern dies vereinbart oder üblich ist, ein Entgelt. Das Entgelt des Beauftragen heisst Honorar.

314 Gemäss Art. 404 OR kann der Auftrag von jedem Teile jederzeit widerrufen oder gekündigt werden; jedoch darf die Vertragsaufhebung nicht zur Unzeit erfolgen. Das bedeutet beispielsweise im Arzt-Patientenverhältnis, dass der Patient seinem Arzt jederzeit den Rücken kehren kann. Der Arzt hat in diesem Falle Anspruch auf ein Entgelt nur für die bis dahin geleisteten Dienste. Auch der Arzt kann den Vertrag jederzeit auflösen, jedoch nicht während einer Operation oder in einer anderen Situation, in der der Patient ohne die Hilfe dieses Arztes in eine Notlage käme; das wäre zur Unzeit.

2. Systemgläubigkeit des Gesetzgebers - der legislatorische Fehler von Art. 394 Abs. 2 OR

315 Das OR definiert den Auftrag in Art. 394 folgendermassen:

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

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

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

316 Die Kodifikation des Obligationenrechts und des ZGB entsprangen dem Glauben, das Privatrecht sei ein in sich abgeschlossenes, lückenloses System, welches in einem Gesetzbuch (einem "Kodex") ein für allemal festgeschrieben werden könne. Dieser Glaube hinwiederum führte zu soeben zitierten Gesetzesbestimmung von Art. 394 Abs. 2 OR, wonach alle Verträge auf Arbeitsleistung unter die Vorschriften über den Auftrag fallen, wenn sie nicht einem anderen gesetzlich geregelten Vertragstyp angehören.

317 Der Gesetzgeber meinte (irrtümlich), mit diesem Kunstgriff für alle denkbaren Verträge auf Arbeitsleistung einen gesetzlichen Ordnungsrahmen geschaffen zu haben. Was nicht Einzelarbeitsvertrag, Lehrvertrag, Handelsreisendenvertrag, Werkvertrag, Verlagsvertrag, Agenturvertrag, Mäklervertrag oder sonstwie ein gesetzlich geordneter, typischer Vertrag auf Arbeitsleistung ist, sei dann eben ein Auftrag. Der Vertragstyp des Auftrags wurde auf diese Weise zum Auffangtatbestand gemacht.

318 Der Gesetzgeber übersah dabei vor allem eines: Die jederzeitige, beidseitige Rücktrittsmöglichkeit des Auftraggebers und des Beauftragten gemäss Art. 404 OR passt nur für Rechtsverhältnisse, in denen das persönliche Vertrauen des Auftraggebers und die "Ehre" des Beauftragten wirklich eine entscheidende Rolle spielen. Hingegen dürfen alle auf Arbeitsleistung gerichteten Verträge, wo Vertrauen und Ehre nicht entscheidend sind, wegen Art. 404 OR nicht den Auftragsregeln unterstellt werden. Der Vertragstyp des Auftrags ist, wegen Art. 404 OR, ungeeignet, als Auffangtatbestand für beliebige Verträge auf Arbeitsleistung zu dienen.

319 Die fehlende (weil sachlich unmögliche) Ergebnisgarantie beim Auftrag schliesst nicht aus, dass der Beauftragte gewisse Dinge garantiert, insbesondere den zeitlichen Rahmen, innerhalb dessen er den Auftrag ausführt. Der Prozessanwalt garantiert die Einhaltung der prozessualen Fristen und seinen Auftritt während der gerichtlichen Hauptverhandlung, aber er garantiert nicht den Prozesssieg. Treten solche Beauftragte kurz vor dem entscheidenden Termin von ihrem Auftrag zurück, so handelt es sich um einen Rücktritt "zur Unzeit" im Sinne von Art. 404 Abs. 2 OR, was zur Schadenersatzpflicht führt.

3. Treuhand

320 Die Treuhand ist kein separates Vertragsverhältnis, sondern sie steht unter den Regeln über den einfachen Auftrag. Wegen der häufigen Verwendung des Wortes "Treuhand"

im Wirtschaftsleben und wegen der Bedeutung dieser Auftragsform wird sie an dieser Stelle besonders behandelt.

- 321 Die Treuhand kann verschiedenen Zwecken dienen. Vermeidung von Steuern und Tarnung des Treugebers sind die wichtigsten Zwecke, wobei unter Tarnung kein Mänoöver zu unlauteren Zwecken zu verstehen ist, sondern das blosses Zurücktreten einer Privatperson hinter einen professionellen Treuhänder, welcher die Geschäfte dieser Privatperson im Umgang mit anderen Professionals führt.
- 322 Für das Treuhandverhältnis sind folgende Elemente typisch: Der Auftraggeber (Treu-geber) beauftragt den Treuhänder, gewisse Dinge im Interesse und für Rechnung des Auftraggebers zu tun, ohne dieses Interesse und die Identität des Auftraggebers nach aussen offenzulegen, gegenüber Dritten vielmehr so zu tun, als handelte der Treuhänder für sich selbst. Häufigster Anwendungsbereich der Tarnungs-Treuhand ist die Verwaltung bestimmter Vermögensbestandteile (Wertschriften, Liegenschaften, Darlehen). Der Treuhänder kann sinnvoll nur solche Geschäfte führen, bei denen er weder besondere persönliche Fertigkeiten noch taktisches Geschick, Mut oder besonderen Arbeitseinsatz beweisen muss. Die Treuhand-Tätigkeit beschränkt sich also vorwiegend auf rein administrative Abläufe.
- 323 Rechtlich ist der Treuhänder Beauftragter. Das bedeutet, dass er die ihm treuhänderisch anvertrauten Vermögenswerte von seinem Treugeber entgegennimmt und instruktionsgemäss verwaltet (mit dem äusseren Anschein gegenüber Drittpersonen, es handle sich um eigene Vermögenswerte des Treuhänders), dass diese Vermögenswerte aber in Wirklichkeit stets das Eigentum des Treugebers bleiben.
- 324 Das Hauptvolumen der Treuhandgeschäfte liegt heute bei den Banken. Die sogenannten Treuhandgesellschaften befassen sich nur am Rande mit Treuhandgeschäften. Ihre Hauptaktivität liegt im Bereich der Beratung, namentlich der Steuerberatung, Managementberatung, ferner der Rechnungsprüfung (Revision) und der nicht-treuhänderischen Vermögensverwaltung.

E. Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 OR)

1. Die (echte) Geschäftsführung

- 325 Man könnte die Geschäftsführung ohne Auftrag (abgekürzt oft einfach "Geschäftsführung" genannt) auch als "spontane Hilfeleistung" bezeichnen, wenn man an den häufigsten Anwendungsfall dieses Rechtsverhältnisses denkt. Die Geschäftsführung ist das einzige *Vertragsverhältnis ohne Vertragsschluss* des schweizerischen Privatrechts. Wer im Gebirge einen Bewusstlosen findet; wer sieht, dass der Sturm das Hausdach seines ferienabwesenden Nachbarn beschädigt hat, fühlt sich moralisch verpflichtet, "ohne Auftrag" in fremde Angelegenheiten einzugreifen - fremde "Geschäfte zu führen". Wer so handelt, begründet von Gesetzes wegen, ohne Vertragsschluss, ein Vertragsverhältnis zu der Person, der die Hilfe zuteil wird. Er oder sie wird zum Geschäftsführer ohne Auftrag.
- 326 Der Geschäftsführer ohne Auftrag ist "*verpflichtet, das unternommene Geschäft so zu führen, wie es dem Vorteile und der mutmasslichen Absicht des anderen entspricht*" (Art. 419 OR). - Der Gesetzgeber war bei dieser Formulierung des Gesetzes bestrebt,

zwei gegenläufigen Tendenzen Rechnung zu tragen. Einerseits ist altruistische Hilfeleistung zu begrüssen. Andererseits ist eigenmächtige Einmischung in fremde Angelegenheiten unerwünscht. Die Voraussetzungen für die Geschäftsführung ohne Auftrag sind demgemäss die folgenden:

- a) Der Geschäftsführer tätigt ein fremdes Geschäft; wer in eigenem Namen für sich selber handelt, hat keine Ansprüche gegenüber einem "Geschäftsherrn";
- b) der Geschäftsführer handelt mit dem Willen, das Geschäft für einen andern zu führen;
- c) die Tätigkeit des Geschäftsführers liegt objektiv im Interesse des Geschäftsherrn und entspricht dessen mutmasslichem Willen; eine Handlung, die zwar vernünftig oder nützlich ist, nicht aber im Interesse des Geschäftsherrn liegt, berechtigt nicht zu Ansprüchen gegenüber dem Geschäftsherrn, ebensowenig eine Handlung, die gegen das ausdrückliche Verbot des Geschäftsherrn erfolgt.

327 Der Geschäftsführer hat, wie ein Beauftragter, Anspruch auf Ersatz aller Auslagen und allen Schadens, der ihm bei seiner Hilfeleistung entstand, sogar wenn sein Bemühen erfolglos war. Das Rechtsverhältnis zwischen Geschäftsführer (freiwilligem Helfer) und Geschäftsherrn (Mensch in Not, der momentan ausserstande ist, selber Hilfe zu organisieren oder darum zu bitten) ist von Gesetzes wegen ein vertragliches. Die finanzielle Schlussabrechnung zwischen den beiden erfolgt also nicht nach den Grundsätzen der unerlaubten Handlung oder der ungerechtfertigten Bereicherung. Da käme der Geschäftsführer regelmässig zu kurz. Immerhin hat der Geschäftsführer *kein Honorar* zugut, bloss Schadenersatz wegen Verdienstausfalls.

2. Unechte Geschäftsführung (Art. 423 OR)

- 328 Art. 423 OR regelt die sogenannte *unechte Geschäftsführung ohne Auftrag*, nämlich den Fall, in dem sich jemand eigenmächtig in fremde Belange einmischt, aber nicht etwa, um einer hilfsbedürftigen Person zu helfen, sondern aus egoistischen Motiven, nämlich um sich selber einen Vorteil zu verschaffen. Der unechte Geschäftsführer führt nach seinem eigenen Verständnis der Dinge also *seine eigenen Geschäfte*. Aber er tut es, indem er unbefugterweise in eine fremde Rechtssphäre eingreift.
- 329 Als Beispiel denke man sich jemanden, der die ungenutzte Remise seines Nachbarn ungefragt auf eigene Rechnung als Autoeinstellplatz an einen Dritten vermietet. Etwas weniger weit hergeholt ist das unbefugte Kopieren und der anschliessende Vertrieb von Software, die nach dem Willen des Herstellers nur gegen Lizenz kopiert werden darf oder die Verwendung des Porträtbilds eines berühmten Sportlers für Werbezwecke, ohne den Sportler vorher um Erlaubnis zu fragen.
- 330 Art. 423 Abs. 1 OR verpflichtet nun denjenigen, der in solcher Weise die Rechte eines andern verletzt, dem Verletzten den Gewinn abzuliefern, den er aus der verletzenden Tätigkeit erwirtschaftet hat.
- 331 Die Gewinnablieferungspflicht besteht zusätzlich zur Pflicht, einen allfälligen Schaden zu ersetzen. Aber in einzelnen der hier dargestellten Beispiele fehlt es an einem Schaden (so bei der Vermietung einer andernfalls ungenutzten Remise und bei der Wer-

bung mit dem Bild eines berühmten Sportlers), oder der Schaden lässt sich nicht nachweisen (so bei dem Vertrieb gefälschter Software). Denkt man an das Beispiel mit der Software, so ist es für den Verletzten kaum möglich, zu beweisen, dass er wegen der unbefugten Handlung des Verletzers einen bestimmten Minderumsatz und einen entsprechend kleineren Gewinn gemacht hat. Der entgangene Gewinn als Massstab des Schadenersatzes greift nicht richtig. Demgegenüber ist es einfacher, den Verletzer aufzufordern, seine (rechtswidrig erzielten) Umsätze bekannt zu geben und den darauf erzielten Gewinn an den Rechtsinhaber abzuliefern.

- 332 War der Verletzer *bösgläubig*, d.h. wusste er, dass er in fremde Rechte unbefugt eingegriffen hat, so gilt für die Verjährung seiner Gewinnherausgabepflicht Vertragsrecht, d.h. die allgemeine Regel von Art. 127 OR (zehnjährige Frist).
- 333 Demgegenüber hat der *gutgläubige unechte Geschäftsführer ohne Auftrag* mit dem Verletzten nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung abzurechnen²⁵. Die Testfrage lautet hier: Welchen Wert hat der Gutgläubige vom Verletzten bezogen? - Dabei geht es um den *objektiven Wert* der bezogenen Leistung. Für die Verjährung gilt Art. 67 OR (einjährige relative Frist, zehnjährige absolute Frist).
- 334 Wer also unbefugt, aber gutgläubig eine fremde Remise vermietet, hat dem Eigentümer Wertersatz in Höhe des quartierüblichen Mietzinses zu leisten, auch wenn die vom Dritten erzielte Miete höher war. Handelte der Vermieter bösgläubig, dann hat er die volle vom Dritten erzielte Miete an den Eigentümer herauszugeben. Wer fremde Software unbefugt nutzt, hat bei Gutgläubigkeit eine Entschädigung in Höhe einer branchenüblichen Lizenz, bei Bösgläubigkeit den mit der Software erwirtschafteten Gewinn herauszugeben.
- 335 Veräussert jemand unbefugt eine fremde Sache, die ihm anvertraut war, etwa das von einer Bibliothek ausgeliehene Buch, so begeht er in strafrechtlicher Hinsicht Veruntreuung (Art. 138 StGB) und damit eine unerlaubte Handlung gemäss Art. 41 OR. Gelingt es dem Veruntreuer, das Buch zu einem exorbitanten Fantasiepreis zu verkaufen, so muss er der Bibliothek aus unechter Geschäftsführung eine Zahlung in Höhe dieses Fantasiepreises leisten. Hat der Veruntreuer das Buch dagegen verschenkt und also keinen Gewinn erzielt, so haftet er der Bibliothek noch immer aus unerlaubter Handlung für den verursachten Schaden, d.h. für den objektiven Wert des Buches bzw. für jenen Betrag, für den die Bibliothek sich einen gleichwertigen Ersatz beschafft.

F. Bürgschaft (Art. 492 OR) und Garantie

- 336 Bürgschaft und Garantievertrag sind Drei-Parteien-Verhältnisse.
- 337 Der **Bürge** haftet dem Gläubiger für die Erfüllung der Verpflichtungen des Hauptschuldners. Ohne gültige Hauptschuld ist die Bürgschaft gegenstandslos. Der Bürge stellt sich gewissermassen hinter den Hauptschuldner und zahlt, wenn dieser in der Erfüllung seiner Verpflichtung ausfällt. Da die Bürgschaft als Sicherheit zu einer Hauptschuld hinzutritt, nennt man sie ein "akzessorisches" Rechtsverhältnis (von lat.

²⁵ Es handelt sich um eine sogenannte Eingriffskondition; vgl. dazu Skript OR AT, Ziff. 636.

"accedere" = hinzutreten). Der Bürge kann dem Gläubiger alle Einreden entgegenhalten, die auch der Hauptschuldner hätte. Bevor der Bürge zahlen muss, ist abzuklären, ob der Hauptschuldner zahlen muss. Ist die Hauptschuld bestritten, so muss der Gläubiger seinen Anspruch gegen den Hauptschuldner ausprozessieren, bevor er auf den Bürgen greifen kann.

338 Bei der Bürgschaft schwebte dem Gesetzgeber ein Vertragsmodell vor, bei dem Privatpersonen einander aus Gefälligkeit mit Bürgschaften beistehen. Er erliess deshalb einige zwingende Vorschriften zum Schutz des Bürgen. Die Kernpunkte dieser Schutzvorschriften sind die folgenden:

a) Natürliche Personen verbürgen sich in öffentlicher Urkunde, d.h. vor dem Notar. Juristische Personen verbürgen sich in Schriftform (Art. 493 Abs. 1 OR).

b) Natürliche Personen, die verheiratet sind, brauchen zur gültigen Verbürgung ausserdem die Zustimmung des Ehegatten (Art. 494 Abs. 1 OR).

c) In der Bürgschaftsurkunde muss der Höchstbetrag der Haftung ziffernmässig angegeben sein. Unlimitierte Bürgschaften sind nichtig (Art. 493 Abs. 1 OR).

339 Erleichterte Formvorschriften gelten für Bürgschaften unter 2000 Franken (Art. 493 Abs. 2 OR) und für solche zugunsten staatlicher Instanzen (Art. 493 Abs. 3 OR). Dem Bundesgesetzgeber war der Schutz des Bürgen zwar wichtig, die Wahrung staatlicher Interessen aber noch wichtiger.

340 Man unterscheidet verschiedene Bürgschaftsformen, worunter die einfache Bürgschaft und die Solidarbürgschaft die wichtigsten sind. Die einfache Bürgschaft (Art. 495 OR) ist für den Gläubiger mühsamer, für den Bürgen humaner. *"Der Gläubiger kann den einfachen Bürgen erst dann zur Zahlung anhalten, wenn nach Eingehung der Bürgschaft der Hauptschuldner in Konkurs geraten ist oder Nachlass-Stundung erhalten hat oder vom Gläubiger unter Anwendung der erforderlichen Sorgfalt bis zur Ausstellung eines definitiven Verlustscheins betrieben worden ist oder den Wohnsitz ins Ausland verlegt hat ..."* (Art. 495 OR). In der Praxis bedeutet dies, dass der Gläubiger umständliche Vorarbeit leisten muss, und dass er ein sorgfältig geführtes Inkassoverfahren gegen den Hauptschuldner nachweisen muss, bevor er den einfachen Bürgen paken kann.

341 Der Solidarbürge kommt rascher zur Kasse.

"Wer sich als Bürge unter Beifügung des Wortes «solidarisch» oder mit andern gleichbedeutenden Ausdrücken verpflichtet, kann vor dem Hauptschuldner und vor der Verwertung der Grundpfänder belangt werden, sofern der Hauptschuldner mit seiner Leistung im Rückstand und erfolglos gemahnt worden oder seine Zahlungsunfähigkeit offenkundig ist." (Art. 496 Abs. 1 OR).

342 Das heisst also: Wenn der Gläubiger eine Solidarbürgschaft in der Hand hat, dann muss er den Hauptschuldner bei Zahlungsrückstand nur ein einziges Mal mahnen und kann unverzüglich nachher auf den Solidarbürgen losgehen. Immerhin steht dem Bürgen die Einwendung zur Verfügung, die Hauptschuld bestehe nicht. Wenn der Bürge dies behauptet, muss der Gläubiger den Bestand der Hauptschuld gerichtlich feststellen lassen, bevor er vom Bürgen Befriedigung verlangen kann.

- 343 Aus diesem Grunde verlangen Banken, wenn sie Sicherstellung eines Kredits durch Bürgschaft akzeptieren, regelmässig die Solidarbürgschaft. Die einfache Bürgschaft kommt im Geschäftsleben nicht vor, sondern hat ihren Platz ausschliesslich bei privaten Bürgschaften innerhalb des Verwandten- und Bekanntenkreises. Für den Gläubiger ist die einfache Bürgschaft noch immer besser als gar keine Sicherheit, aber sie ist, wenn der Hauptschuldner säumig ist, doch ein recht unbrauchbares Instrument, um zu Geld zu kommen.
- 344 Der **Garantievertrag** hat wirtschaftlich die gleiche Funktion wie die Bürgschaft. Der Garant, meist eine Bank, verspricht dem Gläubiger eine Geldzahlung *für den Fall, dass gewisse objektiv feststellbare Bedingungen eintreten*, z.B. für den Fall, dass eine bestimmte Person nicht termingerecht eine Summe Geldes bezahlt. Wird im Vertragstext auf keine Hauptschuld Bezug genommen, sondern nur auf das objektiv feststellbare Faktum, ob die Person X bis zum Zeitpunkt Y die Summe Z bezahlt hat, dann ergibt sich daraus, dass es auf die Rechtsgültigkeit oder das Bestehen einer Hauptschuld nicht ankommt, sondern eben bloss auf den Eintritt einer objektiven Bedingung. Insofern lässt sich die Garantie auf die Formel reduzieren: *Wenn X nicht zahlt, dann zahlt G*, wobei G der Garant ist.
- 345 Demgegenüber lautet die entsprechende Kurzformel bei der Bürgschaft: *Wenn H nicht zahlt, dann zahlt B, was H schuldet*, wobei H der Hauptschuldner, B der Bürge ist.
- 346 Auf die Garantie trifft das Eigenschaftswort "akzessorisch" also nicht zu. Die Garantie ist nicht akzessorisch.
- 347 Die Garantie kommt fast ausschliesslich im Geschäftsverkehr, nicht zwischen Privatpersonen, vor. Häufigster Anwendungsfall ist die Bankgarantie. Die garantierende Bank lässt sich vom Kunden, in dessen Auftrag sie gegenüber einer Drittperson die Garantie abgibt, in der Regel Deckung verschaffen, indem sie sich ein Konto oder ein Wertschriftendepot verpfänden lässt. Ausserdem lässt sich die Bank für ihre Dienstleistung entschädigen. Die Entschädigung heisst Garantiekommision und beträgt in der Regel ca. 0,5% der Garantiesumme pro Jahr. Da der Garantievertrag typischerweise dem geschäftlichen Bereich angehört, ist der Garant nicht durch die besonderen Schutzbestimmungen geschützt, die der Gesetzgeber zugunsten des Bürgen aufgestellt hat, und dies, obwohl der Garant strenger haftet als ein Bürge.

G. Einfache Gesellschaft (Art. 530 OR)

- 348 Dieses Vertragsverhältnis wird im 4. Teil des Skripts (Wirtschaftsrecht) behandelt.

II. SCHULDBETREIBUNG UND KONKURS (INSOLVENZRECHT)

A. Zur Darbietung des Stoffes

- 349 Gewisse Lehrmittel behandeln das Insolvenzrecht mit einer ins Einzelne gehenden Beschreibung verfahrensrechtlicher Formalien in einer Reichhaltigkeit, die über die rechtskundliche Allgemeinbildung hinausgeht, die andererseits die tragenden Grundprinzipien des Insolvenzrechtes nur undeutlich hervortreten lässt, dergestalt, dass der Lernende Gefahr läuft, vor lauter Bäumen den Wald nicht zu sehen.
- 350 Im vorliegenden Text werden die Formalien weitgehend beiseite gelassen. Wer de-reinst eine Stelle in einem Inkassobüro antritt, kann sich die Formalien dann immer noch aneignen.
- 351 Statt dessen werden auf den folgenden Seiten die wichtigsten Verfahren des Insolvenzrechtes in ihren Grundzügen möglichst anschaulich dargestellt. Dabei handelt es sich
- a) um das *Rechtsöffnungsverfahren* als einer von den Rechtsordnungen der umliegenden Länder abweichenden Besonderheit des schweizerischen Rechts;
 - b) um den *Konkurs* und dessen Auswirkungen auf die Rechte des konkursiten Schuldners und auf die Rechte der Gläubiger;
 - c) um *Nachlass-Stundung und Nachlassvertrag* - jenes Verfahren, das heute bei den meisten Insolvenzen grösserer Unternehmen stattfindet, im ungünstigen Fall als blosses Vorspiel zu einem unvermeidlichen Konkurs, im günstigen Fall als Rettung der Unternehmung vor dem Konkurs.

B. Das Schuldbetreibungsrecht als Teil des Bundesrechts

- 352 Subjektive Privatrechte²⁶ werden meist konfliktfrei ausgeübt, von den Pflichtigen konfliktfrei respektiert. Nur ausnahmsweise nimmt der Berechtigte die staatliche Hilfe in Anspruch, um sein Recht zwangsweise durchzusetzen.
- 353 Häufigster Fall solcher Rechtsdurchsetzung ist *das zwangsweise Inkasso von Geldforderungen*. Hiefür gelten die Regeln des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes, nämlich des *Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs* vom 11. April 1889 (*SchKG*) und der dazugehörigen Verordnungen.
- 354 Die Durchsetzung anderer Rechte, beispielsweise des Anspruchs auf Herausgabe von Eigentum, auf Räumung einer Wohnung, auf Unterlassung einer rechtswidrigen Tätigkeit etc. erfolgt gemäss Art. 335 ff. der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO). Die Einzelheiten dieses Verfahrens sind nicht Gegenstand des vorliegenden Kapitels.

²⁶ Zum Begriff des subjektiven Privatrechts vgl. Skript Einleitung/ZGB, Ziff. 43 ff.

C. Betreuung, Rechtsvorschlag und Rechtsöffnung

1. Einleitung der Betreuung

- 355 Das Schuldbetreibungsverfahren kann unterteilt werden in einen ersten Teil, das *Betreibungsverfahren*, das den Charakter des Vorspiels ohne Anwendung von Zwang hat, und in einen zweiten Teil, das *Vollstreckungsverfahren*, wo nötigenfalls Polizei eingesetzt und Zwang angewandt wird. Das Vollstreckungsverfahren kann nur stattfinden, wenn die in Betreuung gesetzte Forderung entweder im Laufe des Betreibungsverfahrens unbestritten geblieben ist oder wenn sie in einem rechtskräftigen Gerichtsurteil festgestellt und der Schuldner zur Zahlung verurteilt wurde.
- 356 Täglich werden in der ganzen Schweiz Hunderte von Betreibungsverfahren eingeleitet, die meisten davon ohne ernsthafte Chance, zu einem Vollstreckungsverfahren hinzuführen, sondern entweder zum Zwecke der Verjährungsunterbrechung gemäss Art. 135 Ziff. 2 OR oder als Drohgebärde. In der zweitgenannten Funktion pflegen Betreibungen in der Regel nichts zu bewegen.
- 357 In didaktischer Hinsicht ist es nützlich, die verschiedenen Varianten zunächst aus dem Blickwinkel einer Gläubigerin zu betrachten, die eine fällige Forderung gegen den Schuldner X besitzt und vom Schuldner das Signal erhalten hat, er werde nicht bezahlen. Diese Gläubigerin hat nun *drei alternative Wege*, die Vollstreckung zu erlangen. Welcher dieser Wege zu gehen ist, erweist sich unter Umständen erst im Laufe des Betreibungsverfahrens. Es handelt sich um
- a) den **schnellen Weg**; er ist dann möglich, wenn der Schuldner gegen die Betreuung keinen Widerstand leistet (was praktisch nur dann vorkommt, wenn der Schuldner völlig mittellos und wenn ihm die Betreuung demzufolge gleichgültig ist, wenn die Betreuung für die Gläubigerin also von Anfang an keinen wirtschaftlichen Sinn hat);
 - b) den **mittleren Weg** der *provisorischen Rechtsöffnung ohne materielles Gerichtsverfahren* (vgl. dazu hinten, Ziff. 368 ff.);
 - c) den **langsamen Weg**, der ein vollständiges *Gerichtsverfahren* über den Bestand der zum Inkasso anstehenden Forderung umfasst.
- 358 Allemaal beginnt das Betreibungsverfahren damit, dass die Gläubigerin das von ihr ausgefüllte amtliche Formular "*Betreibungsbegehren*" mit einem Kostenvorschuss zum örtlich zuständigen Betreibungsamt bringt. Der Kostenvorschuss beträgt je nach Höhe der Forderung 100 Franken oder ein Mehrfaches, ist aber praktisch für jedermann erschwinglich.

2. Der Zahlungsbefehl

- 359 Das Betreibungsamt kopiert die Angaben des Betreibungsbegehrens auf ein weiteres amtliches Formular, nämlich auf den vom Betreibungsamt zu unterzeichnenden *Zahlungsbefehl*.
- 360 Ein Betreibungsbeamter bringt dieses Dokument an die Haustür des Schuldners (oder genauer: an die Haustür jener Person, die im Betreibungsbegehren und im Zahlungsbefehl als Schuldner genannt ist; ob diese Person wirklich etwas schuldet, wird vom Be-

treibungsamt nicht geprüft und interessiert den Betreibungsbeamten nicht). Die Betreibungsbeamten sind daran gewöhnt, dass die "Gläubigerinnen" ebenso häufig fantasieren wie die "Schuldner" und dass ein erheblicher Teil der täglich in der ganzen Schweiz zugestellten Zahlungsbefehle nur leere Drohungen sind, denen keine Schuld des Betriebenen zu Grunde liegt.

- 361 Wer als wirklicher oder angeblicher Schuldner auf einem Zahlungsbefehl vermerkt ist und das Dokument vom Betreibungsbeamten an der Haustür überreicht erhält, pflegt, wenn er dies zum ersten Mal erlebt, trotzdem zu erschrecken, besonders wenn er auf dem Papier einen grossen Forderungsbetrag vermerkt findet.

3. Der Rechtsvorschlag

- 362 Um den Spuk vorerst zu beenden, genügt es, dass der Empfänger des Zahlungsbefehls auf diesem Formular einen schriftlichen Vermerk anbringt, aus dem sich der Wille ergibt, die im Zahlungsbefehl genannte Summe *nicht* zu bezahlen. Diese Erklärung heisst *Rechtsvorschlag*. Üblich (aber nicht nötig) ist die Formulierung "*Ich erhebe Rechtsvorschlag*". Andere Formulierungen haben die gleiche Rechtswirkung, wie beispielsweise: "*Ich zahle nicht*" oder ein blosses "*nein*".
- 363 Der Ausdruck "*Rechtsvorschlag*" rührt daher, dass der Schuldner damit die Gläubigerin auf den Rechtsweg verweist, d.h. auf das Verfahren vor dem Gericht: Der Betriebene "schlägt den Rechtsweg vor".
- 364 Wenn die Gläubigerin nun zum Vollstreckungsverfahren vordringen will, muss sie beim zuständigen Gericht zunächst eine Klage einreichen und ein Urteil zu ihren Gunsten erwirken. Das kann mehrere Jahre dauern.
- 365 Das Erheben des Rechtsvorschlages kostet den Adressaten des Zahlungsbefehls nichts, nicht einmal eine Briefmarke, wenn er die Erklärung abgibt, während der Betreibungsbeamte noch an der Haustür steht.
- 366 Der Beamte nimmt den mit dem Rechtsvorschlag versehenen Zahlungsbefehl wieder mit aufs Amt und schickt eine Kopie davon an die Gläubigerin. Damit ist das Betreibungsverfahren vorerst gestoppt. Bildlich gesprochen lässt das Betreibungsamt vor der Gläubigerin auf deren Weg zum Vollstreckungsverfahren einen Schlagbaum herunter.
- 367 Die meisten Betreibungen bleiben in diesem Stadium stecken und erfahren keine Fortsetzung. Für die ernsthafte Gläubigerin, die ihre Betreibung nicht als leere Drohung gemeint hat, stellt sich die Frage, wie sie den Schlagbaum wieder öffnen kann.

4. Die provisorische Rechtsöffnung: Voraussetzungen

- 368 Nun gabeln sich die verfahrensrechtlichen Möglichkeiten der Gläubigerin in zwei alternative Wege, den schnellen Weg der *provisorischen*²⁷ *Rechtsöffnung* und den langsamen und aufwendigen Weg des *Zivilprozesses*, d.h. des Gerichtsverfahrens. Die Gläubigerin wählt den erstgenannten Weg immer dann, wenn ihr dies möglich ist, d.h.

²⁷ Zur Bedeutung des Wortes "provisorisch" vgl. hinten, Ziff. 388 ff.

wenn sie einen *provisorischen Rechtsöffnungstitel* (vgl. hierzu hinten, Ziff. 371 ff.) in Händen hat. Hat sie keinen solchen Titel, dann ist sie gezwungen, den Zivilprozess zu führen, und zwar als Klägerin gegen den betriebenen Schuldner.

- 369 Hat die Gläubigerin einen provisorischen Rechtsöffnungstitel in Händen, so kann sie damit beim zuständigen Zivilgericht in einem raschen, mündlichen Verfahren, dem sogenannten Rechtsöffnungsverfahren, zu geringen Kosten innert weniger Wochen das *provisorische Rechtsöffnungsurteil* erwirken.
- 370 Leistet der Schuldner gegen das ergangene Rechtsöffnungsurteil keinen Widerstand, so ist das Rechtsöffnungsurteil jener Ausweis, gegen dessen Vorweisung das Betreibungsamt den Schlagbaum hochzieht und der Gläubigerin den Weg ins Vollstreckungsverfahren und damit zu ihrem Recht öffnet.

5. Der provisorische Rechtsöffnungstitel

- 371 Die provisorische Rechtsöffnung hat ihre gesetzliche Grundlage in **Art. 82 SchKG**:

1 Beruht die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung, so kann der Gläubiger die provisorische Rechtsöffnung verlangen.

2 Das Gericht spricht dieselbe aus, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht.

- 372 Häufigster Fall eines provisorischen Rechtsöffnungstitels ist die "*durch Unterschrift bekräftigte Schuldanerkennung*". Man denke an einen Darlehensvertrag mit dem Text: "*Ich bekenne, von X. den Betrag von 1000 Franken als zinsloses Darlehen erhalten zu haben und verpflichte mich zur Rückzahlung am Datum D. - Unterschrift Y.*" - Eine solche Erklärung des Schuldners stellt in den Händen der Gläubigerin einen provisorischen Rechtsöffnungstitel dar.
- 373 Auch der vom Kontoinhaber unterschriftlich anerkannte Soll-Saldo seines Bankkontos ist ein provisorischer Rechtsöffnungstitel.
- 374 Original unterzeichnete zweiseitige Verträge, beispielsweise Kauf- oder Mietverträge, können als provisorische Rechtsöffnungstitel dienen, wenn sich die geschuldete Geldsumme daraus eindeutig ergibt oder wenn sie leicht und eindeutig bestimmbar ist. In diesem Falle muss die Gläubigerin gegenüber dem Rechtsöffnungs-Gericht aber nicht nur die unterschriftliche Anerkennung des Kaufpreises oder des Mietzinses durch den Schuldner belegen, sondern auch ihre eigene Leistungserbringung, bei Kaufverträgen also den Lieferschein. Der Lieferschein braucht keine Unterschrift des Schuldners zu tragen.
- 375 Wenn Versandhäuser auf den Bestellformularen, die ihren Katalogen beigelegt sind, verlangen, dass die Bestellung handschriftlich unterzeichnet wird, und wenn auf dem gleichen Formular die Preise der bestellten Waren einzeln sowie deren Summe einzusetzen sind, so hat dies mit Art. 82 SchKG zu tun. Der Versandhandel arbeitet regelmässig mit Bestellformularen, die bei korrekter Ausfüllung den Anforderungen an den provisorischen Rechtsöffnungstitel gerecht werden. Mit dem Bestellformular und dem

Lieferschein erwirkt sich das Versandhaus nötigenfalls dann die provisorische Rechtsöffnung.

- 376 Der provisorische Rechtsöffnungstitel kann sich auch aus einer Korrespondenz ergeben ("*... hiermit nehme ich Ihr Angebot zu dem darin genannten Preis an. - Unterschrift*"). Es ist nicht nötig, dass die anerkannte Schuldsomme und die Unterschrift des Schuldners auf dem gleichen Blatt stehen. Aber die anerkannte Schuldsomme muss ziffernmässig bestimmt oder auf einfache Weise bestimmbar sein. Letzteres ist beispielsweise der Fall bei einer Bestellung von 25 Exemplaren à CHF 175.--. Die Notwendigkeit einer einfachen Multiplikation tut der Qualität des Dokuments als Rechtsöffnungstitel keinen Abbruch. Kein Rechtsöffnungstitel liegt dagegen vor, wenn die Bestellung auf "*mindestens 25 Exemplare à CHF 175.-- oder eine grössere Stückzahl gemäss weiterer Absprache*" lautet. Damit ist kein bestimmter Kaufpreis unterschriftlich anerkannt.
- 377 Kein provisorischer Rechtsöffnungstitel liegt vor, wenn die Forderung nur mündlich oder konkludent anerkannt wurde. Hat beispielsweise eine Wohnungsmiete vor 10 Jahren bei einem Monatsmietzins von 200 Franken begonnen und wurde dieser Zins aufgrund einseitiger Erhöhungen seitens der Vermieterin mittlerweile auf 450 Franken angehoben, ohne dass die Mieterin die Erhöhungen unterschriftlich bestätigt hat, so besitzt die Vermieterin weiterhin einen Rechtsöffnungstitel nur für den unterschriftlich anerkannten Anfangsmietzins. Es nützt ihr nichts, dass sie die Mietzinserhöhungen jeweils korrekt an den Mieter mitgeteilt und dass der Mieter die erhöhten Zinsen seit Jahren anstandslos bezahlt hat. Solches konkludentes Schuldnerverhalten schafft keinen Rechtsöffnungstitel.
- 378 Bankauszüge, die einen Sollsaldo zu Lasten des Bankkunden belegen, sind keine Rechtsöffnungstitel, sofern der Kunde sie nicht durch seine Unterschrift anerkannt hat.
- 379 Keine provisorischen Rechtsöffnungstitel gibt es naturgemäss für Schadenersatzpflichten aller Art, solange der Schädiger seine Zahlungspflicht nicht in bestimmter Höhe schriftlich anerkannt hat. Hat jemand schuldhaft einen Autounfall verursacht und das polizeiliche Unfallprotokoll unterzeichnet, so bildet diese Unterschrift keinen Rechtsöffnungstitel, auch nicht in Verbindung mit der Faktura des Garagisten für die Reparatur der geschädigten Gegenpartei. Denn die Unterschrift unter dem Unfallprotokoll ist keine Anerkennung einer frankenmässig bestimmten Zahlungspflicht.

6. Das gerichtliche Rechtsöffnungsverfahren

- 380 Im Rechtsöffnungsverfahren vor Gericht ist das Gericht mit beiden Parteien streng und formell. Die Gläubigerin muss den Rechtsöffnungstitel im Original vorlegen. Fotokopien genügen nicht. Bestreitet der Schuldner die Echtheit der Fotokopie, dann wird das Begehren um Rechtsöffnung ohne weiteres abgewiesen.
- 381 Aber auch der Schuldner muss seine Unterlagen im Original mitbringen, wenn er die Rechtsöffnung abwenden will. Hat die Gläubigerin einen Rechtsöffnungstitel in Händen und will der Schuldner geltend machen, er habe die Schuld bereits bezahlt, so muss er die Quittung oder einen anderen Beleg mitbringen. Die blosser Bestreitung der Schuld bzw. die blosser Behauptung, es sei bereits bezahlt, genügt nicht.

- 382 Ein typisches Rechtsöffnungsverfahren vor Gericht dauert maximal eine halbe Stunde. Das Gericht hört sich die mündlichen Vorbringen der Klägerin (= Gläubigerin) an und prüft, ob die vorgelegten Dokumente als Rechtsöffnungstitel anerkannt werden können. Dann hört er den Beklagten (= Schuldner) an, lässt Klägerin und Beklagten je ein zweites Mal zu Wort kommen und verkündet anschliessend sogleich das Urteil, in Anwesenheit beider Parteien.
- 383 Weist das Gericht das Begehren um provisorische Rechtsöffnung ab, so bleibt der oben erwähnte Schlagbaum für die Gläubigerin geschlossen. Will sie auf dem Wege zur Vollstreckung weiterkommen, so muss sie nun den ordentlichen Zivilprozess einleiten.
- 384 Heisst das Gericht das Begehren um provisorische Rechtsöffnung gut, so hat der Schuldner eine kurze Frist von 20 Tagen, um sich zur Wehr zu setzen. Andernfalls öffnet sich der besagte Schlagbaum für die Gläubigerin und das Betreibungsverfahren geht in die Vollstreckungsphase.

7. Die Aberkennungsklage

- 385 Der dem Schuldner zustehende Rechtsbehelf gegen die erteilte Rechtsöffnung heisst *Aberkennungsklage* (Art. 85 SchKG). Es ist die vom Schuldner anzuhebende Klage gegen den Gläubiger, in der der Schuldner die *negative Feststellung* verlangt, dass die in Betreuung gesetzte Forderung *nicht* besteht. Der Aberkennungsprozess, mit welchem der Schuldner verlangt, der Gläubigerin sei deren Forderung abzuerkennen, ist ein normaler Zivilprozess über die betreffende Forderung, jedoch mit umgekehrten Parteirollen. Der Schuldner befindet sich in der unbequemen Klägerrolle. Die Gläubigerin kann ruhig abwarten, ob und was der Schuldner vorbringt und sie geniesst zusätzlichen Komfort, indem der Schuldner als Kläger die Gerichtskosten des Prozesses bevorschussen muss. - Während der Rechtsvorschlag für den Schuldner noch kostenlos war, ist der Aberkennungsprozess für ihn nun teuer und anstrengend.
- 386 Gerade daher rührt gläubigerseits das eminente Interesse, anlässlich jedes Vertragschlusses wenn möglich einen Rechtsöffnungstitel in die Hand zu bekommen. Hat die Gläubigerin nämlich einmal die provisorische Rechtsöffnung erwirkt, so regelt sich die Sache in der Mehrzahl der Fälle von selber, indem der Schuldner nun von sich aus zahlt. Nur ausnahmsweise, nämlich wenn der Schuldner von seinem besseren Recht überzeugt ist, kommt es zum Aberkennungsprozess, ferner in Fällen, in denen der Schuldner Zeit zu gewinnen hofft, um seinen finanziellen Zusammenbruch zu vermeiden oder hinauszuzögern.
- 387 Der Begriff der *provisorischen* Rechtsöffnung rührt daher, dass dem Schuldner noch die Möglichkeit des Aberkennungsprozesses offen steht.

8. Die definitive Rechtsöffnung

- 388 Hat der Schuldner den Aberkennungsprozess geführt und verloren, oder hatte die Gläubigerin schon zuvor ein rechtskräftiges Gerichtsurteil zu ihren Gunsten erwirkt, so lautet das Urteil des Rechtsöffnungsrichters auf *definitive Rechtsöffnung*. Mit der

definitiven Rechtsöffnung kann der Rechtsöffnungskläger unverzüglich das Vollstreckungsverfahren verlangen. Gegen die definitive Rechtsöffnung ist keine Aberkennungsklage möglich.

D. Betreuung auf Pfändung, auf Pfandverwertung und auf Konkurs

- 389 Neben der hievordargestellten Weichenstellung bezüglich der Wege, die mit unterschiedlicher Geschwindigkeit zum Vollstreckungsverfahren führen (nämlich mit oder ohne Rechtsöffnungstitel), findet auf einer anderen Ebene eine weitere Weichenstellung statt, und zwar bezüglich der *Art der Vollstreckung*. Ist der Schuldner eine Privatperson, die beispielsweise von einer Verwandten ein privates Darlehen empfangen hat und sich nun weigert oder unfähig ist, dieses Darlehen zurückzuzahlen, so geschieht die Vollstreckung auf dem Wege der **Pfändung**: Ein Pfändungsbeamter erscheint in der Wohnung des Schuldners und behändigt dort so viele Gegenstände aus dem Vermögen des Schuldners, wie nötig sind, um die betreibende Gläubigerin für deren Forderung zu befriedigen. Die vom Pfändungsbeamten requirierten Gegenstände werden amtlich versteigert. Der Steigerungserlös wird der Gläubigerin bis zur Höhe ihrer Forderung ausbezahlt. Ein allfälliger Überschuss wird dem Schuldner ausgehändigt. - Die amtliche Versteigerung von Gegenständen des Schuldnervermögens im Rahmen einer Zwangsverwertung heisst *Gant*.
- 390 Bleibt der gleiche Schuldner in der Folge einer anderen Gläubigerin erneut Geld schuldig, beispielsweise dem Radiohändler, der dem Schuldner eine teure Stereoanlage geliefert hat, so erfolgt eine neuerliche Pfändung, nun zugunsten des Radiohändlers. Der Pfändungsbeamte kommt erneut in die Wohnung des Schuldners, konfisziert andere Gegenstände und bringt sie auf die *Gant*.
- 391 Folgen sich die Betreibungen, so werden die Gläubiger in der zeitlichen Reihenfolge bedient, in der sie die Betreibungsbegehren gestellt haben, gemäss der Devise: "*First come first served*".
- 392 Eine Milderung dieses Prinzips ergibt sich daraus, dass Gläubiger, die praktisch gleichzeitig den Schuldner betrieben haben, zu *Gruppen* zusammengefasst werden und innerhalb der Gruppe Gleichbehandlung erfahren. Dies ergibt sich aus Art. 110 SchKG betreffend den Pfändungsanschluss bzw. die Anschlusspfändung, wo es heisst:
- "(Art. 110 Abs. 1:) Gläubiger, die das Fortsetzungsbegehren innerhalb von 30 Tagen nach dem Vollzug einer Pfändung stellen, nehmen an der Pfändung teil. Die Pfändung wird jeweils so weit ergänzt, als dies zur Deckung sämtlicher Forderungen einer solchen Gläubigergruppe notwendig ist. - (Art. 110 Abs. 2:) Gläubiger, die das Fortsetzungsbegehren erst nach Ablauf der 30tägigen Frist stellen, bilden in der gleichen Weise weitere Gruppen mit gesonderter Pfändung."*
- 393 Das Prinzip "*first come first served*" hat seine Berechtigung, weil private Schuldner in der Regel durch ihre laufende Erwerbstätigkeit und durch die Umstellung auf sparsameren Lebenswandel fähig sind, sich finanziell im Laufe der Zeit zu erholen. Jede Gläubigerin muss für sich selber und gemäss ihrer Beziehung zum Schuldner überlegen, wieviel Druck sie ausüben, wieviel Geduld sie zeigen will und ob sie angesichts des Prinzips "*first come first served*" in nervöser Eile eine Pfändung herbeiführen oder gegenteils in Ruhe auf eine Erholung des Schuldners warten soll.

- 394 Bei diesem Verfahren fehlt allerdings jede Transparenz. Der Schuldner allein kennt die Gesamtheit seiner Schulden, bzw. sollte diese kennen. Für die diversen Gläubigerinnen ist es unmöglich, herauszufinden, wer sonst noch auf Geld wartet. Jede Gläubigerin hat allein mit dem Schuldner zu tun, hört dessen Bitten und Vertröstungen.
- 395 Dies kann dazu führen, dass die aggressiven Gläubigerinnen, die mit Härte und Professionalität ihre Forderungen geltend machen, rasch und rechtzeitig bedient werden, während jene Gläubigerinnen, die Menschlichkeit und Geduld walten lassen, nie zu ihrem Recht kommen²⁸. Diese Problematik des Pfändungsverfahrens, die im Prinzip "*first come first served*" und in der mangelnden Transparenz liegt, ist im Umgang mit privaten Schuldnern erträglich, nicht dagegen im Umgang mit Schuldnern, die ein kaufmännisches Unternehmen führen.
- 396 Ist der Schuldner keine Privatperson, sondern eine juristische Person oder ein im Handelsregister eingetragener Einzelkaufmann, oder handelt es sich um eine Kollektivgesellschaft, eine Kommanditgesellschaft oder um den individuellen Gesellschafter einer solchen Gesellschaft, so erfolgt die Vollstreckung nicht im Wege des soeben beschriebenen Pfändungsverfahrens, sondern auf dem Wege des **Konkurses**. Der Konkurs unterscheidet sich vom Pfändungsverfahren dadurch, dass das Prinzip "*first come first served*" nicht gilt, sondern dass statt dessen *alle Gläubigerinnen gleichzeitig und gleichmässig bedient* werden. Ferner ist das Konkursverfahren auf die Schaffung vollständiger Transparenz ausgerichtet: Gegenüber allen Beteiligten wird das Vermögen der Schuldners offengelegt. Desgleichen wird offengelegt, welche anderen Gläubigerinnen mit welchen Forderungsbeträgen ebenfalls anstehen. - Zu den Einzelheiten des Konkursverfahrens vgl. hienach, Ziff. 401 ff.
- 397 Neben den Vollstreckungsverfahren der Pfändung und des Konkurses gibt es noch eine dritte Variante, die **Pfandverwertung**. Das Vollstreckungsverfahren der Pfandverwertung kommt dann zum Zuge, wenn die Gläubigerin ein Pfandrecht an bestimmten Gegenständen des Schuldnervermögens hat. Das Vollstreckungsverfahren der Pfandverwertung kommt auch gegenüber Schuldnern zum Zuge, die als kaufmännische Unternehmer dem Konkurs unterliegen: Solange die Pfandgläubigerin durch die amtliche Versteigerung des Pfandgegenstandes volle Befriedigung erhält, hat es damit sein Bewenden. Reicht der Verwertungserlös dagegen nicht aus, so dass die Gläubigerin einen *Pfandausfall* erleidet und drängt die Gläubigerin auch auf Deckung dieses Ausfalls aus dem übrigen Schuldnervermögen, so treibt sie den Schuldner damit unweigerlich in den Konkurs.
- 398 Es mag als eine Ungereimtheit erscheinen, dass ein der Konkursvollstreckung unterworfenen Schuldner fähig ist, durch Pfandverträge mit einzelnen seiner Gläubigerinnen das Prinzip der gleichzeitigen und gleichmässigen Befriedigung sämtlicher Gläubigerinnen zu umgehen und statt dessen einzelnen Pfandgläubigerinnen eine separate Befriedigung zu gewährleisten. Jede Pfandbestellung erweist sich im Konkursfall als eine Diskriminierung jener Gläubigerinnen, die keine Pfänder erhalten haben. Darin liegt eine offensichtliche Ungerechtigkeit, die von der Rechtsordnung aber hingenommen wird, weil das Bestellen von Pfändern als eine volkswirtschaftlich nützliche Einrichtung betrachtet wird: Die Pfandsicherung ist eine Voraussetzung für zinsgünstigen Bankkredit. Indem die Finanzinstitute durch die Hingabe pfandgesicherter Betriebskredite an die kaufmännischen Unternehmen das eigene Gläubigerisiko reduzieren

²⁸ Gemildert wird diese Härte durch die Gruppenbildung und Gleichbehandlung innerhalb der Gruppen auf dem Wege des Pfändungsanschlusses; vgl. dazu Ziff. 392.

können, können sie die Zinssätze niedrig halten. Niedrige Zinsen sind Öl ins Getriebe der Volkswirtschaft. Gerät ein Schuldner in Konkurs, so ist es wohl so, dass die pfandgesicherten Kreditinstitute vorweg privilegiert bedient werden, wogegen alle übrigen Gläubigerinnen entsprechend unterprivilegiert bzw. geschädigt werden. Dieses Unrecht ist der Preis, den die Gesellschaft als ganze für eine funktionierende Volkswirtschaft mit niedrigen Kreditzinsen bezahlt.

- 399 Damit die Konkursgerechtigkeit nicht allzu sehr beeinträchtigt wird durch die Bestellung von Pfändern, sind übrigens jene Pfandrechte ungültig, die erst kurz vor dem Konkursausbruch bzw. in einer Situation bestellt wurden, in der die Überschuldung des pfandgebenden Schuldners bereits offensichtlich war. Solche verspätet bestellten Pfandrechte werden mit der sogenannten *paulianischen Anfechtung* (vgl. dazu hinten, Ziff. 473 ff.) wieder rückgängig gemacht und die betreffenden Pfandgläubigerinnen in die Schar der gewöhnlichen Gläubigerinnen zurückgeschickt.
- 400 Die Vollstreckung auf dem Wege der Pfandverwertung kommt als separates Verfahren nur dann zum Zuge, wenn noch kein Konkurs eröffnet ist. Fällt der Schuldner in Konkurs, dann werden die separaten Pfandverwertungen eingestellt. Hingegen werden die Pfandgläubigerinnen innerhalb des Konkursverfahrens weiterhin als Pfandberechtigte respektiert und geniessen in dieser Eigenschaft eine privilegierte Bedienung.

E. Der Konkurs

1. Veranschaulichung des Ablaufs

- 401 Der Konkurs ist jenes Vollstreckungsverfahren, das bei der Zahlungsunfähigkeit kaufmännischer Unternehmer und Unternehmungen zum Zuge kommt und auf die gleichzeitige und gleichmässige Befriedigung aller Gläubigerinnen sowie auf umfassende Transparenz bezüglich aller Aktiven und Passiven des Schuldners ausgerichtet ist. Um die Charakteristika des Konkursverfahrens und seiner Auswirkungen auf die Rechte der Gläubigerinnen und des Schuldners zu begreifen, ist es nützlich, sich das Konkursverfahren als ein Drama mit einem Vorspiel und sieben Akten zu denken. Der Ablauf dieses Dramas ist typischerweise der folgende:

a) Vorspiel: Die Konkurseröffnung

- 402 Nachdem der Schuldner während längerer Zeit rote Zahlen geschrieben hat, ist seine Kasse leer geworden. Die Beteiligungen häufen sich. Eine Gläubigerin, die einen definitiven Rechtsöffnungstitel besitzt oder deren bisherige Beteiligungsverfahren vom Schuldner ohne Rechtsvorschlag hingenommen wurden, wendet sich an das *zuständige Gericht* und beantragt die Konkurseröffnung. Sind die Voraussetzungen erfüllt, so spricht das Gericht den Konkurs über den Schuldner aus. - Die Konkurseröffnung ist ein gerichtliches Urteil.
- 403 Das Gericht veröffentlicht das Urteil im Schweizerischen Handelsamtsblatt und im Kantonsblatt und fordert alle Gläubigerinnen des Schuldners auf, ihre Forderungen beim zuständigen Konkursamt anzumelden.

b) 1. Akt: Das Zusammenlaufen der Gläubigerinnen

- 404 Die Gläubigerinnen eilen unverzüglich zum Konkursamt, um ihre Forderungen zu präsentieren. Sie werden zunächst in einem Warteraum versammelt.
- 405 **Zur Wortbedeutung:** *Das Zusammenlaufen der Gläubigerinnen (lateinisch: concursus creditorum) hat dem Konkurs den Namen gegeben (von lat. "concurrere" = zusammenlaufen; "conkursus" = das Zusammenlaufen.)*

c) 2. Akt: Die Behändigung der Aktiven

- 406 Ein Beamter des Konkursamtes fungiert als *Konkursverwalter für den eröffneten Konkurs*. In dieser Rolle übernimmt er die Leitung des betreffenden Konkurses. Er bezieht mit seinen Gehilfen einen Raum, in welchem die weiteren Szenen ablaufen.
- 407 Man denke sich diesen Raum in drei gleich grosse Sektoren unterteilt. Der hintere Sektor ist die *Gläubigertribüne*, zugänglich durch die hintere Eingangstür, den *Gläubigereingang*. Die Gläubigertribüne ist ausgestattet mit drei Sitzreihen mit nummerierten Plätzen. Die hinterste Sitzreihe ist als "*3. Klasse*" angeschrieben, die mittlere Sitzreihe als "*2. Klasse*", die vorderste als "*1. Klasse*". Die Sitzreihen sind gemäss den üblichen Bedürfnissen bestuhlt, die 3. Klasse mit 100 Stühlen, die 2. Klasse mit einem einzigen Stuhl und die 1. Klasse mit 10 Stühlen.
- 408 Vor der Gläubigertribüne befindet sich der mittlere Sektor des Raumes, das Parkett. In der Mitte dieses Sektors steht ein grosser Tisch mit einer seitlich angefügten grossen Kasse. Dieser Tisch ist als "*Konkursmasse*" angeschrieben und dazu bestimmt, die zur Konkursmasse gehörenden Vermögensgegenstände zu tragen. Links von diesem Tisch stehen mehrere kleine Tische, je ebenfalls mit angefügter Kasse. Die kleinen Tische sind nummeriert und angeschrieben als "*Pfandverwertungsmasse 1*", "*Pfandverwertungsmasse 2*" etc. - Sie sind dazu bestimmt, die dem Schuldner gehörenden, aber einzelnen Gläubigerinnen verpfändeten Gegenstände zu tragen.
- 409 Rechts vom grossen Tisch im mittleren Sektor befindet sich eine Gruppe von Stühlen mit der Anschrift "*Massagläubiger*".
- 410 Der mittlere Sektor hat einen eigenen Zugang mit der Anschrift "*Diensteingang*".
- 411 Der mittlere Sektor ist gegenüber dem vordersten Sektor abgeschrankt. Einen Teil der Abschrankung nimmt eine Verkaufsfläche ein.
- 412 Der vorderste Sektor des Raumes, das Gantlokal, ist nach aussen, d.h. zur Strasse hin offen. Im Gantlokal treiben sich Trödler, Flohmarkthändler und andere Personen herum, die auf Gantkäufe zu billigen Preisen hoffen.
- 413 Der Konkursverwalter begibt sich nun zum Domizil des Schuldners und behändigt alle dem Schuldner gehörenden Vermögenswerte. Er lässt sie durch einen Camionneur zum Konkursamt transportieren und auf dem grossen Tisch in der Mitte des Parketts aufstellen.
- 414 Dieser Vorgang ist darin begründet, dass alles Vermögen, das dem Schuldner *im Zeitpunkt der Konkurseröffnung gehört und das ihm während des Konkursverfahrens noch anfällt*, die Konkursmasse bildet. Es ist zur gemeinsamen Befriedigung der Gläubigerinnen bestimmt (Art. 197 SchKG).

- 415 Der Tisch, der die Konkursmasse trägt, füllt sich mit Gegenständen aller Art, nämlich das schuldnerische Geschäftsvermögen, unterteilt in das Anlage- und das Umlaufvermögen, und das schuldnerische Privatvermögen. Exemplarisch denke man sich das Anlagevermögen repräsentiert durch den Grundbuchauszug über die schuldnerische Geschäftsliegenschaft und durch einige abgenützte Produktionsapparate. Als Umlaufvermögen denke man sich die Restbestände des schuldnerischen Warenlagers, umfassend die Rohmaterialien, die Halbfabrikate und die unverkauften Fertigfabrikate. Schliesslich gehört zum Umlaufvermögen eine grössere Zahl von Faktura-Doppeln; dabei handelt es sich um die Rechnungen, die der Konkursit vor der Konkurseröffnung an seine Kunden ausgestellt hat und die im Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch nicht bezahlt waren, d.h. um die sogenannten Kunden-Debitoren. Sie bilden oft den werthaltigsten Teil des Umlaufvermögens. Alles andere ist mehr oder weniger schwer verwertbarer Schrott.
- 416 Das Privatvermögen ist in unserem Beispiel repräsentiert durch den Grundbuchauszug über die Privatliegenschaft des Schuldners und durch einen privat benützten Mercedes.
- 417 Auf den grossen Tisch kommen schliesslich einige rote Blätter zu liegen, die als *paulianische Anfechtungs- und Herausgabeansprüche* angeschrieben sind (vgl. dazu hinten, Ziff. 473 ff.).

d) 3. Akt: Die Zulassung der Gläubigerinnen

- 418 Die Gläubigerinnen werden vor dem Gläubigereingang versammelt.
- 419 Neben dem Gläubigereingang befindet sich ein *schwarzes Brett* mit der Anschrift "*Kollokationsplan*". Der Konkursverwalter prüft der Reihe nach die Forderungen der Gläubigerinnen. Hat er sich von der Begründetheit einer Forderung überzeugt, so trägt er den Namen der betreffenden Gläubigerin samt dem anerkannten Forderungs- und Zinsbetrag und der für diese Gläubigerin geltenden Konkursklasse im Kollokationsplan ein. Die Gläubigerin erhält eine entsprechende nummerierte Zutrittskarte zur Gläubigertribüne und setzt sich dort auf ihren Platz.
- 420 **Zur Wortbedeutung:** *Kollozieren, Kollokation von Gläubigerinnen im Konkurs des Schuldners: Von lateinisch "con" = zusammen; "locare" = orten, lokalisieren. Die Gläubigerinnen werden bei der Verteilung des schuldnerischen Vermögens "zusammen lokalisiert", nämlich im Plan, der ihre Berechtigungen und ihre Rangfolge gemäss den verschiedenen Konkursklassen ausweist.*
- 421 Im Idealfall läuft die Zulassung der Gläubigerinnen konfliktfrei. Doch dies ist die Ausnahme. Meist drängen auch Leute zum Gläubigereingang, die auf der Gläubigertribüne nichts zu suchen haben.
- 422 Der Disput um die Zulassung wird ausgetragen als Streit um die Eintragung in den Kollokationsplan, d.h. als *Kollokationsprozess*. In der Regel ist es der Konkursverwalter, der eine angemeldete Forderung abweist, worauf die abgewiesene Gläubigerin *gegen die Konkursmasse* klagt, und zwar mit dem Rechtsbegehren, sie sei mit einem bestimmten Forderungsbetrag in einem bestimmten Rang in den Kollokationsplan aufzunehmen (Art. 250 Abs. 1 SchKG).
- 423 Für die Führung solcher Kollokationsprozesse mandatiert der Konkursverwalter oft einen selbständigerwerbenden Rechtsanwalt als Prozessvertreter der Masse.

- 424 In selteneren Fällen ist die Konstellation so, dass der Konkursverwalter eine Gläubigerin zulässt und dass *eine andere Gläubigerin* gegen diese Zulassung protestiert. In dieser Konstellation muss die protestierende Gläubigerin *gegen die vermeintlich zu Unrecht zugelassene Gläubigerin* klagen (Art. 250 Abs. 2 SchKG). Obsiegt die Klägerin, so darf sie jene Konkursdividende, die der beklagten Gläubigerin zugefallen wäre, für sich selber beanspruchen, allerdings höchstens bis zum Nennwert der eigenen Forderung gegen den Konkursiten. - Der Vorgang kann bildlich so verstanden werden, dass eine kampflustige Gläubigerin eine andere Gläubigerin hinausboxt und deren Dividende an sich reisst.
- 425 Jene Gläubigerinnen, die Pfandsicherheit haben, d.h. die *Pfandgläubigerinnen*, genießen eine privilegierte Behandlung. Sie werden ebenfalls kolloziert, erhalten aber Zutritt zum mittleren Sektor. Dort nehmen sie Platz an einem der erwähnten kleinen Tische.
- 426 Nachdem alle Gläubigerinnen ohne Pfandsicherheit auf der Gläubigertribüne und die Pfandgläubigerinnen bei den kleinen Tischen im Parkett Platz genommen haben, lässt der Konkursverwalter noch eine dritte Gruppe von Personen in den Saal eintreten, die *Massagläubiger*. Sie nehmen auf den für sie reservierten Plätzen im Parkett Platz. Es handelt sich in unserem Beispiel um den Camionneur, der im Auftrag des Konkursverwalters das Schuldnervermögen zum Konkursamt transportiert hat, und um den Rechtsanwalt, der in den Kollokationsprozessen die Masse vertreten hat. Der Camionneur hält seine Transportrechnung in der Hand, der Rechtsanwalt seine Honorarnote. Zu den beiden Genannten gesellt sich als Dritter noch der Kassier des Konkursamtes mit der amtlichen Gebührenrechnung für die Durchführung des Konkurses.
- 427 Nachdem alle Personen, die aus dem Konkurs Geld erhoffen, in dieser Weise Platz genommen haben, geht das Verfahren folgendermassen weiter:

e) 4. Akt: Die Aussonderung einzelner Aktiven zugunsten Drittberechtigter

- 428 Das Publikum auf der Gläubigertribüne mustert die aufgestapelten Sachen der Konkursmasse und vergleicht deren Wert mit der Summe der zugelassenen Konkursforderungen. Liegt der Schätzungswert der Konkursmasse beispielsweise bei 500 und die Summe der zugelassenen Konkursforderungen bei 1000, so ergäbe sich bei gleichmässiger Verteilung die hälftige Befriedigung aller Gläubigerinnen oder, in der Sprache des SchKG, eine Konkursdividende von 50 Prozent für alle.
- 429 Bevor es nun aber zur Versteigerung und Verteilung kommt, werden einzelne Gegenstände - oft gerade die wertvollsten - vom grossen Tisch abgeräumt und an privilegierte Gläubiger oder an Drittpersonen übergeben. Regelmässig ist es so, dass solche privilegierten Personen den wertvollsten Teil der Konkursmasse abservieren, bevor die *"gemeinsame Befriedigung der Gläubiger"* im Sinne von Art. 197 Abs. 1 SchKG stattfinden kann. Damit schrumpft die Konkursmasse von vornherein zusammen zu einem Restbestand von Schrott, dessen Versteigerung keine bedeutende Konkursdividende mehr erhoffen lässt. - Wer sind die privilegierten Personen, die die Konkursmasse in der erwähnten Weise vorweg ausplündern?
- 430 Beim Konkurs kaufmännischer Unternehmungen sind es in erster Linie die Pfandgläubigerinnen, die in unserem Beispiel im Parkett links vom grossen Tisch, an ihren kleinen Tischen, Platz genommen haben. Alle verpfändbaren Gegenstände der Konkurs-

masse gehen normalerweise diesen Weg, so namentlich alle Liegenschaften. Sie pflegen im Zeitpunkt des Konkursausbruchs "bis unters Dach" an die Gläubigerbanken verpfändet ("hypotheziert") zu sein.

- 431 Auch die Kunden-Debitoren sind regelmässig an Banken verpfändet. Bei den Kunden-Debitoren handelt es sich um die Fakturen für erbrachte Warenlieferungen und Dienstleistungen der konkursiten Unternehmung. Es ist in der Schweiz üblich, dass sich die Banken von ihren Schuldnerinnen, sobald diese in finanzielle Schwierigkeiten geraten, sämtliche Kunden-Debitoren auf dem Wege einer Globalzession verpfänden bzw. sicherungshalber abtreten lassen.
- 432 Nach der Aussonderung der verpfändeten Aktiven ist die Ausplünderung der Konkursmasse aber noch nicht beendet. Zum Diensteingang in unserem vorgestellten Saal drängen mehrere Personen herein und reklamieren bestimmte Gegenstände aus der Masse mit der Begründung, der Gegenstand *gehöre ihnen zu Eigentum*, gehöre also gar nicht in die Konkursmasse und liege irrtümlicherweise auf dem Tisch.
- 433 Die Reihe dieser Leute wird in der Regel angeführt von der *Ehefrau des Konkursiten*. Sie beansprucht die schönsten Stücke von dem grossen Tisch, das Sparheft mit dem höchsten Guthaben, das Ferienhaus und den Mercedes des Konkursiten, alles mit der Begründung, sie habe diese Dinge schon vor längerer Zeit von ihrem Manne geschenkt erhalten und sei die wirkliche Eigentümerin. Diese Dinge gehörten deshalb nicht zur Masse, sondern seien ihr Frauengut und seien ihr herauszugeben.
- 434 Als nächstes präsentiert sich der Radiohändler mit der Behauptung, die auf dem grossen Tisch aufgestellte Stereoanlage sei dem Konkursiten seinerzeit *unter Eigentumsvorbehalt* verkauft worden und gehöre demzufolge noch heute dem Radiohändler. Er wolle sie sogleich mitnehmen.
- 435 Den Schluss der Reihe macht ein alter Mann, Freund des Konkursiten, der seine Hand auf das einzige wertvolle Gemälde legt, das auf dem grossen Tische aufgestellt ist. Der alte Mann sagt, dieses Gemälde habe zwar wohl in der guten Stube des Konkursiten an der Wand gehangen, habe aber nie dem Konkursiten gehört, sondern sei eine Leihgabe gewesen. Das Gemälde gehöre ihm, dem alten Manne. Die Leihe sei ab sofort beendet und er verlange das Gemälde heraus.
- 436 Der Konkursverwalter prüft die geltend gemachten Eigentumsansprüche. Dabei hört er den konkursiten Schuldner an. Er muss dessen Aussagen aber mit Vorsicht würdigen. Denn es liegt im Interesse des Konkursiten, das Eigentum seiner Ehefrau und seiner guten Freunde an den betreffenden Dingen anzuerkennen. Können die Dritten die betreffenden Sachen vor der konkursamtlichen Gant retten, so kann der Konkursit voraussichtlich auch in Zukunft diese Sache als Leihgaben seiner Frau und seiner Freunde nutzen und nach dem Konkurs so komfortabel leben wie zuvor.
- 437 Was nach Aussonderung der verpfändeten und der von Dritteigentümern beanspruchten Aktiven auf dem Tisch der Konkursmasse noch liegen bleibt, ist vorwiegend wertloses Zeug vom Charakter eines Flohmarktes. Für die Gläubigerinnen der ersten (und zweiten) Klasse ist darum häufig nur unzureichende Deckung vorhanden, für die Gläubigerinnen der dritten Klasse in der Regel nichts.
- 438 Da dieser Ablauf nicht die Ausnahme, sondern die Regel darstellt, ist auch schon die Frage aufgeworfen worden, ob das schweizerische Insolvenzrecht gerecht sei, d.h. ob

es den Anforderungen an die Transparenz gerecht wird und dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubigerinnen diene, oder ob es nicht in Tat und Wahrheit die Banken einseitig begünstige. Denn die Banken sind es, die regelmässig vorne links als Pfandgläubigerinnen sitzen und privilegiert bedient werden.

- 439 Wenn sich der Konkursverwalter mit den vor ihm stehenden Ansprechern nicht einigen kann, müssen diese beim Konkursgericht Klage einreichen und dort Widerspruch erheben gegen die Versteigerung der herausverlangten Gegenstände auf der bevorstehenden Gant. Ein solcher Prozess heisst *Widerspruchsprozess* (Art. 107 und 108 SchKG). Wer einen berechtigten Herausgabeanspruch hat, kann das ihm gehörende Objekt behändigen. Wer unberechtigte Ansprüche stellt, wird mit leeren Händen aus dem Saal gewiesen bzw. er ist im Widerspruchsprozess der Verlierer.

f) 5. Akt: Die Gant

- 440 Nun tritt der Gantbeamte an seinen Verkaufstisch und ruft die Kaufsinteressenten heran. Stück für Stück versteigert er nun alle Objekte, die nach den Plünderungen des 4. Aktes auf dem grossen Tisch der Masse noch liegen geblieben waren, anschliessend auch die Pfandgegenstände, die auf den kleinen Tischchen der Pfandgläubigerinnen stehen.
- 441 Die konkursamtliche Verwertung kennt kein Zaudern und keine Preisverhandlung. Der Gantbeamte hat ein einziges Ziel, nämlich die Tischflächen zu leeren - "*tabula rasa*", notfalls auch zu Schleuderpreisen nach dem Motto "*weg mit Schaden!*".
- 442 Bei diesem Vorgang ist es üblich, dass auch manche Gläubigerinnen sowie Freunde und Bekannte bei der Gant als Käufer mitbieten.
- 443 Der Gantbeamte verkauft, wie gesagt, Stück für Stück. Die Kaufserlöse für jene Gegenstände, die er vom grossen Massa-Tisch nimmt, legt er zurück in den grossen Korb beim Massa-Tisch. Nachdem alle Objekte vom Massa-Tisch vergantet sind, ist die Tischplatte leer und der daran angebrachte Korb mit Geld teilweise angefüllt.
- 444 Nun nimmt der Gantbeamte von den kleinen Tischchen der Pfandgläubigerinnen deren Pfandobjekte und vergantet auch diese. Er bringt den Steigerungserlös für jedes dieser Objekte zu jenem Tischchen zurück, von dem er das Objekt genommen hatte. Dort kommt das Geld in den betreffenden Geldkorb. Am Schluss sind auch auf diesen Tischchen keine Gegenstände mehr. Statt dessen liegt in jedem der daran angebrachten Körbe Geld²⁹.
- 445 Bei der Versteigerung eines Pfandgegenstandes ist die Pfandgläubigerin, von deren Tischchen dieser Gegenstand genommen wurde, befugt, mitzubieten *und den Zu-*

²⁹ Eine Ausnahme von diesem Prinzip gilt gemäss Art. 208 Abs. 1 SchKG und Art. 50 VZG für die *nicht-fälligen Grundpfandgesicherten Forderungen*. Sie werden als weiterhin verzinsliche Forderungen auf den Ersteigerer des Grundstücks überbunden. - Da die Banken einen solchen ihnen aufgezwungenen Schuldnerwechsel nicht schätzen, steht in den vertraglichen Bestimmungen der Grundpfandforderungen regelmässig eine Bestimmung, wonach die Forderungen mit Konkurseröffnung fällig werden. Kraft dieser Vertragsbestimmungen können die Grundstücke dann wie alle anderen zur Masse gehörenden Gegenstände unbelastet von Grundpfandrechten dem Meistbietenden versteigert werden. Wird von dritter Seite kein genügendes Angebot gemacht, so kann die Grundpfandgläubigerin (in der Regel eine Bank) das Grundstück selber als unbelastetes Objekt ersteigern und anschliessend versuchen, mit einem sorgfältig vorbereiteten Weiterverkauf den im Konkurs des bisherigen Pfandschuldners erlittenen Verlust wettzumachen.

schlagspreis durch Verrechnung mit ihrer pfandgesicherten Forderung zu tilgen. (Mitbieten kann jedermann, aber alle anderen Kaufsinteressenten müssen, wenn sie den Zuschlag erhalten, bar bezahlen. Das der Pfandgläubigerin allein zustehende Verrechnungsrecht bedeutet eine erhebliche Begünstigung im Verwertungsverfahren.)

- 446 Mit der Versteigerung des letzten Pfandgegenstands und mit der Einlage der Steigerungserlöse in die verschiedenen Körbe ist der 5. Akt beendet.

g) 6. Akt: Die Verteilung der Steigerungserlöse

- 447 Der nun folgende Akt ist der wichtigste. Nur wer diesen Akt klar vor Augen sieht, hat das Wesen des Konkurses begriffen.
- 448 Der Konkursverwalter schreitet zur Verteilung des Geldes. Er beginnt vorne links bei den Pfandgläubigerinnen. Jede Pfandgläubigerin trägt seit ihrer Zulassung in den Saal eine Eintrittskarte auf sich, worauf der Betrag ihrer pfandgesicherten Forderung samt Zins vermerkt ist. Man denke sich die Pfandgläubigerin 1, beispielsweise eine Hypothekenbank, mit einer zugelassenen Grundpfandforderung von 400'000 Franken zuzüglich Zins zu 5% (wobei gemäss Art. 818 ZGB die rückständigen Zinse während der letzten drei Jahre, insgesamt also 15% pfandgedeckt sind). Dieser Pfandgläubigerin steht also ein pfandgesicherter Betrag für Kapital und 15% Zins von CHF 460'000 zu. Die Verwertung des hypothezierten Grundstücks hat in diesem Falle zuvor einen Ganterlös von CHF 500'000 erbracht. Das Geld liegt in dem Körbchen am Tischchen der Pfandgläubigerin 1. Der Konkursverwalter nimmt aus diesem Körbchen 460'000 Franken und händigt sie der Pfandgläubigerin 1 aus. Diese erklärt sich endgültig befriedigt und verlässt den Raum.
- 449 Der Konkursverwalter bringt die in seiner Hand verbliebenen 40'000 Franken in den grossen Korb am grossen Tisch: *Er schüttet dieses Geld in die Masse.*
- 450 Nun tritt er zur Pfandgläubigerin 2. Sie ist zugelassen mit einer Pfandforderung für Kapital und Zins von 300'000 Franken. Die Verwertung ihres Pfandes hat einen Erlös von nur 200'000 Franken erbracht. Der Konkursverwalter händigt dieser Pfandgläubigerin den ganzen Inhalt des betreffenden Körbchens aus. Für den Fehlbetrag von 100'000 Franken fertigt er ihr an Ort und Stelle einen *Pfandausfallschein* aus.
- 451 Diese Gläubigerin verlässt nun ihren bisherigen Platz und nimmt mit ihrem Pfandausfallschein auf der Gläubigertribüne bei den Drittklassgläubigerinnen Platz. Im Kollokationsplan wird sie nun noch nachträglich mit der Höhe ihres Pfandausfalls, d.h. mit CHF 100'000 in dritter Klasse kolloziert.
- 452 Nachdem der Konkursverwalter in der beschriebenen Weise mit den Pfandgläubigerinnen abgerechnet hat und nachdem die Pfandgläubigerinnen den Saal zum Teil verlassen, zum Teil bei den Gläubigerinnen in dritter Klasse Platz genommen haben, schreitet der Konkursverwalter zur Verteilung des Geldes im grossen Massa-Korb.
- 453 Als erstes bittet er die *Massagläubiger* (den Camionneur, den Rechtsanwalt und den Betreibungsbeamten mit der amtlichen Gebührenrechnung) herbei. Jeder Massagläubiger erhält seine ganze Forderung vollständig ausbezahlt. Die Massagläubiger verlassen den Saal.

- 454 Mit dem bereits etwas leichter gewordenen Korb begibt sich der Konkursverwalter nun auf die Gläubigertribüne. Er beginnt in der vordersten Reihe, d.h. bei den Gläubigerinnen der ersten Klasse. Sofern das Geld im Korbe reicht, bezahlt er allen diesen Gläubigerinnen deren volle Forderungssummen samt Zins aus. Jede Gläubigerin, die voll befriedigt ist, verlässt den Saal.
- 455 Wenn das Geld im Korb noch reicht, schreitet der Konkursverwalter fort zu den Gläubigerinnen der zweiten Klasse und, wenn diese insgesamt voll befriedigt sind, in letzter Linie auch zu den Gläubigerinnen der dritten Klasse.
- 456 In der dritten Klasse pflegt das Geld erfahrungsgemäss nicht mehr voll zu reichen (sonst hätte es keinen Konkurs gegeben). Zuweilen gibt es hier gar nichts mehr oder nur noch eine Dividende von wenigen Prozenten der zugelassenen Forderungen.
- 457 **Zur Wortbedeutung:** *Dividende*, von lateinisch "dividere" = teilen, verteilen. "Quota dividenda" = die zu verteilende Quote. - Das Wort *Dividende* wird sowohl für die Verteilung des Konkursergebnisses gebraucht, wo es für den Empfänger einen traurigen Nebenklang hat, weil eine *Dividende* von 10% gleichbedeutend ist mit einem Konkursausfall von 90%. Das Wort "*Dividende*" wird sodann bei der Verteilung des Reingewinns von Kapitalgesellschaften (Aktiengesellschaft, GmbH) verwendet. Hier hat das Wort einen erfreulichen Klang.
- 458 Zuweilen geht dem Konkursverwalter das Geld schon bei den Gläubigerinnen der zweiten Klasse oder sogar schon bei denjenigen der ersten Klasse aus, so dass schon dort nur noch eine reduzierte Quote, keine volle Deckung mehr gegeben werden kann.
- 459 Im Sinne der Gleichbehandlung der Gläubigerinnen einer Klasse erhalten alle Angehörigen der Klasse, für deren volle Befriedigung das Geld nicht mehr reicht, den gleichen Prozentsatz bzw. die gleiche Quote auf ihre zugelassenen Forderungen ausbezahlt. Das Konkursrecht schafft also Gleichheit zwischen den Angehörigen der gleichen Klasse, Ungleichheit zwischen den Angehörigen verschiedener Klassen und Ungleichheiten im Verhältnis zwischen den gewöhnlichen Gläubigerinnen und den Pfandgläubigerinnen sowie im Verhältnis zu den Massagläubigerinnen.

h) 7. Akt: Die Verteilung der Konkursverlustscheine

- 460 Für den ungedeckt bleibenden Teil der zugelassenen Forderungen erhält jede Gläubigerin vom Konkursverwalter einen *Konkursverlustschein* ausgefertigt. Der Konkursverlustschein dokumentiert eine Forderung gegen den konkursiten Schuldner, die unverzinslich ist. Sie verjährt gegen den Schuldner zu dessen Lebzeiten binnen 20 Jahren, gegenüber seinen Erben binnen eines Jahres seit der Eröffnung des Erbganges.
- 461 War die Konkursitin eine *juristische Person*, so wäre ein Konkursverlustschein sinnlos. Denn nach Abschluss des Konkurses erlischt die juristische Person. Es existiert dann keine Verlustschein-Schuldnerin mehr. Deshalb werden bei Konkursen juristischer Personen keine Verlustscheine, sondern blosse "*Verlust-Ausweise*" (Verlust-Bestätigungen) ausgestellt.
- 462 Die Inhaber von Konkursverlustscheinen können aber mit diesen Papieren nur dann erneut eine Vollstreckung gegen den ehemaligen Konkursiten erlangen, wenn dieser wieder zu "*neuem Vermögen*" im Sinne von Art. 265 Abs. 2 und 265a SchKG gelangt ist. Die Bedingung des "neuen Vermögens" führt dazu, dass ehemalige Konkursiten,

gegen welche Verlustscheine in grossen Beträgen vorhanden sind, auch bei erfolgreicher späterer Tätigkeit die Tendenz haben, die Erzielung sichtbarer grosser Einkommensströme und die Aufhäufung sichtbaren Vermögens (eben des neuen Vermögens) zu vermeiden.

463 Mit der Ausfertigung der Konkursverlustscheine ist das Verfahren beendet.

464 Bei diesem Ablauf zeigt sich, dass eine Pfandgläubigerin, die während des 6. Aktes zunächst einen Pfandausfallschein erhalten und damit bei den Gläubigerinnen der 3. Klasse Platz genommen hatte, in der Schlussrunde einen Konkursverlustschein für den endgültig ungedeckt gebliebenen Teilbetrag ausgefertigt erhält.

i) Nachspiel: Der Verlustschein-Handel

465 Das spätere Geltendmachen von Verlustscheinen ist für private Gläubigerinnen mühsam und peinlich. Es liegt nicht jedermann, den ehemaligen Konkursiten zu überwachen, seinen Wohnsitz im Auge zu behalten und seine neuen Einkommens- und Vermögensverhältnisse aususpionieren, um gegebenenfalls den Nachweis des "neuen Vermögens" erbringen und mit dem Verlustschein zuschlagen zu können.

466 Aus diesem Grund haben sich bestimmte Leute und Institutionen darauf spezialisiert, nach Konkursen auf die Verlustschein-Inhaber zuzugehen und ihnen die Verlustscheine abzukaufen. In der Regel werden Verlustscheine zu einem Bruchteil ihres Nennbetrages gehandelt. Die auf das Verlustschein-Inkasso spezialisierte Institution überwacht die Verlustscheinschuldner und schlägt zu, sobald "*neues Vermögen*" im Sinne von Art. 265 Abs. 2 und 265a SchKG sichtbar wird.

467 Bestehen gegen eine natürliche Person Verlustscheine, so können diese ein letztes Mal im Erbgang gegenüber dem Nachlass geltend gemacht werden. Handelt es sich um grosse Beträge, so kann dies dazu führen, dass die Erben das Erbe ausschlagen. Mit der konkursamtlichen Liquidation des Nachlasses werden die Verlustscheine gegen den Erblasser endgültig gegenstandslos. Die Erben haben nichts mehr damit zu tun.

2. Erläuterungen zu einzelnen Vorgängen und Begriffen:

a) Massagläubiger und Massaschulden

468 Die Privilegierung der Massagläubiger mag auf ersten Blick als stossend erscheinen. Aber sie ist eine Notwendigkeit. Wenn der Konkursverwalter nicht befugt wäre, den von ihm beigezogenen Hilfskräften volle Bezahlung für deren Dienste zu leisten, so würde ihm niemand bei der Arbeit helfen.

469 Auch der Staat, der den Konkurs abwickelt und dafür eine Gebühr erhebt, hat keine Veranlassung, den Konkursgläubigerinnen Geschenke zu machen. Die Abwicklung von Konkursen ist keine staatliche Dienstleistung, die aus Steuergeldern finanziert werden darf, sondern sie erfolgt ausschliesslich im Interesse und auf Kosten der Gläubigerinnen, die an dem Konkurs teilnehmen. Verspricht die Masse keine volle Deckung der staatlichen Gebühr, so wird das Konkursamt erst tätig, nachdem eine Gläubigerin einen angemessenen Kostenvorschuss geleistet hat. Bei manchen Insolvenzfällen ist das Fehlen verwertbarer Aktiven derart offensichtlich, dass keine Gläubigerin Lust

hat, den vom Konkursamt geforderten Kostenvorschuss (von derzeit mindestens 10'000.-- CHF) à fonds perdu zu leisten. Solche Konkurse werden dann nicht durchgeführt, sondern bald nach ihrer gerichtlichen Eröffnung *mangels Aktiven eingestellt*.

- 470 Bei der Einstellung mangels Aktiven gibt es kein Kollokationsverfahren und keine Konkursverlustscheine. Die Gläubigerinnen behalten ihre bisherigen Forderungen in der bisherigen Gestalt, d.h. *verzinslich und verjährbar*, jederzeit durch neue Betreuung durchsetzbar (ohne die Voraussetzung des "neuen Vermögens" des Schuldners, die der Geltendmachung von Konkursverlustscheinen entgegensteht). Daraus ergibt sich die praktische Folge, dass ein Schuldner dem Konkurs immer dann entgeht, wenn er überhaupt keine Aktiven hat.

b) Die Rangordnung der Gläubigerinnen (die drei Klassen)

- 471 Die Rangordnung der Gläubiger ist in Art. 219 Abs. 4 SchKG festgehalten. Vereinfachend kann gesagt werden:

- *Erste Klasse*: Arbeitnehmer (für ihre Lohnforderungen der letzten 6 Monate) und Personalvorsorgeeinrichtungen (für ihre noch offenen Beitragsforderungen gegenüber dem konkursiten Arbeitgeber);

- *zweite Klasse*: Sozialversicherungs-Institutionen (AHV, IV etc.) für ihre rückständigen Beitragsforderungen; Kinder des Konkursiten für ihre Schadenersatzansprüche wegen des verlorenen Kindesvermögens;

- *dritte Klasse*: alle übrigen Gläubigerinnen.

- 472 Hatte der Konkursit Angestellte, so finden sich in der ersten Klasse zuweilen viele Gläubigerinnen mit bedeutenden Lohnrückständen. In der zweiten Klasse sitzen nur wenige Beamte von Sozialversicherungs-Institutionen, und ganz ausnahmsweise ein Kind, weil das unbefugte Konsumieren des Kindesvermögens durch einen überschuldeten Elternteil einen Ausnahmefall darstellt. Das Gros der Gläubiger pflegt sich in der dritten Klasse zusammenzufinden.

3. Die paulianische Anfechtung

- 473 Bedeutsam für das Verständnis des Konkurses und seiner Mechanik ist die Anfechtungsklage gemäss Art. 285-292 SchKG. Gemäss einem sprachlichen Missverständnis wurde in früheren Jahrhunderten angenommen, eine Klage dieses Typs sei vom römischen Juristen Paulus beschrieben worden. Deshalb nennt man die konkursrechtliche Anfechtungsklage noch heute die "*Actio Pauliana*" oder kurz "*Pauliana*". In gleichem Sinne spricht man von der "*paulianischen Anfechtung*", wenn man die Klagen gemäss Art. 285 ff. SchKG meint.

- 474 Das Gesetz nennt drei paulianische Anfechtungstatbestände, nämlich

- Art. 286 SchKG: **Schenkungsanfechtung**. - Anfechtbarkeit aller erheblichen Schenkungen, die innerhalb des letzten Jahres vor der Pfändung oder Konkurseröffnung vom Schuldner vorgenommen wurden.

- Art. 287 SchKG: **Überschuldungsanfechtung**. - Bestellung von Sicherheiten ohne Rechtspflicht dazu; Tilgung einer Geldschuld auf andere Art als durch Geldleistung, beispielsweise durch Hingabe wertvoller Gegenstände an Zahlungen statt; vorzeitige

Zahlung einer noch nicht fälligen Schuld (das Gesetz spricht altertümlich von einer noch nicht "verfallenen" Schuld).

- Art. 288 SchKG: **Absichtsanfechtung**. - Anfechtbarkeit aller Rechtshandlungen, die während der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkurseröffnung unter Umständen vorgenommen wurden, unter denen die begünstigte Drittperson erkannt hat oder hätte erkennen müssen, dass Gläubiger benachteiligt werden. - *Nicht* erforderlich ist, dass der Schuldner seinerseits bei der Vornahme der Handlung tatsächlich eine solche Absicht gehabt hat; sie wäre ohnehin kaum jemals zu beweisen.

475 Die Überschuldungspauliana gemäss Art. 287 betrifft Fälle der *Gläubigerbegünstigung*. Bei der Schenkungspauliana gemäss Art. 286 und bei der Absichtspauliana gemäss Art. 288 SchKG sind die begünstigten Personen in der Regel nicht Gläubiger. Durch diese Geschäfte werden also nicht einzelne Gläubigerinnen begünstigt, sondern die Gesamtheit der Gläubigerinnen benachteiligt.

476 Von praktischer Bedeutung ist vor allem die Absichtspauliana gemäss Art. 288, weil sie fünf Jahre in die Vergangenheit zurückgreift, wann immer sich für eine natürliche Person, d.h. namentlich für einen Einzelkaufmann, einen Kollektivgesellschaftler, für ein Verwaltungsratsmitglied einer Aktiengesellschaft etc. von ferne das Risiko einer Insolvenz abzeichnet, namentlich wenn sich ungenügend versicherte Berufshaftpflichtrisiken verwirklichen.

477 Man denke an folgende Beispiele:

- Ein Chirurg macht bei einer Operation einen schweren Fehler und verursacht dadurch die lebenslängliche Invalidität des Patienten.
- Ein Geschäftsinhaber sieht wegen mangelhaft ausgeführter Arbeit Haftpflichtansprüche grossen Umfangs auf sich zukommen
- Die Verwaltungsratsmitglieder einer Bank oder Finanzgesellschaft oder einer Unternehmung des Luftverkehrs werden plötzlich mit der Situation konfrontiert, dass die Gesellschaft aufgrund einer Neubewertung ihrer Aktiven und Passiven, oder aufgrund einer unglücklichen Geschäftsentwicklung in Milliardenhöhe überschuldet ist.

478 In solchen Situationen machen sich die betroffenen Personen notwendigerweise ihre Gedanken, ob und wie sie ihre gewohnte Lebenshaltung auch nach einem allfälligen Insolvenzverfahren weiterführen können. Wer verheiratet ist, in einem eigenen Einfamilienhaus wohnt und ein Ferienhaus besitzt, wird diese weithin sichtbaren Aktiven reflexartig auf den Ehepartner übertragen und unverzüglich Gütertrennung vereinbaren. Auch das weitere Vermögen wird in einem solchen Moment zweckmässigerweise sogleich hälftig geteilt und dem Ehepartner im Sinne einer güterrechtlichen Auseinandersetzung auf separate Konten und Bankdepots angewiesen. Kommen in der Folge Gläubiger daher und verlangen Schadenersatzzahlungen der erwähnten Art in Millionenhöhe, so wird der Angegriffene zunächst seine Schadenersatzpflicht grundsätzlich bestreiten. Die Gläubiger müssen den ordentlichen Prozessweg einschlagen, was durch alle Instanzen hindurch meist länger als fünf Jahre dauert. Damit hat der Schuldner die Fünfjahresfrist von Art. 288 meist ausgestanden, bevor das Vollstreckungsverfahren seinen Anfang nimmt.

- 479 Ähnliche Vorkehren sind ausserdem üblich, wenn ältere Personen in riskanter Lage werthaltige Aktiven, beispielsweise Juwelen, Gemälde, Markensammlungen etc. als Erbvorbezüge ihren Nachkommen schenken.
- 480 Da es bei der Absichtsanfechtung auf den guten Glauben des Empfängers, nicht auf die inneren Absichten des Schenkers (und potentiellen Schuldners) ankommt, kann dieser auch innerhalb der Fünfjahresfrist noch unanfechtbare Schenkungen tätigen, solange nachweislich noch niemand in seiner nächsten Umgebung von der aufziehenden Risikosituation Kenntnis hat. Man denke an einen Geschäftsmann, der in grossem Stil fremdes Geld veruntreut hat und plötzlich zu ahnen beginnt, dass eine strafrechtliche Ermittlung gegen ihn läuft, in deren Gefolge die Sache dann platzen und die Insolvenz eintreten könnte. Wenn dieser Geschäftsmann nun seine Ehefrau zum Notar führt und im oben beschriebenen Sinne Gütertrennung vereinbart und das vorhandene Vermögen hälftig zuweist, so empfängt die solcherart Beschenkte den Segen vollkommen gutgläubig. Von einer Überschuldung weiss sie nichts und ahnt sie nichts.
- 481 Während sich die Insolvenz bei heraufziehenden Schadenersatzansprüchen aus Haftpflichttatbeständen mittels umständlicher Prozessführung meist über die Fünfjahresfrist von Art. 288 hinauszögern lässt, trifft das gleiche nicht zu für unbestreitbare vertragliche Schulden wie beispielsweise für Schulden aus der privaten Bürgschaft für den geschäftlichen Betriebskredit. Bricht das Geschäft finanziell zusammen, so ist die Rechtslage zulasten des Bürgen derart klar, dass es nicht ernsthaft etwas zu diskutieren und zu streiten gibt. Die mit einer solchen Klage befassten Gerichte brauchen pro Instanz kein volles Jahr, so dass das rechtskräftige Urteil nach zwei bis drei Jahren vorliegt und die zu Beginn dieser Phase auf die Ehefrau übertragenen Vermögenswerte an die Konkursmasse zurückgegeben werden müssen.
- 482 Vermögensverschiebungen "der letzten Minute", die nach Art. 286 und 287 SchKG anfechtbar sind, bilden demgegenüber eher die Ausnahme. Es sind die Verzweiflungstaten von Tolpatschen, die dumm genug waren, nicht rechtzeitig zu merken, dass ihre Vermögenslage bachab ging.

4. Zulässige Verrechnung im Konkurs (Art. 213 SchKG)

- 483 Art. 213 Abs. 1 SchKG lautet:

"Ein Gläubiger kann seine Forderung mit einer Forderung, welche dem Schuldner ihm gegenüber zusteht, verrechnen."

- 484 In dieser Bestimmung liegt eine massive Privilegierung jener Gläubigerinnen des Konkursiten, die bei Konkursausbruch ihrerseits Schuldnerinnen des Konkursiten waren. Sie erhalten im Umfange ihrer Gegenforderung kraft der Verrechnung volle Deckung. Man denke an einen Stahlhändler, der monatlich grosse Quantitäten von Armierungsstahl an eine Baufirma liefert und an der Bonität dieser Kundin zu zweifeln beginnt. Die Baufirma bleibt gegenüber dem Stahlhändler mit der Tilgung der Fakturen immer mehr im Rückstand, so dass der Stahlhändler hier einen Debitorenausstand von mehreren hunderttausend Franken in den Büchern stehen hat. Um eine verrechenbare Gegenforderung zu erwerben, kann der Stahlhändler sich von der betreffenden Baufirma Bauleistungen erbringen lassen, bei ihr beispielsweise die Sanierung seiner Lagerhalle in Auftrag geben. Bleibt er nun seinerseits mit der Bezahlung der Rechnungen an die Baufirma in gleichem Umfange im Rückstand, wie die Baufirma ihrerseits verspätet bezahlt, so ist der Stahlhändler aus dem Risiko des Debitorenverlustes heraus.

Fällt die Baufirma in Konkurs, so erklärt der Stahlhändler die Verrechnung und hat dadurch bezüglich seiner noch offenen Fakturen volle Deckung bewirkt.

5. Unzulässige Verrechnung im Konkurs (Art. 213 SchKG)

485 Art. 213 Abs. 2 SchKG lautet:

"Art. 213. - Verrechnung

1 ...

2 Die Verrechnung ist ausgeschlossen:

1. wenn ein Schuldner des Gemeinschuldners erst nach der Konkurseröffnung [auch] Gläubiger desselben wird;

2. wenn ein Gläubiger des Gemeinschuldners erst nach der Konkurseröffnung [auch] Schuldner desselben ... wird."

486 Zum Verständnis dient folgendes: Man denke an den Konkurs einer Maschinenfabrik. Ein Kunde dieser Fabrik schuldet noch, aus bezogenen Maschinen-Lieferungen, den Betrag von CHF 500'000.--. Die diesbezügliche Forderung der Maschinenfabrik ist eine unbestrittene, eindeutige Forderung. Auf der Gegenseite stehen zahlreiche Drittklassgläubiger, die beispielsweise eine Konkursdividende von nur 5% erwarten. Nun mag ein solcher Drittklassgläubiger, der vielleicht mit CHF 600'000.-- kolloziert wurde, auf den Gedanken kommen, seine Forderung (die angesichts der in Aussicht stehenden Dividende nur noch CHF 30'000.-- wert ist) an den vorerwähnten Schuldner zu verkaufen, d.h. entgeltlich abzutreten. Man nehme an, dieser Gläubiger und der Schuldner einigten sich auf einen Verkaufspreis für die kollozierte Forderung von CHF 100'000.--, und zwar zu dem Zwecke, dass anschliessend der Schuldner des Maschinenpreises seine Kaufpreisschuld mit der neu erworbenen Forderung verrechnen kann. Der Kalkül der beiden geht dahin, dass der Kaufpreisschuldner mit einem Einsatz von bloss CHF 100'000.-- eine tatsächliche Schuld von CHF 500'000.-- tilgen kann, während der Gläubiger für einen Forderungstitel von nominell CHF 600'000.--, mit einer Dividendenerwartung von bloss CHF 30'000.--, immerhin noch CHF 100'000.-- erhält. Der Kaufpreisschuldner bezahlt also letztlich nur einen Fünftel dessen, was er in Wirklichkeit müsste. Der zedierende Gläubiger erhält mehr als das Dreifache dessen, was er im Konkurs zugut hätte.

487 Gerade solche Manöver verletzen aber das Prinzip der Gleichbehandlung aller Gläubiger im Konkurs. Sie sind deswegen von Gesetzes wegen unwirksam.

488 Das Verrechnungsverbot gilt gemäss Art. 297 Abs. 4 SchKG auch für Forderungen, die während der Nachlassstundung erworben werden.

6. Kein Verrechnungsverbot während der Nachlassstundung für vorbestehende Forderungen

489 Für vorbestehende Forderungen und Schulden gilt kein Verrechnungsverbot. Wer im Zeitpunkt der Nachlassstundung oder des Konkursausbruchs zugleich Gläubiger und Schuldner der insolventen Gegenpartei ist, hat das Glück, seine bereits bestehende

Forderung gegen die ebenfalls bereits bestehende Schuld in vollem Umfang verrechnen zu können.

7. Der Rangrücktritt

- 490 Rangrücktritt heisst die Erklärung einer Gläubigerin, wonach die Erklärende im Falle des Konkurses für ihre Forderung nur unter der Bedingung kolloziert werden will, dass alle anderen Gläubigerinnen vorweg voll befriedigt werden. Durch den Rangrücktritt begibt sich die zurücktretende Gläubigerin gewissermassen in eine freiwillig eröffnete "vierte Konkursklasse".
- 491 Der Rangrücktritt kommt vor im Verhältnis zwischen Muttergesellschaften und Tochtergesellschaften, d.h. als eine Begleiterscheinung konzern-interner Finanzierungen. Arbeitet eine Konzern-Tochtergesellschaft mit Verlust, soll sie nach der Absicht der Konzernleitung aber trotz dieser Verluste weiterarbeiten, so hat die Konzern-Muttergesellschaft die Möglichkeit, die Verluste durch laufende Kapitalerhöhungen bei dieser Tochtergesellschaft auszugleichen und die Tochtergesellschaft auf diese Weise funktionsfähig zu erhalten.
- 492 Statt formeller Kapitalerhöhungen steht aber, mindestens in einer ersten Phase, die Gewährung von Darlehen im Vordergrund. Die Muttergesellschaft finanziert die auflaufenden Verluste ihrer Tochtergesellschaft durch die Hingabe von Geld. Die Muttergesellschaft bilanziert fortan eine entsprechende Darlehensforderung gegenüber der Tochter. Die Tochter bilanziert eine Darlehensschuld gegenüber der Mutter. Wenn solche Darlehensschulden in der Bilanz der Tochtergesellschaft dazu führen, dass die Grenzwerte von Art. 725 OR überschritten werden, tritt die Tochtergesellschaft formell in den Zustand der Überschuldung. Dies löst die Rechtspflicht des Verwaltungsrates aus, die Bilanz der Tochtergesellschaft zu deponieren. Da die Tochtergesellschaft aber von der Konzern-Muttergesellschaft finanziell gestützt ist und bleibt, besteht zur Aufregung kein Anlass, noch weniger zur Deposition der Bilanz und zur Konkursöffnung. Um in einem solchen Fall den Anforderungen von Art. 725 OR gerecht zu werden, genügt es, dass die Muttergesellschaft für ihre Darlehensforderung den Rangrücktritt erklärt. Durch diese Erklärung erhält das Darlehen im Sinne von Art. 725 OR die Qualität von Eigenkapital und braucht nicht als Verbindlichkeit qualifiziert zu werden.

8. Die Erledigungswirkung des Konkurses

- 493 Juristische Personen des Privatrechts gehen durch den Konkurs unter. Der Konkurs erledigt ihre gesamten vermögensrechtlichen und übrigen Belange endgültig.
- 494 Konkursite natürliche Personen profitieren von der Erledigungswirkung des Konkurses insofern, als alle ihre Schulden, die bis zum Tage der Konkursöffnung entstanden sind, im Laufe des Konkurses in Konkursverlustscheine umgewandelt werden. Der ehemalige Konkursite muss die in den Konkursverlustscheinen ausgewiesenen Schulden nur bezahlen, wenn und soweit er später wieder zu "*neuem Vermögen*" im Sinne von Art. 265 Abs. 2 und 265a SchKG gelangt.
- 495 Ein weiterer Vorteil für konkursite natürliche Personen ergibt sich aus der Bestimmung von Art. 197 SchKG, wonach die Konkursmasse nur jene Vermögenswerte umfasst, die dem Schuldner am Tage der Konkursöffnung gehören oder ihm während

des Konkursverfahrens "*anfallen*". Zum *anfallenden Vermögen* gehören anfallende Zinsen, Mieterträge, Erbschaften, Schenkungen, Lotterie- und Spielgewinne.

- 496 Kein "*anfallendes Vermögen*" ist dagegen der *Arbeitserwerb*, unabhängig von seiner Höhe. Vom Tage der Konkurseröffnung an arbeitet der konkursite Schuldner also gewissermassen auf neue, eigene Rechnung.
- 497 Ob ein bestimmtes Erwerbseinkommen des Konkursiten in die Konkursmasse gehört und damit den Alt-Gläubigern verfallen ist, oder ob das Einkommen an den Konkursiten (und gegebenenfalls an seine neuen Gläubiger) fliesst, hängt davon ab, wann die rechtsbegründenden Vorgänge stattgefunden haben, d.h. wann die einkommenserzeugende Arbeit geleistet wurde. Der Lohn für alle Arbeit, die bis zum Tage der Konkurseröffnung geleistet wurde, gehört in die Masse. Der Lohn für alle später geleistete Arbeit gehört nicht in die Masse, sondern steht dem Schuldner zur freien Verfügung zu. Belanglos ist in diesem Zusammenhang, wann der Lohn ausbezahlt wird.
- 498 Diese Regelung ist für den Schuldner umso wohltuender, als allfällige vor dem Konkurs laufende Lohnpfändungen, die seinen Lohn bis zum Existenzminimum hinunter absorbiert hatten, mit der Konkurseröffnung dahinfallen. Ab sofort verfügt der Konkursit wieder frei über seinen ganzen Lohn bzw. über seinen ganzen Arbeitserwerb. Ab Konkurseröffnung kann er, wenn er anständig verdient, wieder in guten Hotels Ferien machen und Flugtickets der Business-Klasse kaufen. Die Vermeidung "neuen Vermögens" im Sinne von Art. 265 Abs. 2 und 265a SchKG ist zuweilen geradezu das Motiv für einen ehemaligen Konkursiten, sein Einkommen Monat für Monat aufzubrechen, teure Ferien zu machen und splendid zu tafeln.

9. Zusammenfassender Überblick über die Wirkungen des Konkurses

- 499 Der Konkurs bewirkt für die Gläubiger:

a) Fälligkeit aller Forderungen

Alle Forderungen (mit Ausnahme der *grundpfandgesicherten*) werden fällig (Art. 208 SchKG).

b) Stopp des Zinsenlaufs

Für alle Forderungen mit Ausnahme der *grund- und faustpfandgesicherten* endet der Zinsenlauf (Art. 209 SchKG).

c) Umwandlung in Geldforderungen

Forderungen auf andere als Geldleistungen werden in Geldforderungen von entsprechendem Wert umgewandelt (Art. 211 SchKG). Ausgenommen von dieser Regel sind die Miet- und Pachtverträge über Grundstücke des Schuldners; sie werden - gleich wie die nicht-fälligen Grundpfandschulden - auf den Ersteigerer des Grundstücks überbunden (Art. 260 und 290 OR; Art. 50 VZG).

d) Konkursverlustscheine sind unverzinslich und haben eine längere Verjährungszeit

Die in Konkursverlustscheinen ausgewiesenen Restforderungen sind unverzinslich und verjähren gegenüber den Schuldner zu dessen Lebzeiten binnen 20 Jahren, gegenüber seinen Erben binnen eines Jahres seit der Eröffnung des Erbganges (Art. 149a SchKG). Konkursverlustscheine können gegenüber dem Schuldner nur geltend gemacht werden, wenn dieser zu "*neuem Vermögen*" gelangt ist (Art. 265 Abs. 2 SchKG).

e) Überbindung gewisser Pflichten auf den Ersteigerer

Die nicht-fälligen grundpfandgesicherten Forderungen sowie die Vertragspflichten aus Grundstückmiet- und -pachtverträgen werden dem Ersteigerer des Grundstücks überbunden (Art. 135 Abs. 1 SchKG; Art. 50 VZG).

500 Der Konkurs bewirkt für den Schuldner:

a) Konkursbeschlagnahme über das ganze Schuldnervermögen

Der Schuldner verliert die Verfügungsbefugnis über sein altes Vermögen und über alles neue Vermögen, das ihm während des Konkursverfahrens "*anfällt*" (Art. 197 Abs. 1 SchKG) (nicht aber über die zum Existenzminimum gehörenden *Kompetenzgegenstände* gemäss Art. 92 und 224 SchKG und nicht über sein *Erwerbseinkommen*, soweit der Schuldner dieses durch Arbeitsleistungen nach der Konkurseröffnung erzielt; Art. 197 Abs. 2 SchKG).

b) Arbeitserwerb ab Konkurseröffnung auf neue Rechnung

Ab Konkurseröffnung erzielt der Schuldner seinen Arbeitserwerb auf neue Rechnung in dem Sinne, dass er über diesen Erwerb frei verfügt und für neu begründete Schulden mit diesem Erwerb vorbehaltlos haftet, wogegen er für die vor der Konkurseröffnung entstandenen, durch Verlustscheine ausgewiesenen alten Schulden nur unter dem Vorbehalt haftet, dass er zu "*neuem Vermögen*" gelangt.

F. Der Privatkonkurs (Insolvenzerklärung)

501 Art. 191 SchKG lautet:

"Art. 191. - III. Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung. - B. Auf Antrag des Schuldners

1 Der Schuldner kann die Konkurseröffnung selber beantragen, indem er sich beim Gericht zahlungsunfähig erklärt.

2 Der Richter eröffnet den Konkurs, wenn keine Aussicht auf eine Schuldenbereinigung nach den Artikeln 333 ff. besteht."

502 Diese Bestimmung erlaubt es beliebigen Privatpersonen, auch solchen, die nicht der Konkursbetreuung unterliegen, für sich selber das Konkursverfahren auszulösen. Der beim Gericht zu stellende Antrag wird gemeinhin auch "*Insolvenzerklärung*" genannt.

503 Der Privatkonkurs bietet dem Schuldner erhebliche Erleichterungen. Ohne Insolvenzerklärung wird er laufend durch Betreibungen und Pfändungen für seine alten Schul-

den belästigt, ohne jemals Atem holen zu können. Die Pfändungsgläubiger brauchen keine Hürde des "neuen Vermögens" zu übersteigen, sondern können dem Schuldner laufend alles vor der Nase wegnehmen, was sein betriebsrechtliches Existenzminimum übersteigt.

- 504 Hat der Schuldner einmal den Privatkonkurs ausgelöst, so verwandeln sich die Forderungen dieser Gläubiger in Konkursverlustscheine. Sie sind fortab unverzinslich, verzinsen andererseits aber erst nach 20 Jahren. Sie können nur geltend gemacht werden, wenn der Schuldner "*neues Vermögen*" erworben hat. Der unter den gierigen Augen von Verlustscheininhabern lebende Schuldner wird sich hüten, "*neues Vermögen*" anzuhäufen.
- 505 Um es notorischen Schuldenmachern nicht allzu leicht zu machen, mit der Insolvenzerklärung gemäss Art. 191 SchKG ihren Gläubigerinnen eine lange Nase zu drehen, wird der angerufene Richter vom Schuldner einen angemessenen Kostenvorschuss einverlangen, um den Privatkonkurs durchzuführen. Üblich ist ein Kostenvorschuss von CHF 10'000.--. Ein Schuldner, der dieses Geld nicht aufbringen kann, kann sich nicht insolvent erklären bzw. er hat mit dem Gesuch beim Gericht keinen Erfolg.
- 506 Die andere Hürde, die der Schuldner überwinden muss, ist diejenige von Art. 191 Abs. 2 SchKG: Der Richter ist verpflichtet, die wichtigsten Gläubigerinnen des Schuldners anzuhören und abzuklären, ob nicht andere Sanierungsmöglichkeiten als die Eröffnung des Konkurses bestehen. Wenn plausibel erscheint, dass der Schuldner bei gutem Willen den Hauptteil der Schulden mindestens zu einem respektablen Prozentsatz über eine mit den Gläubigerinnen vereinbarte Zeitspanne "abstottern" kann, darf der Richter nicht den Privatkonkurs eröffnen, sondern muss auf eine solche Schuldensanierung hinwirken.

G. Nachlassstundung und Nachlassvertrag (Art. 293 ff. SchKG)

- 507 **Zur Wortbedeutung:** *Nachlassvertrag heisst jener Vertrag, bei dem die Gesamtheit der Gläubigerinnen oder bestimmte Kategorien von Gläubigerinnen gegenüber einem in Zahlungsschwierigkeiten geratenen Schuldner auf ihre Forderungen teilweise verzichten, d.h. dem Schuldner einen Teil seiner Schulden "nachlassen" (im Sinne von erlassen; hievon der Name des Nachlassvertrags. Das Wort hat nichts zu tun mit dem Begriff des Nachlasses im Sinne von Erbschaft). Der Nachlassvertrag ist entweder ein von allen Drittklass-Gläubigerinnen freiwillig unterzeichneter Vertrag (aussergerichtlicher Nachlassvertrag), oder er wird, wenn einzelne Drittklass-Gläubigerinnen nicht freiwillig mitzumachen bereit sind, auf Antrag des Schuldners und mit der Zustimmung der Mehrheit der Gläubigerinnen sämtlichen Gläubigerinnen durch gerichtliche Verfügung aufgezwungen (gerichtlicher Nachlassvertrag). Immer ist es so, dass die Gläubigerinnen der dritten Konkursklasse einheitlich auf eine gleiche Quote ihrer Forderungen verzichten müssen. Der Nachlassvertrag kommt zur zustande, wenn die Erst- und Zweitklassgläubigerinnen vorweg voll befriedigt werden können.*
- 508 Um die Funktion des gerichtlichen Nachlassvertrags (Prozentvergleich und Liquidationsvergleich) zu erfassen, vergegenwärtige man sich nochmals den Ablauf des Konkursverfahrens im oben beschriebenen Szenario. Dabei geht es um den "zweiten Akt", nämlich die Requisition der Aktiven. Der staatliche Konkursverwalter marschiert, wenn er einen Konkurs abzuwickeln hat, in den Räumen des Schuldners ein, und legt

dort sogleich alles still. An den Hauptschaltern des Gebäudes stellt er Strom, Gas, Wasser und Telefonversorgung ab, denn er hat kein Geld, um weitere Rechnungen der IWB und der Swisscom zu bezahlen. Handelte es sich um einen Geschäftsbetrieb, in dem bis dahin noch gearbeitet wurde, so lässt der Konkursverwalter die Läden herunter und schickt die Arbeitnehmer nach Hause. Sie haben hier nichts mehr zu suchen. Der Konkursverwalter kann keine Löhne für weitere Arbeiten mehr bezahlen. Dann beginnt er Konkursverwalter mit der Inventur. Er sammelt alle Aktiven ein und verbringt sie in die Konkursmasse. In der Folge werden die Aktiven durch den Gantbeamten mit ähnlicher Speditivität versteigert, notfalls zu Schleuderpreisen.

- 509 Durch diese Mechanik des Konkurses werden erhebliche Werte zerstört, wenn ein noch laufender Betrieb mit wertvollem Know How, mit intakter Kundschaft und Goodwill in das Insolvenzverfahren gerät. Man denke an eine Elektroinstallationsfirma mit gut eingeführtem Namen und fester Kundschaft, die mit einem Mitarbeiterbestand von 100 Arbeitnehmern zu den führenden Unternehmungen in der Region zählt, deren Inhaber sich aber unglücklicherweise in den Kopf gesetzt haben, durch die Entwicklung eines *Perpetuum Mobile* das grosse Geld zu verdienen und die sich bei dieser unsinnigen Forschungsarbeit hoch verschuldet haben, bis sie erkennen mussten, dass sie ihr Unternehmen in den finanziellen Ruin geführt haben. Mit dem Erlöschen der Hoffnungen entfällt die Bereitschaft der Bank, die bis dahin aufgelaufenen Kredite weiterzuführen. Sie verlangt Tilgung der Kredite, womit das Unternehmen sogleich hoch überschuldet und konkursreif ist. Bilanzierten Aktiven von beispielsweise 10 Mio Franken stehen Passiven von 150 Mio Franken gegenüber. Die Aktiven umfassen das Warenlager für das Elektroinstallationsgeschäft und die Geschäftsliegenschaften.
- 510 In einer solchen Situation wäre der oben beschriebene Einmarsch des Konkursverwalters ein Jammer. Für solche Fälle ist der Nachlassvertrag die richtige Lösung.
- 511 Das Verfahren beginnt damit, dass die insolvente Firma beim zuständigen Gericht ein Gesuch um Nachlassstundung stellt. Wird das Gesuch gutgeheissen, dann werden alle laufenden Beteiligungen gegen diese Firma gestoppt und sie kriegt wieder Luft gegenüber ihren Gläubigern. Anschliessend muss die Firma den Entwurf zu einem Nachlassvertrag vorlegen, in welchem sie aufzeigt, bei einem wie hohen prozentualen Forderungsverzicht der Drittklassgläubiger die Unternehmung in der Zukunft wieder lebensfähig sein wird. Üblich ist ein Verzicht von etwa 75%. Es kommen aber auch höhere Verzichtsquoten vor.
- 512 Vom Nachlassvertrag werden, wie gesagt, nur die die Gläubigerinnen in dritter Konkursklasse, betroffen. Die privilegierten Gläubigerinnen und die Massagläubigerinnen müssen allemal voll befriedigt werden. Wenn das Schuldnervermögen dazu nicht ausreicht, gibt es keinen Nachlassvertrag (Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG).
- 513 Das Nachlassverfahren ist ähnlich zu denken wie das oben dramatisch dargestellte Konkursverfahren, bloss laufen die Dinge vom zweiten Akt an anders. Statt des Konkursverwalters setzen die Gläubiger (bzw. das Gericht auf Antrag einer Gläubigermehrheit) einen *Nachlassliquidator* ein. Als Nachlassliquidatoren werden in der Regel grosse Treuhandgesellschaften ernannt. Die Nachlassliquidatorin verhält sich nun unternehmerisch. In dem soeben beschriebenen Beispiel der überschuldeten Elektroinstallationsfirma gründet sie beispielsweise namens und auf Rechnung der konkursiten Unternehmung eine neue Tochtergesellschaft, eine sogenannte *Auffanggesellschaft*. Anlässlich der Gründung werden alle für das Elektroinstallationsgeschäft betriebsnotwendigen Aktiven auf die neue Tochtergesellschaft übertragen. Diese Tochtergesell-

schaft erhält den gleichen Namen, den die bisherige, insolvent gewordene Firma trug; die alte Firma wechselt ihren Namen. Alle Elektroinstallateure lassen ihre Arbeitsverhältnisse von der insolvent gewordenen Firma auf die Auffanggesellschaft übertragen und arbeiten in deren Dienst weiter. Das gesamte Aktienkapital der Auffanggesellschaft gehört der insolvent gewordenen Muttergesellschaft, steht nun aber als intaktes Aktivum zum Verkauf. Verkaufsgegenstand ist nun nicht ein durcheinandergewürfelter Haufen einzelner Aktiven, die zu Schleuderpreisen hierhin und dorthin verhökert werden, sondern eine intakte, am Ort bestens eingeführte Elektroinstallationsfirma, also eine Unternehmung, für die bei sorgfältiger Suche von Erwerbskandidaten und sorgfältiger Verhandlungsführung ein Preis von beispielsweise CHF 50 Mio gelöst werden kann.

- 514 Die Umsetzung eines derartigen Projektes, d.h. die Ausgliederung der betrieblich gesunden Unternehmensteile mitsamt dem dazugehörigen Personal auf eine neu gegründete Auffanggesellschaft und der anschliessende Verkauf dieser Auffanggesellschaft zu einem hohen Preis erheischt Zeit - mindestens ein bis zwei Jahre. Ein staatlicher Konkursverwalter und das staatlich geleitete Konkursverfahren sind zur Umsetzung solcher Projekte ungeeignet.
- 515 Heute werden bei allen grösseren Unternehmenskonkursen, bei denen intakte Unternehmensteile identifiziert werden können, Nachlassverträge angestrebt.
- 516 Ob die Gläubigerinnen dabei besser fahren, als wenn das insolvent gewordene Unternehmen konkursamtlich zerschlagen und einzelstückweise versteigert worden wäre, steht nicht immer fest. Die als Nachlassliquidatorinnen eingesetzten Firmen pflegen sich für ihre Tätigkeit zu hohen Stundenansätzen honorieren zu lassen, so dass die im Nachlassverfahren erzielten Mehrerlöse zuweilen durch die hohen Honorarkosten der Nachlassliquidatorin völlig verzehrt werden. Aus der Sicht von Gläubigerinnen ist der rasche Konkurs demzufolge oft ein "Ende mit Schrecken", das dem mühseligen Dahintrödeln einer Nachlassliquidation - als einem "Schrecken ohne Ende" - vorzuziehen ist. Aber die Gerichte haben die Tendenz, Nachlassverfahren durchzusetzen, wann immer der Anschein besteht, dass dadurch Arbeitsplätze gerettet werden können. Es geht bei der Bewilligung oder Verweigerung des Nachlassvertrags also letztlich meist nicht um Schuldnerinteressen oder Gläubigerinteressen, sondern um die Erhaltung von Arbeitsplätzen.

H. Der Arrest (Art. 271 SchKG)

- 517 Unter Arrest im schuldbetreibungsrechtlichen Sinne versteht man die von einer Gläubigerin erwirkte überfallmässige amtliche Beschlagnahme von Schuldnervermögen. Der Arrest soll durch seinen Überraschungseffekt verhindern, dass der Schuldner das Arrestgut verbraucht oder ins Ausland verschiebt. Der Arrest findet zeitlich also *vor* dem Betreibungsverfahren und einem allfälligen Prozess statt. In der ersten Phase des Arrestverfahrens geniesst der Arrestschuldner kein rechtliches Gehör. Das würde den Zweck des Arrestes vereiteln.
- 518 Freilich kann nicht jede Gläubigerin für jede beliebige Forderung einen Arrest nehmen lassen. Der Arrest bedeutet einen schweren Eingriff in die Stellung des Schuldners. Er ist nur zulässig, wenn eine besondere Gefahr der Beiseiteschaffung des Arrestgutes gegeben ist. Diese Gefahr ist in Art. 271 Abs. 1 SchKG konkretisiert, und zwar in der

Gestalt einiger gesetzlich beschriebenen Konstellationen, den sogenannten Arrestgründen.

- 519 Die Arrestnahme ist zulässig gegen Schuldner ohne festen Wohnsitz, gegen Schuldner, die Vermögensstücke beiseite schaffen, gegen Schuldner auf der Durchreise für deren sofort zu erfüllende Schulden (z.B. Hotelrechnungen), ferner wenn ein Verlustschein vorliegt, schliesslich gegen Ausländer für deren Schulden, die einen Bezug zur Schweiz haben.