



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
Main Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2004

Strukturen und Verletzungen von Obliegenheiten im Schweizerischen Privatrecht (unter Ausschluss des Versicherungsrechts)

Ehrensperger, Thomas

Abstract: Die folgende Dissertation behandelt den Rechtsbegriff der Obliegenheit im Schweizerischen Privatrecht unter Ausschluss des Versicherungsrechts. Die dogmatische Struktur der Obliegenheit bildet den Hauptgegenstand dieser Dissertation, zu welcher anhand einer Untersuchung der Tatbestände des Schweizerischen Privatrechts Stellung bezogen wird. Weiter werden die Rechtsfolgen der Verletzung der verschiedenen Tatbestände untersucht. Einige Spezialfragen im Zusammenhang mit dem in dieser Arbeit behandelten Rechtsbegriff wie die Haftung für Hilfspersonen bilden den abschliessenden Untersuchungsgegenstand. The following doctoral thesis approaches the legal topic, which in Swiss civil law is called "Obliegenheit" (most similar "responsibility"), excluding the insurance law. The dogmatic structure of the "Obliegenheit" represents the main issue of this doctoral thesis, which is commented after an examination of the legal rules in Swiss civil law. Further the legal consequences of the violation of the different legal rules are inquired. Some special questions connected to the legal topic treated in this thesis like the liability for substitutes are the final issue.

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-163164>

Dissertation

Published Version

Originally published at:

Ehrensperger, Thomas. *Strukturen und Verletzungen von Obliegenheiten im Schweizerischen Privatrecht (unter Ausschluss des Versicherungsrechts)*. 2004, University of Zurich, Faculty of Law.

Strukturen und Verletzungen von Obliegenheiten im Schweizerischen Privatrecht

(unter Ausschluss des Versicherungsrechts)

Dissertation

der Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Zürich

Zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Thomas Ehrensperger

von Winterthur ZH

genehmigt auf Antrag von

Prof. Dr. Heinz Rey

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 26. Mai 2004

Der Dekan: Prof. Dr. A. Donatsch

Meinen Eltern

Danksagung

An dieser Stelle möchte ich all den Personen meinen herzlichen Dank aussprechen, die mich in irgendeiner Weise bei meiner Arbeit unterstützt haben.

Insbesondere dankend erwähnen möchte ich meinen Betreuer, Herrn Prof. Dr. Heinz Rey, der mich mit dem behandelten Thema vertraut machte und das Entstehen der vorliegenden Arbeit mit Interesse begleitet hat. Seine Anmerkungen haben zu einem fruchtbaren Diskurs geführt, welcher die Arbeit vor allem auf der strukturellen Ebene vorangebracht hat. Für die jeweils kritische Durchsicht des Manuskripts und die entsprechenden Anregungen möchte ich zudem meiner Mutter, Doris Ehrensperger, und Herrn cand. phil. Harald Tappeiner danken. Den abschliessenden Dank erhält mein Vater, Markus Ehrensperger, der mit viel Geduld meinen Computer betreute.

Zitiert sind in der vorliegenden Dissertation grundsätzlich die neusten Auflagen. Bei Zitaten älterer Auflagen ist dies besonders erwähnt. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur wurden bis Ende Februar 2004 berücksichtigt.

Zürich, im Juni 2004

Thomas Ehrensperger

Inhaltsübersicht

| | |
|--|-----------|
| Inhaltsverzeichnis | XI |
| Abkürzungsverzeichnis | IXX |
| Literaturverzeichnis | XXI |
| Erster Teil: Einleitung | 1 |
| 1. Kapitel: Untersuchungsgegenstand und verwendete Begriffe | 1 |
| § 1 Gegenstand der Arbeit | 1 |
| A. Einleitende Bemerkungen | 1 |
| B. Aufbau der Arbeit | 2 |
| § 2 Grundlegende Begriffe im Zusammenhang mit den Obliegenheiten | 3 |
| A. Rechtspflicht | 3 |
| B. Rechtsgeschäft | 4 |
| C. Obligation | 6 |
| D. Nebenpflicht | 7 |
| E. Pflichtfreies Handeln | 7 |
| F. Sog. Zwischenfeld | 7 |
| 2. Kapitel: Obliegenheit: Terminologie und Entwicklung | 9 |
| § 3 Zur Terminologie | 9 |
| A. Herkunft | 9 |
| B. Allgemeiner Sprachgebrauch | 9 |
| C. Definition gemäss Wörterbuch | 9 |
| § 4 Die Entwicklung der Obliegenheit | 9 |
| A. Die Entwicklung der Obliegenheit im Privatversicherungsrecht | 9 |
| B. Die Entwicklung der Obliegenheit im Privatrecht (ohne Privatversicherungsrecht) | 12 |
| Zweiter Teil: Strukturen und Verletzungen von Obliegenheiten | 19 |
| 3. Kapitel: Die bisherige Diskussion zur Struktur der Obliegenheit | 19 |
| § 5 Die Struktur der Obliegenheit nach Reimer Schmidt | 19 |
| A. Allgemeine Einteilung der Rechtsnormen nach Reimer Schmidt | 19 |
| B. Die Obliegenheiten als "Pflichten minderen Grades" (nach Reimer Schmidt) | 27 |
| § 6 Die Kritik an der Arbeit von Reimer Schmidt und weitere Ansätze zur Struktur der Obliegenheit | 31 |
| A. Die Ablehnung der Obliegenheit als Rechtsbegriff | 32 |
| B. Die Obliegenheit als Last i.e.S. | 34 |
| C. Die Obliegenheit als Last i.w.S. | 35 |
| D. Die Obliegenheit als Pflicht minderen Grades | 38 |
| E. Übrige Qualifikationen der Obliegenheit | 39 |
| § 7 Dogmatisches Zwischenergebnis | 41 |
| A. Die Gemeinsamkeit der Definition der Obliegenheit über die Verletzungsrechtsfolgen | 41 |

| | |
|---|------------|
| B. Die Frage der Notwendigkeit eines eigenständigen Rechtsbegriffes der Obliegenheit | 42 |
| C. Die verschiedenen Lehrmeinungen zur Qualifikation der Obliegenheit | 42 |
| | |
| 4. Kapitel: Das Erscheinungsbild der Obliegenheiten im Schweizerischen Zivilrecht | 47 |
| § 8 Die Obliegenheiten im Schweizerischen Obligationenrecht | 47 |
| A. Erklärungsobliegenheiten | 47 |
| B. Mitwirkungsobliegenheiten | 74 |
| § 9 Die Obliegenheiten im Zivilgesetzbuch | 99 |
| A. Erklärungsobliegenheiten | 99 |
| B. Mitwirkungsobliegenheiten | 103 |
| § 10 Exkurs: Die Obliegenheiten in weiteren Teilbereichen der Rechtsordnung | 104 |
| A. Erklärungsobliegenheiten | 104 |
| B. Mitwirkungsobliegenheiten | 110 |
| | |
| 5. Kapitel: Die Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung | 113 |
| § 11 Charakteristika der Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung | 113 |
| A. Die Abweichungen der Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung gegenüber den Rechtsfolgen der Verletzung einer (vollkommenen) Obligation | 113 |
| B. Die verschiedenen, bei den einzelnen Obliegenheitsverletzungen vorgesehenen Rechtsfolgen ("andere Rechtsnachteile") | 114 |
| § 12 Weitere Aspekte der Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung | 116 |
| A. Die Bemessung der Rechtsfolgen | 116 |
| B. Die Intensität der Rechtsfolgen | 117 |
| C. Die Frage der Obliegenheitsverletzung als Anwendungsfall des Verbots wider- sprüchlichen Verhaltens | 118 |
| | |
| 6. Kapitel: Folgerung zur Struktur der Obliegenheit | 121 |
| § 13 Die Frage nach dem Pflichtcharakter der Obliegenheit | 121 |
| A. Die persönliche Ansicht betreffend die Frage nach dem Pflichtcharakter einer Rechtsnorm | 121 |
| B. Die eigentliche Frage nach dem Pflichtcharakter der Obliegenheit | 122 |
| § 14 Der persönliche Standpunkt zur Struktur der Obliegenheit | 123 |
| A. Die Gemeinsamkeiten der Obliegenheiten im Schweizerischen Zivilrecht | 123 |
| B. Die Bejahung des eigenständigen Obliegenheitsbegriffes | 125 |
| C. Zur eigentlichen Frage der Struktur der Obliegenheit | 128 |
| D. Die Charakterisierung der Struktur der Obliegenheit | 131 |
| | |
| Dritter Teil: Die Anwendung der allgemeinen Haftungsvoraussetzungen auf die Obliegenheitsverletzung und Spezialfragen | 135 |
| | |
| 7. Kapitel: Die Anwendung der allgemeinen Haftungsvoraussetzungen auf die Obliegenheitsverletzung | 135 |
| § 15 Die Frage der Kausalität bei der Obliegenheitsverletzung | 135 |
| A. Die Frage der Kausalität bei den Obliegenheiten nach dem "Alles-oder-Nichts- Prinzip" | 135 |

| | |
|--|------------|
| B. Die Kausalität bei den Obliegenheiten, deren Rechtsfolgen variieren können | 136 |
| § 16 Die Frage der Rechtswidrigkeit der Obliegenheitsverletzung | 137 |
| § 17 Die Frage des Verschuldens bei der Obliegenheitsverletzung | 138 |
| A. Allgemeine Ausführungen zum Verschuldensbegriff bei der Obliegenheitsverletzung | 138 |
| B. Obliegenheiten, für deren Verletzung kein Verschulden erforderlich ist | 139 |
| C. Obliegenheiten, für deren Verletzung ein Verschulden erforderlich ist | 141 |
| | |
| 8. Kapitel: Spezialfragen | 143 |
| | |
| § 18 Die Verantwortlichkeit für Hilfspersonen | 143 |
| A. Im Fall von Unterlassungen | 143 |
| B. Im Fall aktiven Handelns | 143 |
| | |
| § 19 Weitere Fragen | 145 |
| A. Die vertragliche Begründung von Obliegenheiten | 145 |
| B. Erfüllungsort und Erfüllungszeit | 145 |
| C. Die Möglichkeit der Irrtumsanfechtung bei den Erklärungsobliegenheiten | 146 |
| D. Keine Einrede des nicht erfüllten Vertrages im Fall einer Obliegenheitsverletzung | 146 |
| E. Kein Retentionsrecht im Fall einer Obliegenheitsverletzung | 146 |
| F. Konkurrenzen | 147 |
| | |
| Vierter Teil: Zusammenfassung | 149 |
| | |
| Curriculum vitae | 151 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----------|
| Abkürzungsverzeichnis | IXX |
| Literaturverzeichnis | XXI |
| | |
| Erster Teil: Einleitung | 1 |
| 1. Kapitel: Untersuchungsgegenstand und verwendete Begriffe | 1 |
| § 1 Gegenstand der Arbeit | 1 |
| A. Einleitende Bemerkungen | 1 |
| B. Aufbau der Arbeit | 2 |
| § 2 Grundlegende Begriffe im Zusammenhang mit den Obliegenheiten | 3 |
| A. Rechtspflicht | 3 |
| B. Rechtsgeschäft | 4 |
| C. Obligation | 6 |
| D. Nebenpflicht | 7 |
| E. Pflichtfreies Handeln | 7 |
| F. Sog. Zwischenfeld | 7 |
| 2. Kapitel: Obliegenheit: Terminologie und Entwicklung | 9 |
| § 3 Zur Terminologie | 9 |
| A. Herkunft | 9 |
| B. Allgemeiner Sprachgebrauch | 9 |
| C. Definition gemäss Wörterbuch | 9 |
| § 4 Die Entwicklung der Obliegenheit | 9 |
| A. Die Entwicklung der Obliegenheit im Privatversicherungsrecht | 9 |
| I. Erste Nachweise des Ausdrucks Obliegenheit | 10 |
| II. Allgemeine Geschäftsbedingungen von Versicherungsverträgen | 10 |
| III. Die Verwendung des Ausdrucks im Versicherungsvertragsgesetz von 1908 | 10 |
| IV. Exkurs: Die Struktur der Obliegenheit im Privatversicherungsrecht | 11 |
| B. Die Entwicklung der Obliegenheit im Privatrecht (ohne Privatversicherungsrecht) | 12 |
| I. Erste Ansätze zu einem Obliegenheitsbegriff | 12 |
| 1. Verschulden gegen sich selbst | 12 |
| 2. Abgrenzung über das Kriterium des "Leistensollens" | 13 |
| 3. Unterscheidung zwischen direkten und indirekten Verpflichtungen | 14 |
| 4. Koppelung der Pflicht an den Verschuldensbegriff | 15 |
| II. Die Verwendung des Ausdrucks im Obligationenrecht von 1911 | 16 |
| III. Die Einführung des Begriffes der Obliegenheit ins Schweizerische Privatrecht (ohne Privatversicherungsrecht) | 17 |
| IV. Die grundlegende Arbeit von Reimer Schmidt: Die Obliegenheiten | 17 |
| | |
| Zweiter Teil: Strukturen und Verletzungen von Obliegenheiten | 19 |
| 3. Kapitel: Die bisherige Diskussion zur Struktur der Obliegenheit | 19 |
| § 5 Die Struktur der Obliegenheit nach Reimer Schmidt | 19 |
| A. Allgemeine Einteilung der Rechtsnormen nach Reimer Schmidt | 19 |

| | | |
|------------|--|-----------|
| I. | Vorbemerkungen | 19 |
| 1. | Rechtsphilosophischer Ausgangspunkt | 19 |
| 2. | Psychologische Ausgangspunkte | 20 |
| II. | Das System der Einteilung der Rechtsnormen | 20 |
| 1. | Übersicht | 20 |
| a) | Verhaltensunabhängige Tatbestände | 20 |
| b) | Tatbestände bei Zuordnung von Sphären | 20 |
| c) | Verhaltensabhängige Tatbestände | 21 |
| 2. | Funktionelle Anreizungstatbestände | 22 |
| a) | Allgemein | 22 |
| b) | Frage der Pflicht | 23 |
| 3. | Funktionelle Nötigungstatbestände (Lasten) | 23 |
| a) | Allgemein | 23 |
| b) | Exkurs: Zivilprozessuale Lasten | 24 |
| c) | Frage der Pflicht | 25 |
| 4. | Teleologische Anreizungstatbestände | 25 |
| a) | Allgemein | 25 |
| b) | Frage der Pflicht | 26 |
| 5. | Teleologische Nötigungstatbestände | 26 |
| a) | Allgemein | 26 |
| b) | Frage der Pflicht | 27 |
| B. | Die Obliegenheiten als "Pflichten minderen Grades" (nach Reimer Schmidt) | 27 |
| I. | Bezeichnungen | 27 |
| II. | Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung | 28 |
| III. | Abgrenzung zu den funktionellen Nötigungstatbeständen | 28 |
| IV. | Abgrenzung zu den Verbindlichkeiten | 29 |
| 1. | Abgrenzung über die Interessenlage | 29 |
| 2. | Abgrenzung über die Verletzungsrechtsfolgen | 29 |
| V. | Weitere Aspekte der Arbeit von Reimer Schmidt | 30 |
| 1. | Ablehnung der bei den Verbindlichkeiten verwendeten typischen Begriffe | 30 |
| 2. | Ablehnung der Verbindlichkeits- und der Voraussetzungstheorie | 30 |
| 3. | Die Obliegenheitsverletzung als Verbot widersprüchlichen Verhaltens | 31 |
| 4. | Verschulden und Rechtswidrigkeit | 31 |
| § 6 | Die Kritik an der Arbeit von Reimer Schmidt und weitere Ansätze zur Struktur der Obliegenheit | 31 |
| A. | Die Ablehnung der Obliegenheit als Rechtsbegriff | 32 |
| I. | Die Ablehnung der Obliegenheit als Rechtsbegriff durch Josef Esser | 32 |
| II. | Die Ablehnung der Obliegenheit als Rechtsbegriff durch Jürgen Schmidt | 33 |
| B. | Die Obliegenheit als Last i.e.S. | 34 |
| I. | Die Abgrenzung der Obliegenheit von der Pflicht über die Rechtswidrigkeit | 34 |
| II. | Die Obliegenheit als Gebot des eigenen Interesses | 34 |
| III. | Die Qualifikation der Obliegenheit als Last durch Schweizer Autoren | 35 |
| C. | Die Obliegenheit als Last i.w.S. | 35 |
| I. | Die Obliegenheit als Last im Interesse beider Parteien | 35 |
| II. | Die Obliegenheit als Last mit rechtsgeschäftlichem Charakter | 36 |
| 1. | Grundsätzliche Qualifikation der Obliegenheit als Last | 36 |
| 2. | Rechtsgeschäftlicher Charakter der Obliegenheiten | 37 |
| III. | Die Obliegenheit als Last mit der Verletzungsrechtsfolge des Schadenersatzes | 37 |
| 1. | Grundsätzliche Qualifikation der Obliegenheit als Last | 37 |
| 2. | Der Schadenersatzanspruch als Verletzungsrechtsfolge der Obliegenheit | 38 |
| D. | Die Obliegenheit als Pflicht minderen Grades | 38 |
| I. | Deutsche und Schweizer Autoren | 38 |
| II. | Die grundsätzlich befürwortende Kritik von Kurt Ballerstedt | 39 |

| | | |
|-------------|---|-----------|
| E. | Übrige Qualifikationen der Obliegenheit | 39 |
| I. | Die Qualifikation der Obliegenheit nach Karl Spiro | 39 |
| II. | Die Qualifikation der Obliegenheit nach Olaf Henss | 40 |
| § 7 | Dogmatisches Zwischenergebnis | 41 |
| A. | Die Gemeinsamkeit der Definition der Obliegenheit über die Verletzungsrechtsfolgen | 41 |
| B. | Die Frage der Notwendigkeit eines eigenständigen Rechtsbegriffes der Obliegenheit | 42 |
| C. | Die verschiedenen Lehrmeinungen zur Qualifikation der Obliegenheit | 42 |
| I. | Die Obliegenheit als Last | 42 |
| II. | Die Obliegenheit als Pflicht minderen Grades | 43 |
| III. | Die übrigen Ansichten zur Qualifikation der Obliegenheit | 44 |
| IV. | Fazit | 45 |
| 4. Kapitel: | Das Erscheinungsbild der Obliegenheiten im Schweizerischen Zivilrecht | 47 |
| § 8 | Die Obliegenheiten im Schweizerischen Obligationenrecht | 47 |
| A. | Erklärungsobliegenheiten | 47 |
| I. | Die Anzeigeobliegenheit des Offerenten bei verspätet eingetretener Annahme (Art. 5 Abs. 3 OR bzw. Art. 3 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 5 Abs. 3 OR analog) | 47 |
| 1. | Tatbestand | 47 |
| 2. | Analoge Anwendung von Art. 5 Abs. 3 OR auf Art. 3 Abs. 2 OR | 48 |
| 3. | Verletzungsrechtsfolge | 48 |
| 4. | Interessenlage | 48 |
| 5. | Zweckcharakter | 49 |
| 6. | Rechtsgeschäftlicher Charakter | 49 |
| 7. | Qualifikation der Verhaltensanforderung als Obliegenheit | 50 |
| II. | Die Anzeigeobliegenheit des Antragsempfängers bei Vorliegen des Falles einer stillschweigenden Annahme (Art. 6 OR) | 50 |
| 1. | Tatbestand | 50 |
| a) | Allgemein | 50 |
| b) | Bei Zugang eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens | 51 |
| 2. | Verletzungsrechtsfolge | 52 |
| 3. | Interessenlage | 52 |
| 4. | Zweckcharakter | 53 |
| 5. | Rechtsgeschäftlicher Charakter | 53 |
| 6. | Qualifikation der Verhaltensanforderung als Obliegenheit | 53 |
| III. | Die Rügeobliegenheit betreffend Mängel der Kaufsache (Art. 201 OR) | 54 |
| 1. | Dispositive Natur der Art. 197 - 210 OR | 54 |
| 2. | Tatbestand | 55 |
| 3. | Verletzungsrechtsfolge | 57 |
| 4. | Verjährung der Gewährleistungsansprüche | 58 |
| 5. | Interessenlage | 58 |
| 6. | Zweckcharakter | 59 |
| 7. | Rechtsgeschäftlicher Charakter | 59 |
| 8. | Qualifikation der Verhaltensanforderung als Obliegenheit | 60 |
| IV. | Die Rügeobliegenheit betreffend Mängel des Werkes (Art. 367 Abs. 1 OR und Art. 370 Abs. 3 OR) | 61 |
| 1. | Dispositive Natur des Gewährleistungsrechts der Art. 367 ff. OR | 61 |
| 2. | Tatbestand | 61 |
| 3. | Verletzungsrechtsfolge | 63 |
| 4. | Verjährung | 64 |
| 5. | Interessenlage | 64 |
| 6. | Zweckcharakter | 65 |

| | | |
|-------|--|----|
| 7. | Rechtsgeschäftlicher Charakter | 65 |
| 8. | Qualifikation der Verhaltensanforderung als Obliegenheit | 66 |
| V. | Die Anzeigepflicht des Beauftragten bei besonderen Umständen (Art. 395 OR) | 66 |
| 1. | Tatbestand | 66 |
| 2. | Verletzungsrechtsfolge | 67 |
| 3. | Interessenlage | 67 |
| 4. | Zweckcharakter | 67 |
| 5. | Rechtsgeschäftlicher Charakter | 68 |
| 6. | Qualifikation der Verhaltensanforderung als Obliegenheit | 68 |
| VI. | Die Anzeigepflicht des Gastes betreffend den Schaden an den eingebrachten Sachen (Art. 489 Abs. 1 OR) | 69 |
| 1. | Tatbestand | 69 |
| 2. | Verletzungsrechtsfolge | 69 |
| 3. | Interessenlage | 69 |
| 4. | Zweckcharakter | 69 |
| 5. | Rechtsgeschäftlicher Charakter | 70 |
| 6. | Qualifikation der Verhaltensanforderung als Obliegenheit | 70 |
| VII. | Die Anzeigepflicht des Protestanten des Wechselinhabers (Art. 1034 ff. OR) | 71 |
| 1. | Tatbestand | 71 |
| 2. | Verletzungsrechtsfolge | 72 |
| 3. | Interessenlage | 72 |
| 4. | Zweckcharakter | 72 |
| 5. | Rechtsgeschäftlicher Charakter | 73 |
| 6. | Qualifikation der Verhaltensanforderung als Obliegenheit | 73 |
| VIII. | Die Anzeigepflicht des Protestanten des Checkinhabers (Art. 1143 OR i.V.m. Art. 1034 ff. OR analog) | 74 |
| B. | Mitwirkungsobliegenheiten | 74 |
| I. | Die Mitwirkungsobliegenheit zur Schadenminderung und Schadenabwendung (Art. 44 Abs. 1 OR) | 74 |
| 1. | Einleitung | 74 |
| 2. | Tatbestand | 75 |
| 3. | Verletzungsrechtsfolge | 76 |
| 4. | Interessenlage | 76 |
| 5. | Zweckcharakter | 76 |
| 6. | Rechtsgeschäftsähnlicher Charakter | 77 |
| 7. | Qualifikation der Verhaltensanforderung als Obliegenheit | 78 |
| 8. | Anrechnung des Verschuldens von Hilfspersonen | 78 |
| II. | Verneinung einer Obliegenheit des Gläubigers zur Annahme einer Teilzahlung (Art. 69 Abs. 1 OR) | 78 |
| III. | Die Obliegenheiten zur Annahme von Geldzeichen in Landeswährung (Art. 84 OR) | 79 |
| IV. | Die Obliegenheit zur Annahme von Geldzeichen in Auslandswährung (Art. 84 Abs. 2 OR) | 79 |
| V. | Die Obliegenheit zur Ausstellung einer Quittung (Art. 88 Abs. 1 OR) | 79 |
| VI. | Die Obliegenheit zur Rückgabe oder Entkräftung des Schuldscheins (Art. 88 Abs. 1 OR) | 80 |
| VII. | Die Obliegenheit zur Vormerkung auf dem Schuldschein (Art. 88 Abs. 2 OR) | 80 |
| VIII. | Die Obliegenheit zur Erklärung der Entkräftung des Schuldscheins und zur Tilgung der Schuld (Art. 90 OR) | 81 |
| IX. | Die Mitwirkungsobliegenheiten des Gläubigers zur Verhinderung des Gläubigerverzugs (Art. 91 ff. OR) | 81 |
| 1. | Art. 91 - 96 OR als dispositives Recht | 81 |
| 2. | Tatbestand | 81 |

| | | |
|------------|---|-----------|
| a) | Voraussetzung der gehörig angebotenen Leistung | 81 |
| b) | Die Obliegenheiten zur Verhinderung des Gläubigerverzugs | 82 |
| aa) | Die Obliegenheit zur Vornahme der notwendigen Mitwirkungshandlungen | 82 |
| bb) | Die Obliegenheit zur Vornahme der mit der Leistungserbringung im Zusammenhang stehenden Begleithandlungen | 83 |
| cc) | Die Obliegenheit zur Vornahme der notwendigen Vorbereitungshandlungen | 83 |
| c) | Das Tatbestandselement der "ungerechtfertigten" Annahmeverweigerung | 84 |
| 3. | Der "Gläubigerverzug i.w.S." gemäss Art. 96 OR | 84 |
| 4. | Verletzungsrechtsfolgen | 85 |
| a) | Das Recht zur Hinterlegung (Art. 92 OR) | 85 |
| b) | Das Recht zum Selbsthilfeverkauf (Art. 93 OR) | 86 |
| c) | Das Recht zum Rücktritt vom Vertrag (Art. 95 OR) | 86 |
| 5. | Interessenlage | 88 |
| 6. | Zweckcharakter | 89 |
| 7. | Kein rechtsgeschäftlicher Charakter | 89 |
| 8. | Qualifikation der Verhaltensanforderungen als Obliegenheiten | 90 |
| X. | Die "Annahmepflicht" des Käufers gemäss Art. 211 OR als Obliegenheit oder echte Rechtspflicht ? | 91 |
| XI. | Verneinung der Qualifikation von Art. 249 Ziff. 2 OR als Obliegenheit | 92 |
| XII. | Die sog. "Mitwirkungspflichten" (Obliegenheiten) des Bestellers im Werkvertrag | 93 |
| XIII. | Die Mitwirkungsobliegenheit des Mäklers, nicht für die andere Partei tätig zu werden (Art. 415 OR) | 94 |
| 1. | Tatbestand | 94 |
| 2. | Verletzungsrechtsfolge | 94 |
| 3. | Interessenlage | 94 |
| 4. | Zweckcharakter | 95 |
| 5. | Rechtsgeschäftlicher Charakter | 95 |
| 6. | Qualifikation der Verhaltensanforderung als Obliegenheit | 95 |
| XIV. | Die Mitwirkungsobliegenheit des Gläubigers gegenüber dem Bürgen, keine Sicherungsrechte aufzugeben (Art. 503 Abs. 1 OR) | 96 |
| 1. | Tatbestand | 96 |
| 2. | Verletzungsrechtsfolge | 97 |
| 3. | Interessenlage | 97 |
| 4. | Zweckcharakter | 98 |
| 5. | Rechtsgeschäftlicher Charakter | 98 |
| 6. | Qualifikation der Verhaltensanforderung als Obliegenheit | 98 |
| § 9 | Die Obliegenheiten im Zivilgesetzbuch | 99 |
| A. | Erklärungsobliegenheiten | 99 |
| I. | Die Anzeigeobliegenheit des Willensvollstreckers zur Ablehnung des Auftrags (Art. 517 Abs. 2 ZGB) | 99 |
| 1. | Tatbestand | 99 |
| 2. | Verletzungsrechtsfolge | 99 |
| 3. | Interessenlage | 99 |
| 4. | Zweckcharakter | 100 |
| 5. | Rechtsgeschäftlicher Charakter | 100 |
| 6. | Qualifikation der Verhaltensanforderung als Obliegenheit | 100 |
| II. | Die Verhaltensanforderung des Gläubigers zur Anmeldung seiner Forderungen im öffentlichen Inventar des Erbrechts (Art. 582 ZGB) | 101 |
| 1. | Tatbestand | 101 |

| | | |
|-------------|---|------------|
| 2. | Verletzungsrechtsfolge | 101 |
| 3. | Interessenlage | 102 |
| 4. | Kein Zweckcharakter | 102 |
| 5. | Kein rechtsgeschäftlicher Charakter | 102 |
| 6. | Verneinung der Qualifikation der Verhaltensanforderung von Art. 582 ZGB als Obliegenheit | 103 |
| B. | Mitwirkungsobliegenheiten | 103 |
| § 10 | Exkurs: Die Obliegenheiten in weiteren Teilbereichen der Rechtsordnung | 104 |
| A. | Erklärungsobliegenheiten | 104 |
| I. | Die Rügeobliegenheit des Konsumenten bei Mängeln der Pauschalreise (Art. 12 Abs. 1 PRG) | 104 |
| 1. | Tatbestand | 104 |
| 2. | Verletzungsrechtsfolge | 105 |
| 3. | Verjährung / Verwirkung | 106 |
| 4. | Interessenlage | 106 |
| 5. | Zweckcharakter | 107 |
| 6. | Rechtsgeschäftsähnlicher Charakter | 107 |
| 7. | Qualifikation der Verhaltensanforderung als Obliegenheit | 108 |
| II. | Die Verhaltensanforderung des Gläubigers zur Anmeldung seiner Forderungen im Konkurs des Schuldners (Art. 232 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG) | 108 |
| 1. | Tatbestand | 108 |
| 2. | Verletzungsrechtsfolge | 108 |
| 3. | Interessenlage | 109 |
| 4. | Kein Zweckcharakter | 109 |
| 5. | Kein rechtsgeschäftlicher Charakter | 109 |
| 6. | Verneinung der Qualifikation der Verhaltensanforderung von Art. 232 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG als Obliegenheit | 109 |
| III. | Die Verhaltensanforderung des Gläubigers zur Anmeldung seiner Forderungen im Fall der Nachlassstundung (Art. 300 SchKG) | 110 |
| IV. | Die Erklärungsobliegenheiten des Privatversicherungsrechts | 110 |
| B. | Mitwirkungsobliegenheiten | 110 |
| I. | Die Mitwirkungsobliegenheiten des Privatversicherungsrechts | 110 |
| | 5. Kapitel: Die Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung | 113 |
| § 11 | Charakteristika der Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung | 113 |
| A. | Die Abweichungen der Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung gegenüber den Rechtsfolgen der Verletzung einer (vollkommenen) Obligation | 113 |
| I. | Kein Erfüllungsanspruch | 113 |
| II. | Kein Anspruch auf Schadenersatz | 113 |
| B. | Die verschiedenen, bei den einzelnen Obliegenheitsverletzungen vorgesehenen Rechtsfolgen ("andere Rechtsnachteile") | 114 |
| I. | Gesetzliche Fiktion einer Willenserklärung | 114 |
| II. | Nichtentstehung von Rechten | 114 |
| III. | Verlust von Rechten | 115 |
| IV. | Einräumung von Rechten an die Gegenpartei | 115 |
| § 12 | Weitere Aspekte der Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung | 116 |
| A. | Die Bemessung der Rechtsfolgen | 116 |
| I. | Rechtsfolgen nach dem "Alles-oder-Nichts-Prinzip" | 116 |
| II. | Rechtsfolgen, deren Bemessung variieren kann | 116 |
| B. | Die Intensität der Rechtsfolgen | 117 |
| C. | Die Frage der Obliegenheitsverletzung als Anwendungsfall des Verbots widersprüchlichen Verhaltens | 118 |

| | |
|--|------------|
| 6. Kapitel: Folgerung zur Struktur der Obliegenheit | 121 |
| § 13 Die Frage nach dem Pflichtcharakter der Obliegenheit | 121 |
| A. Die persönliche Ansicht betreffend die Frage nach dem Pflichtcharakter einer Rechtsnorm | 121 |
| B. Die eigentliche Frage nach dem Pflichtcharakter der Obliegenheit | 122 |
| § 14 Der persönliche Standpunkt zur Struktur der Obliegenheit | 123 |
| A. Die Gemeinsamkeiten der Obliegenheiten im Schweizerischen Zivilrecht | 123 |
| I. Interessenlage | 123 |
| II. Zweckcharakter | 123 |
| III. Rechtsgeschäftlicher bzw. rechtsgeschäftsähnlicher Charakter | 124 |
| B. Die Bejahung des eigenständigen Obliegenheitsbegriffes | 125 |
| I. Abgrenzungen | 125 |
| 1. Abgrenzung gegenüber den Pflichten | 125 |
| 2. Abgrenzung gegenüber den Lasten (i.e.S.) | 125 |
| II. Der eigenständige Obliegenheitsbegriff | 126 |
| C. Zur eigentlichen Frage der Struktur der Obliegenheit | 128 |
| I. Die Ablehnung der Qualifikation der Obliegenheit als Last | 128 |
| 1. Die Ablehnung der Qualifikation der Obliegenheit als Last (i.e.S.) | 128 |
| 2. Die Ablehnung der Qualifikation der Obliegenheit als Last (i.w.S.) | 128 |
| 3. Exkurs: Der Lastbegriff im Schweizerischen Recht | 129 |
| II. Die Qualifikation der Obliegenheit als Pflicht minderen Grades | 129 |
| III. Die Ablehnung der übrigen Qualifikationen der Obliegenheit | 130 |
| D. Die Charakterisierung der Struktur der Obliegenheit | 131 |
| I. Allgemein | 131 |
| II. Untergruppen von Obliegenheiten | 132 |
| 1. Erklärungsobliegenheiten | 132 |
| a) Anzeigeobliegenheiten | 132 |
| b) Rügeobliegenheiten | 132 |
| 2. Mitwirkungsobliegenheiten | 133 |
| 3. Grenzfälle | 133 |
| | |
| Dritter Teil: Die Anwendung der allgemeinen Haftungsvoraussetzungen auf die Obliegenheitsverletzung und Spezialfragen | 135 |
| | |
| 7. Kapitel: Die Anwendung der allgemeinen Haftungsvoraussetzungen auf die Obliegenheitsverletzung | 135 |
| § 15 Die Frage der Kausalität bei der Obliegenheitsverletzung | 135 |
| A. Die Frage der Kausalität bei den Obliegenheiten nach dem "Alles-oder-Nichts-Prinzip" | 135 |
| B. Die Kausalität bei den Obliegenheiten, deren Rechtsfolgen variieren können | 136 |
| I. Allgemein | 136 |
| II. Art der Kausalität | 137 |
| § 16 Die Frage der Rechtswidrigkeit der Obliegenheitsverletzung | 137 |
| § 17 Die Frage des Verschuldens bei der Obliegenheitsverletzung | 138 |
| A. Allgemeine Ausführungen zum Verschuldensbegriff bei der Obliegenheitsverletzung | 138 |
| B. Obliegenheiten, für deren Verletzung kein Verschulden erforderlich ist | 139 |
| I. Allgemein | 139 |
| II. Die Obliegenheitsverletzung als Verschulden gegen sich selbst | 140 |
| C. Obliegenheiten, für deren Verletzung ein Verschulden erforderlich ist | 141 |

| | | |
|-------------|---|------------|
| I. | Allgemein | 141 |
| II. | Beweislast | 141 |
| | | |
| | 8. Kapitel: Spezialfragen | 143 |
| § 18 | Die Verantwortlichkeit für Hilfspersonen | 143 |
| A. | Im Fall von Unterlassungen | 143 |
| B. | Im Fall aktiven Handelns | 143 |
| I. | Allgemein | 143 |
| II. | Vertraglicher Bereich | 144 |
| III. | Ausservertraglicher Bereich | 144 |
| § 19 | Weitere Fragen | 145 |
| A. | Die vertragliche Begründung von Obliegenheiten | 145 |
| B. | Erfüllungsort und Erfüllungszeit | 145 |
| C. | Die Möglichkeit der Irrtumsanfechtung bei den Erklärungsobliegenheiten | 146 |
| D. | Keine Einrede des nicht erfüllten Vertrages im Fall einer Obliegenheitsverletzung | 146 |
| E. | Kein Retentionsrecht im Fall einer Obliegenheitsverletzung | 146 |
| F. | Konkurrenzen | 147 |
| | | |
| | Vierter Teil: Zusammenfassung | 149 |
| | | |
| | Curriculum vitae | 151 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|------------|---|
| a.a.O. | am angeführten Ort |
| Abs. | Absatz |
| ACP | Archiv für die civilistische Praxis |
| AG | Aktiengesellschaft |
| Anm. | Anmerkung |
| Art. | Artikel |
| AT | Allgemeiner Teil |
| Aufl. | Auflage |
| BaslerKomm | Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht |
| Bd. | Band |
| BernerKomm | Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht |
| BG | Bundesgesetz |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (Deutschland; RGBI 195) |
| Bspw. | beispielsweise |
| BV | Bundesverfassung vom 18. April 1999 (SR 101) |
| DBR | Deutsches Bürgerliches Recht |
| d.h. | das heisst |
| div. | diverse |
| Einl. | Einleitung |
| f. | folgender Artikel |
| ff. | folgende Artikel |
| Fn. | Fussnote |
| GestG | Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen vom 24. März 2000 (SR 272) |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung |
| HGB | Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (Deutschland; RGBI 219) |
| Hrsg. | Herausgeber |
| HRV | Handelsregisterverordnung vom 7. Juni 1937 (SR 221.411) |
| i.c. | in concreto |
| i.e.S. | im eigentlichen Sinn |
| insb. | insbesondere |
| i.V.m. | in Verbindung mit |
| i.w.S. | im weiteren Sinn |

| | |
|--------------------|---|
| LS | Loseblattsammlung |
| m.a.W. | mit anderen Worten |
| m.w.Nw. | mit weiteren Nachweisen |
| NotG | Gesetz über das Notariatswesen vom 9. Juni 1985 (Kanton Zürich; LS 242) |
| OR | Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220) |
| PRG | Bundesgesetz vom 18. Juni 1993 über Pauschalreisen (SR 944.3) |
| RGBI | Reichsgesetzblatt |
| RGZ | Entscheidungen des Reichsgerichts (Deutschland) |
| S. | Seite |
| SIA | Schweizerischer Ingenieur und Architektenverein |
| s.o. | siehe oben |
| s.u. | siehe unten |
| s.u. [mit Verweis] | siehe unter |
| SR | Systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Rechtssammlung) |
| SVG | Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01) |
| VVG | Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (SR 221.229.1) |
| z.B. | zum Beispiel |
| ZGB | Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210) |
| ZHR | Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht (Deutschland) |
| zit. | zitiert |
| ZPO | Gesetz über den Zivilprozess (Kanton Zürich; LS 271) |
| ZSR | Zeitschrift für Schweizerisches Recht |
| z.T. | zum Teil |
| ZürcherKomm | Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht |
| ZVW | Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft (Deutschland) |

Literaturverzeichnis

- Kurt Amonn, Dominik Gasser*: Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. Aufl., Bern 1997 (zit.: Amonn/Gasser)
- Fritz Amthor*: Die versicherungsrechtliche Obliegenheit, Diss., Hamburg 1923 (zit.: Amthor)
- Emil Beck*: Das neue Bürgschaftsrecht, Kommentar, Zürich 1942 (zit.: Beck)
- Andreas Bucher*: Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 3. Aufl., Basel 1999 (zit.: A. Bucher)
- Eugen Bucher*: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988 (zit.: Bucher AT)
- Eugen Bucher*: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988 (zit.: Bucher BT)
- Bruno von Büren*: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964 (zit.: von Büren AT)
- Bruno von Büren*: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1972 (zit.: von Büren BT)
- Div. Autoren*: Archiv für die civilistische Praxis, *Helmut Georg Isele* (Hrsg.), Tübingen, jährliche Bände (zit.: Bearbeiter in ACP, Nummer)
- Div. Autoren*: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, div. Hrsg., Bern, mehrere Jahrgänge (zit.: Bearbeiter in BernerKomm)
- Div. Autoren*: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, div. Hrsg., 12. Aufl., Berlin 1983 (zit.: Bearbeiter in Staudinger)
- Div. Autoren*: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, div. Hrsg., 11. Aufl., Berlin 1967 (zit.: Bearbeiter in Staudinger, 11. Aufl., Band)
- Div. Autoren*: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, unter Einbezug der Nebenerlasse, *Adrian Staehelin, Thomas Bauer, Daniel Staehelin* (Hrsg.), mehrere Bände, Basel, Genf, München 1998 (zit.: Bearbeiter in BaslerKomm)
- Div. Autoren*: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, *Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand* (Hrsg.), mehrere Aufl., Basel und Frankfurt am Main, mehrere Jahrgänge (zit.: Bearbeiter in BaslerKomm)
- Div. Autoren*: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), *Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Anton K. Schnyder* (Hrsg.), Basel 2001 (zit.: Bearbeiter in BaslerKomm)
- Div. Autoren*: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, div. Hrsg., 4. Aufl., mehrere Bände, München 2001 (zit.: Bearbeiter in MünchKomm)
- Div. Autoren*: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Aufl., mehrere Bände, München 2002 (zit.: Bearbeiter in Palandt)
- Div. Autoren*: Schweizerisches Privatrecht, *Christoph von Greyerz, Max Gutzwiller, Hans Hinderling, Arthur Meier-Hayoz, Hans Merz, Paul Piotet, Roger Secrétan, Werner*

von Steiger, Frank Vischer (Hrsg.), Basel und Frankfurt am Main, mehrere Jahrgänge (zit.: Bearbeiter in SPR/Band)

Div. Autoren: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, div. Hrsg., 12. Aufl., mehrere Bände, Stuttgart, Berlin, Köln 1990 (zit.: Bearbeiter in Soergel)

Div. Autoren: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, *Julius von Gierke* (Hrsg.), Stuttgart, jährliche Bände (zit.: Bearbeiter in ZHR, Nummer)

Div. Autoren: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, div. Hrsg., Zürich, mehrere Jahrgänge (zit.: Bearbeiter in ZürcherKomm)

Dudenredaktion: Das grosse Wörterbuch der deutschen Sprache, Band 5, Mannheim 1980 (zit.: Duden)

Ludwig Enneccerus, Heinrich Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958 (zit.: Enneccerus/Lehmann)

Ludwig Enneccerus, Hans Carl Nipperdey: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 2 Bände, Tübingen 1959/60 (zit.: Enneccerus/Nipperdey)

Josef Esser, Eike Schmidt: Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 7. Aufl, Heidelberg 1992 (zit.: Esser/Schmidt)

Richard Frank: Bundesgesetz über Pauschalreisen, Kurzkommentar, Zürich 1994 (zit.: Frank)

Ernst Führich: Reiserecht, Handbuch des Reisevertrags-, Reiseversicherungs- und Individualreiserechts, 3. Aufl., Heidelberg 1998 (zit.: Führich)

Peter Gauch: Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996 (zit.: Gauch)

Peter Gauch, Walter R. Schluemp, Jörg Schmid, Heinz Rey: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2 Bände, Zürich 2003 (zit.: Gauch/Schluemp/Schmid/Rey)

Theo Guhl, Alfred Koller, Anton K. Schnyder, Nicolas Druey: Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Zürich 2000 (zit.: Guhl/Koller/Schnyder/ Druey)

Sandro Hangartner: Das neue Bundesgesetz über Pauschalreisen, Diss., Zürich 1997 (zit.: Hangartner)

Cyril Hegnauer, Peter Breitschmied: Grundriss des Eherechts, 4. Aufl., Bern 2000 (zit.: Hegnauer/Breitschmied)

Olaf Henss: Obliegenheit und Pflicht im Bürgerlichen Recht, Diss., Giessen 1987 (zit.: Henss)

Heinrich Honsell: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl., Bern 2003 (zit.: Honsell)

Peter Jäggi, Jean Nicolas Druey, Christoph von Greyerz: Wertpapierrecht, unter besonderer Berücksichtigung von Wechsel und Check, Basel und Frankfurt am Main (zit.: Jäggi/Druey/von Greyerz)

Max Keller, Christian Schöbi: Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl., Basel und Frankfurt am Main 1988 (zit.: Keller/Schöbi)

Max Keller, Kurt Siehr: Kaufrecht, Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich 1995 (zit.: Keller/Siehr)

Hans Kelsen: Reine Rechtslehre, Leipzig 1934 (zit.: Kelsen)

- August Kern*: Die Rechtsnatur der versicherungsrechtlichen Obliegenheiten, Diss., Freiburg 1949 (zit.: Kern)
- Willy Koenig*: Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., Bern 1967 (zit.: Koenig)
- Alfred Koller*: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1996 (zit.: Koller)
- Moritz Kuhn*: Privatversicherungsrecht: unter Mitberücksichtigung des Haftpflicht- und des Aufsichtsrechts, 2. Aufl., Zürich 2002 (zit.: Kuhn)
- Karl Larenz, Manfred Wolf*: Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., München 1997 (zit.: Larenz/Wolf)
- Karl Larenz*: Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., München 1989 (zit.: Larenz, 7. Aufl.)
- Karl Larenz*: Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, München 1967 (zit.: Larenz, 1. Aufl.)
- Thomas Lörtscher*: Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Diss., Zürich 1977 (zit.: Lörtscher)
- Arthur Meier-Hayoz, Hans Caspar von der Crone*: Wertpapierrecht, 2. Aufl., Bern 2000 (zit.: Meier-Hayoz/von der Crone)
- Karl Oftinger, Emil W. Stark*: Schweizerisches Haftpflichtrecht, mehrere Bände, 5. Aufl., Zürich 1995 (zit.: Oftinger/Stark)
- Heinz Rey*: Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich 2003 (zit.: Rey)
- Hans Roelli, Max Keller*: Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2. Aufl., Bern 1968 (zit.: Roelli/Keller)
- Reimer Schmidt*: Die Obliegenheiten, Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts, Karlsruhe 1953 (zit.: R. Schmidt)
- Marcel Senn*: Rechtsgeschichte - ein kulturhistorischer Grundriss, 2. Aufl., Zürich 1999 (zit.: Senn)
- Heinrich Siber*: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, Leipzig 1903 (zit.: Siber)
- Karl Spiro*: Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, 2 Bände, Bern 1975 (zit.: Spiro)
- Karl Spiro*: Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984 (zit.: Spiro, Erfüllungsgehilfen)
- Ingeborg Schwenger*: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2003 (zit.: Schwenger)
- Pierre Tercier*: Le droit des obligations, 2. Aufl., Zürich 1999 (zit.: Tercier)
- Gerhard von Buchka*: Die indirekte Verpflichtung zur Leistung, Leipzig 1904 (zit.: von Buchka)
- Andreas von Tuhr*: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Allgemeine Lehren und Personenrecht, Berlin 1910 (zit.: von Tuhr AT DBR)
- Andreas von Tuhr, Arnold Escher*: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl., Zürich 1974 (zit.: von Tuhr/Escher)

Andreas von Tuhr, Hans Peter: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl., Zürich 1979 (zit.: von Tuhr/Peter)

Andreas von Tuhr, Alfred Siegwart: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Aufl., 2 Bände, Zürich 1942 (zit.: von Tuhr/Siegwart, Band)

Oskar Vogel, Karl Spühler: Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Aufl., Bern 2001 (zit.: Vogel/Spühler)

Eberhard Wieser: Einführung in das bürgerliche Recht mit allgemeinem Teil und Übungen, Köln 1982 (zit.: Wieser)

Ernst Zitelmann: Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches, Allgemeiner Teil, Leipzig 1900 (zit.: Zitelmann)

Erster Teil: Einleitung

1. Kapitel: Untersuchungsgegenstand und verwendete Begriffe

§ 1 Gegenstand der Arbeit

A. Einleitende Bemerkungen

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit denjenigen Rechtsnormen bzw. deren Inhalt, welche von der Lehre als Obliegenheiten bezeichnet werden. Die meist genannten Beispiele solcher Obliegenheiten sind sicherlich die Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers gemäss Art. 201 OR, die entsprechenden Pflichten des Werkbestellers gemäss Art. 367 Abs. 1 OR und die Schadenminderungs- und Schadenabwendungspflicht des Geschädigten gemäss Art. 44 Abs. 1 OR. Als Obliegenheiten bezeichnete Regelungen sind aber noch an weiteren Stellen zu finden, insbesondere auch im Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag.

Die Überlegungen zu den Obliegenheiten haben im Privatversicherungsrecht ihren Ausgangspunkt genommen. Anfänglich wurde "Obliegenheit" nur als Ausdruck in Abwechslung für "Pflicht" oder "Verbindlichkeit" verwendet. Mit der Zeit entstand aber ein eigenständiger Rechtsbegriff der Obliegenheit, welchen einige Autoren auch im Privatrecht ausserhalb des Privatversicherungsrechts zu verwenden begannen. Die Obliegenheiten des Privatversicherungsrechts werden in der vorliegenden Arbeit aber nur am Rande behandelt. Für diese kann auf die bereits in grosser Zahl vorhandene, vielfältige Literatur verwiesen werden. Den hauptsächlichen Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit bilden die Obliegenheiten aus dem Obligationenrecht und dem Zivilgesetzbuch, deren dogmatische Einordnung in der Schweizerischen Lehre noch auf wackligen Füßen steht.

In der Lehre werden die als Beispiele genannten Obliegenheiten oftmals als Pflichten bezeichnet. Trotz dieser Bezeichnung besteht aber bis zum heutigen Tag betreffend deren Struktur bzw. Rechtsnatur keine Einigkeit. Ein breiter Konsens ist nur dahingehend festzustellen, dass bei den Obliegenheiten kein Anspruch auf Erfüllung besteht und bei deren Verletzung als Rechtsfolge kein Anspruch auf Schadenersatz, sondern jeweils andere Rechtsnachteile vorgesehen sind. Als ersten Schwerpunkt untersucht die vorliegende Arbeit deswegen die Struktur der Obliegenheit anhand der im Schweizerischen Recht als Obliegenheiten bezeichneten Tatbestände und weiterer Regelungen, unter Berücksichtigung der bereits vorhandenen, mehrheitlich deutschen Lehrmeinungen. Dazu werden die vorhandenen Lehrmeinungen zur Struktur der Obliegenheit dargestellt bzw. beurteilt, und die Obliegenheiten einzeln besprochen. Als Folge dieser Untersuchung wird Stellung bezogen zur

Frage, ob die vorhandenen Gemeinsamkeiten der als Obliegenheiten bezeichneten Tatbestände ausreichen, überhaupt von einem eigenständigen Begriff der Obliegenheit zu sprechen, welcher auf eine eigenständige Gruppe von Rechtsnormen mit spezifischen Eigenschaften verweist. Dies ist nicht selbstverständlich, denn ein eigenständiger Begriff der Obliegenheit wird von einigen Autoren abgelehnt. Zu berücksichtigen ist für diese Frage auch die praktische Relevanz. Wird ein eigenständiger Obliegenheitsbegriff bejaht, - es kann an dieser Stelle vorweggenommen werden, dass dies der Fall sein wird - ist als zweiter Schritt zu prüfen, inwieweit die Obliegenheiten qualifiziert und dadurch von den andersartigen Rechtsnormen abgegrenzt werden können. In der sehr unterschiedlichen Lehre werden die Obliegenheiten als Lasten, als "Pflichten minderen Grades" oder durch weitere Ansätze qualifiziert. Für die Qualifikation wird dabei von Autor zu Autor verschieden auf die Interessenlage, den Zweckcharakter, den rechtsgeschäftlichen Charakter und auf übrige Kriterien abgestellt. Die vorliegende Arbeit wird zu all diesen Fragen Stellung beziehen und einen eigenen Ansatz zur Struktur der Obliegenheit erarbeiten.

Als zweiter Schwerpunkt dieser Arbeit werden die Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung untersucht. Diese können unabhängig von der Struktur der Obliegenheit behandelt werden, da sie grösstenteils im Gesetz festgelegt sind. Deswegen und weil die Rechtsfolgen für die Folgerung zur Struktur hingegen relevant sind, werden sie schon bei der Behandlung der einzelnen Obliegenheiten ebenfalls jeweils einzeln untersucht. Anschliessend wird jedoch auch auf der dogmatischen Ebene anhand der festgestellten Gemeinsamkeiten und Unterschiede nochmals auf die Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung eingegangen werden, wobei zusätzlich weitere Aspekte wie die Bemessung und die Intensität der Rechtsfolgen besprochen werden.

Die Frage nach der Anwendung der allgemeinen Haftungsvoraussetzungen (Kausalität, Rechtswidrigkeit und Verschulden) auf die Obliegenheitsverletzung sowie weitere Spezialfragen wie die Haftung des Obliegenheitsbelasteten für Hilfspersonen, die vertragliche Begründung von Obliegenheiten und die Konkurrenzen bilden den abschliessenden Schwerpunkt dieser Arbeit.

B. Aufbau der Arbeit

Nachfolgend an dieses erste Kapitel, im Rahmen dessen noch die Definitionen einiger verwendeter Begriffe folgen, unterteilt sich die vorliegende Arbeit in sieben weitere Kapitel. Im zweiten Kapitel wird die Entwicklung des Obliegenheitsbegriffs aufgezeigt. Die verschiedenen Lehrmeinungen zur Struktur der Obliegenheit werden im ersten Kapitel des

zweiten Teils (drittes Kapitel) dargestellt. Besondere Aufmerksamkeit erfährt an dieser Stelle das Werk von Reimer Schmidt: Die Obliegenheiten, welches im deutschen Recht die ausführlichste Arbeit über die Obliegenheiten darstellt. Den Abschluss dieses Kapitels bildet ein dogmatisches Zwischenergebnis, welches die ausgeführten Lehrmeinungen zusammenfasst und die für die Struktur der Obliegenheit entscheidenden Punkte in den Vordergrund rückt. Die Resultate dieses Zwischenergebnisses dienen im folgenden als Obersatz für die Qualifikation der untersuchten Tatbestände des Schweizerischen Rechts als Obliegenheiten, welche im vierten Kapitel erfolgt. Anschliessend werden im fünften Kapitel die Rechtsfolgen und weitere Aspekte der Obliegenheitsverletzung auf der dogmatischen Ebene behandelt. Darauf erfolgt meine persönliche Folgerung im sechsten Kapitel, welche die in dieser Arbeit aufgeworfenen Fragen bezüglich der Struktur der Obliegenheit zu beantworten versucht. Im nachfolgenden ersten Kapitel des dritten Teils (siebtes Kapitel) wird die Anwendung der allgemeinen Haftungsvoraussetzungen auf die Obliegenheitsverletzung untersucht. Im achten Kapitel werden weitere Spezialfragen behandelt. Eine kurze Zusammenfassung der Ergebnisse dieser Untersuchung bildet den Schluss der Arbeit.

§ 2 Grundlegende Begriffe im Zusammenhang mit den Obliegenheiten

An dieser Stelle folgen Ausführungen zu einigen Begriffen, welche für das bessere Verständnis der vorliegenden Arbeit von grosser Bedeutung sind, insbesondere für die Diskussion über die Struktur der Obliegenheit. Neben kurzen Definitionen der Begriffe werden Aspekte vordergründig behandelt, welche für die Arbeit von besonderem Interesse sind.

A. Rechtspflicht

Als Ausgangspunkt ist unter der Rechtspflicht eine Vorschrift der Rechtsordnung zu verstehen, die den Handelnden zu einem festgesetzten Verhalten bestimmt. Über die Frage der Sanktion bei deren Verletzung ist damit jedoch noch nichts ausgesagt. Diese kann je nach Art der Pflicht sehr unterschiedlich sein (Schadenersatzpflicht, Verlust eines Rechts, sogar Strafe) oder nach umstrittener Ansicht ganz fehlen, was insbesondere im Völker- und Verfassungsrecht oft der Fall ist¹.

¹ Larenz, 7. Aufl., S. 36 f..

Stark umstritten ist die Frage nach der Grundlage der Pflicht, insbesondere ob die Pflicht auch als ethische Verhaltensanforderung zu sehen ist (oft in der Form der moralphilosophischen Tradition)² oder ob die Pflicht nur auf dem autonomen Recht basiert (Positivismus)³. Für die Struktur der Pflicht und somit die weitere Frage, ob bei einem bestimmten Tatbestand überhaupt eine Pflicht vorliegt, ist die Grundlage der Pflicht von entscheidender Bedeutung. Wird die ethische Basis der Pflicht zugelassen, so ist die Pflicht auch als moralisches Verhaltensgebot zu sehen. In diesem Fall können grundsätzlich auch Verhaltensanforderungen Pflichten sein, deren Verletzung nicht sanktioniert wird. Von einem gegensätzlichen Verständnis der Pflicht gehen dagegen die Anhänger des autonomen Rechts aus (Positivisten). Stellt die Pflicht nämlich kein moralisches Verhaltensgebot dar, liegt nur dann eine Pflicht vor, wenn das gegenteilige Verhalten auf zumindest irgendeine Art sanktioniert wird⁴. Die Definition der Pflicht erfolgt nur über die Rechtsfolgen bei deren Verletzung. Die Qualifikation eines Tatbestandes als Pflicht, ohne dass deren Verletzung irgendwie sanktioniert wird, ist deshalb nicht denkbar. Von einem kleineren Teil der Lehre wird für die Annahme einer Pflicht sogar das Vorliegen bestimmter Rechtsfolgen verlangt, i.e. das Vorliegen eines Schadenersatzanspruches⁵.

Bei genauerer Betrachtungsweise stellt sich somit heraus, dass der Pflichtbegriff stark vom rechtsphilosophischen Hintergrund des jeweiligen Autors abhängt. Die jeweilige Ansicht betreffend den Inhalt des verwendeten Pflichtbegriffes mit seiner Rechtsfolgeregelung bei Verletzung der Norm ist somit auch bedeutend für die Abgrenzung der Pflichten von den anderen Rechtsnormen (Lasten, Obliegenheiten).

B. Rechtsgeschäft

Unter einem Rechtsgeschäft sind eine oder mehrere private Willenserklärungen zu verstehen, die für sich allein oder mit anderen Tatbestandselementen bewirken, dass eine dem erklärten Willen entsprechende Rechtsfolge eintritt, worunter die Begründung, die Änderung oder die Beendigung eines oder mehrerer Rechte zu verstehen ist⁶. Zum Wesen des Rechtsgeschäfts gehört insbesondere, dass die eintretende Rechtsfolge dem erklärten Willen entspricht und deswegen eintritt, weil dieser Wille erklärt wird⁷.

² Vgl. statt vieler von Tuhr/Peter S. 12 ff.; für die rechtsgeschichtliche Entwicklung siehe Senn S. 181 ff..

³ Zur rechtsgeschichtlichen Entwicklung siehe Senn S. 263 ff..

⁴ Kelsen S. 47.

⁵ Vgl. bspw. Enneccerus/Nipperdey § 74 IV.

⁶ Gauch/Schluep/Schmid/Rey N 119 ff.; Jäggi in ZürcherKomm N 18 zu Art. 1 OR; von Tuhr/Peter S. 143.

⁷ Gauch/Schluep/Schmid/Rey N 126 m.w.Nw..

Nach dem Tatbestand kann bei den Rechtsgeschäften zwischen einseitigen Rechtsgeschäften⁸, zweiseitigen Rechtsgeschäften (Verträgen) und Beschlüssen⁹ unterschieden werden¹⁰. Nach der Rechtsfolge kann zwischen den Rechtsgeschäften unter Lebenden, welche sich wiederum in die Verpflichtungsgeschäfte¹¹, die Verfügungsgeschäfte¹², die Statusgeschäfte¹³ und die Ermächtigungen¹⁴ unterteilen, und den Rechtsgeschäften von Todes wegen unterschieden werden¹⁵.

Als für alle Rechtsgeschäfte an dieser Stelle relevante Gemeinsamkeit ist festzuhalten, dass für deren Ausübung die Handlungsfähigkeit des Erklärenden im Sinn von Art. 12 f. ZGB als persönliche Voraussetzung vorliegen muss¹⁶.

Von den Rechtsgeschäften abzugrenzen sind die rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen. Bei diesen handelt es sich um Handlungen, deren Rechtswirkung gleich wie bei den Rechtsgeschäften an eine Willenserklärung gebunden ist, ohne dass die Erklärung jedoch *unmittelbar* darauf gerichtet sein muss, die Wirkung herbeizuführen^{17, 18}. Nach der neueren Lehre wird grundsätzlich für die Vornahme der rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen als persönliche Voraussetzung gleich wie bei den Rechtsgeschäften die volle Handlungsfähigkeit im Sinn von Art. 12 f. ZGB verlangt¹⁹. Es ist aber zu beachten, dass für einzelne Handlungen das Vorliegen

⁸ Als Beispiele können die letztwillige Verfügung, die Bevollmächtigung oder die Ausübung eines Gestaltungsrechts genannt werden.

⁹ Unter einem Beschluss ist ein zwei oder mehrseitiges Rechtsgeschäft, welches kein Vertrag ist, zu verstehen, und dazu dient, in einer gemeinsamen Angelegenheit eine einheitliche Entscheidung zu treffen. Als Beispiele können der Generalversammlungsbeschluss der AG (Art. 703 OR), der Vereinsbeschluss (Art. 66 ZGB) und der Gesellschaftsbeschluss (Art. 534 OR) genannt werden.

¹⁰ Vgl. Gauch/Schluop/Schmid/Rey N 128 ff.; Jäggi in ZürcherKomm N 48 ff. zu Art. 1 OR; von Tuhr/Peter S. 144 ff..

¹¹ Bei diesen werden als Rechtsfolge eine oder mehrere Verpflichtungen begründet.

¹² Beispiele sind die Eigentumsübertragung (bspw. Art. 656 f. ZGB), die Bestellung eines Pfandrechts (bspw. Art. 799 ZGB) oder die Zession (Art 165 OR).

¹³ Darunter fallen die Eheschliessung (Art. 97 ff. ZGB), die Gründung einer AG (Art. 629 ff. OR) oder eines Vereins (Art. 60 ZGB) und die Errichtung einer Stiftung (Art. 80 ZGB).

¹⁴ Beispiele sind die Bevollmächtigung (Art. 32 ff. OR) und die prekaristische Gestattung.

¹⁵ Darunter fallen die letztwillige Verfügung (Art. 481 ff. ZGB), der Erbvertrag (Art. 512 ff. ZGB) und die Schenkung von Todes wegen (Art. 245 Abs. 2 OR).

¹⁶ Bucher in BernerKomm N 41, N 45, N 49 zu Art. 12 ZGB; Bigler-Eggenberger in BaslerKomm N 11 zu Art. 12 ZGB; Egger in ZürcherKomm N 4 zu Art. 12 ZGB.

¹⁷ A. Bucher N 48.

¹⁸ Beispiele sind die Fristansetzung zur nachträglichen Erfüllung gemäss Art. 107 Abs. 1 OR, die Erhebung der Mängelrüge gemäss Art. 201 Abs. 1 OR oder die Mitteilung der Vollmachterteilung an einen Dritten gemäss Art. 33 Abs. 3 OR; vgl. Bucher in BernerKomm N 68 ff. zu Art. 12 ZGB.

¹⁹ Bucher in BernerKomm N 66 zu Art. 12 ZGB; Bigler-Eggenberger in BaslerKomm N 10 und N 15 zu Art. 12 ZGB; A. Bucher N 48.

der Urteilsfähigkeit genügt, insbesondere wenn diese Handlungen als unentgeltliche Vorteile gemäss Art. 19 Abs. 2 ZGB gesehen werden können²⁰.

C. Obligation

Für das terminologische Verständnis ist einleitend festzuhalten, dass "Obligation", "Verbindlichkeit" und "Schuldverhältnis (i.e.S.)" Synonyme für denselben juristischen Begriff sind²¹. Auch wird oft "Pflicht" ungenau als Synonym verwendet, obwohl letztere mit der Obligation nicht deckungsgleich ist²².

Charakteristisch für die Obligation ist, dass einem Gläubiger ein Schuldner gegenübersteht, welcher dem Gläubiger eine bestimmte Leistung zur Schuld hat²³. Die Leistung kann in einem Tun bzw. Dulden (positive Leistungspflicht) oder in einem Unterlassen bestehen (negative Leistungspflicht). Das Recht des Gläubigers auf Leistung kann klageweise durchgesetzt werden, zumindest bei den vollkommenen Obligationen. Nötigenfalls steht auch der Weg der Zwangsvollstreckung zur Verfügung. Bei Nichterfüllung oder nicht korrekter Erfüllung der Leistungspflicht (primäre Leistungspflicht) tritt an deren Stelle, sofern nicht schon die primäre Leistungspflicht auf Geldzahlung lautet, die sekundäre Schadenersatzpflicht (vgl. Art. 97 Abs. 1 OR).

Obligationen sind somit (relative) Pflichten. Das Umgekehrte gilt hingegen nicht immer²⁴.

Von den (vollkommenen) Obligationen sind die sog. "unvollkommenen Obligationen" abzugrenzen²⁵. Dabei handelt es sich um mehrere Fallgruppen, die z.T. innerhalb und z.T. ausserhalb des Obligationsbegriffes liegen. Es sind dies die Forderungen mit abgeschwächtem Rechtsschutz, die einredebelaasteten Forderungen, die blosses Befugnis zum Leistungsempfang (Naturalobligationen / sittliche Pflichten) und die reinen Gegenforderungen. Zu allen Fallgruppen ist festzuhalten, dass ihnen jeweils mindestens eine Eigenschaft der vollkommenen Obligationen fehlt oder die Durchsetzung auf dem Weg der Zwangsvollstreckung ausgeschlossen oder zumindest eingeschränkt ist.

²⁰ Als Beispiel kann die Mängelrüge im Kaufrecht gemäss Art. 201 Abs. 1 OR genannt werden; vgl. Bucher in BernerKomm N 70 zu Art. 12 ZGB.

²¹ Vgl. bspw. Gauch/Schluep/Schmid/Rey N 26 f.; Schwenger N 4.01.

²² Vgl. auch Art. 180 Abs. 1 OR, wo von "Verpflichtung" die Rede ist. Zur Abgrenzung der Obligation von der Pflicht siehe sogleich.

²³ Für das Wesen der Obligation vgl. im übrigen statt vieler Gauch/Schluep/Schmid/Rey N 24 ff..

²⁴ Dazu siehe auch § 2 A., zudem vgl. Koller N 38 f..

²⁵ Für eine ausführliche Darstellung der unvollkommenen Obligationen mit Beispielen vgl. Jäggi in ZürcherKomm N 71 ff. zu Vorbemerkungen vor Art. 1 OR.

D. Nebenpflicht

Durch Gesetz oder Vertrag werden in manchen Fällen neben der Hauptleistung bestimmte Nebenpflichten festgelegt²⁶. Es handelt sich dabei insbesondere um die Obhuts- und Schutzpflichten, die Mitteilungspflichten, die Verschaffungspflichten und die Mitwirkungspflichten. Mit den Nebenpflichten verpflichtet sich der Schuldner, nach Treu und Glauben alles zu tun, um die richtige Erfüllung der Hauptleistung und die Verwirklichung des Leistungserfolgs zu sichern. Wird eine Nebenpflicht verletzt, kann diese oft mangels eines selbständigen Erfüllungsanspruches nicht selbständig eingeklagt werden. Die Nebenpflichten sichern meist nur die Erfüllung der Hauptleistung. Bei gleichzeitiger Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung der Hauptleistung kann die Verletzung der Nebenpflicht jedoch für die Frage des Verschuldens der Leistungsstörung eine Rolle spielen.

E. Pflichtfreies Handeln

Als Selbstverständlichkeit ist festzuhalten, dass es im Recht auch pflichtfreies Handeln gibt²⁷. Dieses beruht auf freiwilligem Antrieb, in seinen Rechtsfolgen kann es aber dennoch rechtlich relevant sein. Die Grundlage für die Möglichkeit pflichtfreien Handelns ist die Verfassung durch die Gewährung der Freiheitsrechte²⁸. Zu nennen sind diesbezüglich, ohne abschliessenden Anspruch zu erheben, die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), die Eigentums-garantie (Art. 26 BV) und die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), welche wiederum die Basis für die Gewährung der Privatrechtsautonomie bilden.

F. Sog. Zwischenfeld

Abschliessend ist zu erwähnen, dass bei der Qualifikation von Rechtsnormen eine Zuordnung zu den Pflichten oder in den Bereich des pflichtfreien Handelns nicht immer ohne weiters möglich ist. Solche Rechtsnormen werden deshalb teilweise zum sog. Zwischenfeld gezählt²⁹.

²⁶ Statt vieler vgl. Merz in BernerKomm N 260 ff., insbesondere N 260, N 262 und N 265 zu Art. 2 ZGB.

²⁷ Schmidt unterscheidet beim pflichtfreien Handeln zwischen den sog. Herrschafts- oder Darfrechten (Eigentum, Immaterialgüterrechte, Rechte über Personen), der Möglichkeit zur Geltendmachung von Ansprüchen und den Gestaltungs- oder Kannrechten; vgl. R. Schmidt S. 49 ff.. Bei allen drei Untergruppen liegt es jeweils im Herrschaftsbereich des Inhabers, sein Recht geltend zu machen. Die Rechtsordnung setzt dazu einen psychologischen Anreiz. Nach ihrem Zweck sind die Rechte aber nicht darauf gerichtet, ihre Ausübung herbeizuführen. Wie wir sehen werden, gibt es im Bereich des pflichtfreien Handelns zudem noch weitere Untergruppen. Zum pflichtfreien Handeln gehören m.E. auch die Lasten und Obliegenheiten; für diese siehe § 6 B. und C. sowie § 14 C. II..

²⁸ Mit Bezug auf das deutsche Recht R. Schmidt S. 49 ff..

²⁹ R. Schmidt S. 11.

Es wird sich zeigen, dass sich auch die Obliegenheiten in diesem Zwischenfeld befinden, da ihr Pflichtcharakter in der Lehre umstritten ist³⁰.

³⁰ Dazu siehe das 3. Kapitel.

2. Kapitel: Obliegenheit: Terminologie und Entwicklung

§ 3 Zur Terminologie

A. Herkunft

Der Begriff der Obliegenheit ist weder im OR noch im VVG definiert. Für das Verständnis des Begriffes wird deshalb als erstes auf dessen lateinischen Ursprung abgestellt. Der lateinische Ursprung der Wörter "Obliegenheit" und "obliegen" ist offensichtlich bei den Wörtern "obligatio" und "obligare" zu finden, welche mit "Verpflichtung", "Verbürgung" bzw. mit "anbinden", "verpflichten" übersetzt werden. Es steht somit fest, dass der gleiche lateinische Ursprung wie beim Begriff "Obligation" besteht.

B. Allgemeiner Sprachgebrauch

Weiter ist der allgemeine Sprachgebrauch zu beachten, sofern der Ausdruck heute überhaupt noch verwendet wird. Gemäss dem allgemeinen Sprachgebrauch bedeutet der Ausdruck Obliegenheit ein Verhalten, das einer Person obliegt, das ihr *aufliegt*, mit dem sie *belastet* ist¹.

C. Definition gemäss Wörterbuch

Der Duden bezeichnet die Obliegenheit als "Verbindlichkeit", "Pflicht" und "Aufgabe"². Charakteristisch dürfte das belastende Moment sein, womit der Ausdruck Obliegenheit in den weiteren Kreis der Ausdrücke fällt, die für Pflichten gebraucht werden³.

§ 4 Die Entwicklung der Obliegenheit

A. Die Entwicklung der Obliegenheit im Privatversicherungsrecht

Wie sich sogleich zeigen wird, hat die Obliegenheit über das Privatversicherungsrecht Eingang in das Obligationenrecht und das Zivilgesetzbuch gefunden. Im folgenden wird

¹ Vgl. auch R. Schmidt S. 102.

² Duden, Band 5, S. 1908. In der 2. Auflage von 1994 ist das Wort nicht mehr enthalten, woraus sich wohl schliessen lässt, dass es nur noch ausschliesslich juristisch und im übrigen Sprachgebrauch nicht mehr verwendet wird.

³ Vgl. auch R. Schmidt S. 102.

deswegen die Entwicklung dieses Rechtsbegriffes im Privatversicherungsrecht kurz dargestellt.

I. Erste Nachweise des Ausdrucks Obliegenheit

Zum ersten Mal in einem Rechtstext ist der Ausdruck Obliegenheit als Sammelbezeichnung der Pflichten beider Vertragsparteien in der "Verfassung der Feuerversicherungsbank von Gotha" im Jahre 1820 nachgewiesen⁴. Weiter ist der Ausdruck für Pflichten des Versicherungsnehmers in dem "Allgemeinen Plan Hamburgischer Seeversicherer" von 1847 zu finden. Es wird die These aufgestellt, dass der Ausdruck Obliegenheit damals den Begriffen Pflicht und Verbindlichkeit vorgezogen wurde, weil er "konzilianter" geklungen hat.

II. Allgemeine Geschäftsbedingungen von Versicherungsverträgen

Der entgegen kommende, gegenüber "Pflicht" weniger verbindlich wirkende Ausdruck Obliegenheit mag dazu beigetragen haben, dass die Versicherer ab der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in ihren allgemeinen Versicherungsbedingungen damit begonnen haben, diesen Ausdruck für Pflichten des Versicherungsnehmers zu verwenden⁵, ohne dass damals schon eine dogmatische Unterscheidung zwischen Obliegenheit und Pflicht gemacht wurde.

III. Die Verwendung des Ausdrucks im Versicherungsvertragsgesetz von 1908

Im Schweizerischen Versicherungsvertragsgesetz von 1908 war der Ausdruck zweimal enthalten, nämlich in Art. 29 und Art. 45 VVG. Heute ist der Ausdruck noch in Art. 61 VVG und im Randtitel zu Art. 92 VVG zu finden. Zu erwähnen ist weiter, dass heute zudem an zahlreichen anderen Stellen von Obliegenheiten ausgegangen wird, ohne dass der Ausdruck genannt wird⁶.

Der Ausdruck hat über die Praxis, insbesondere durch die Verwendung in Versicherungsverträgen, und durch die Vorarbeiten zum deutschen Versicherungsvertragsgesetz⁷, welches zeitgleich im Jahr 1908 erlassen wurde und den Ausdruck ebenfalls mehrfach verwendet, Eingang in das Schweizerische Versicherungsvertragsgesetz gefunden. Ob der Gesetzgeber

⁴ Vgl. R. Schmidt S. 102 f..

⁵ Vgl. R. Schmidt S. 103.

⁶ Es handelt sich dabei insbesondere um Anzeigepflichten des Versicherungsnehmers; vgl. Art. 4 VVG, Art. 28 Abs. 3 VVG, Art. 30 Abs. 1 VVG, Art. 38 Abs. 1 VVG und Art. 53 Abs. 1 VVG.

⁷ Vgl. dazu Amthor S. 30 ff..

mit der Verwendung des Ausdrucks Obliegenheit einen neuen Rechtsbegriff aufstellen wollte oder den Ausdruck nur als Abwechslung zu Pflicht oder Verbindlichkeit verwendete, hat ab der Zeit des Erlasses des Versicherungsvertragsgesetzes zu einem Diskurs in der Lehre geführt⁸.

Heute gehört der Begriff der Obliegenheit zu den Grundbegriffen des Versicherungsrechts⁹. Dennoch ist auch die Struktur der versicherungsrechtlichen Obliegenheit nach wie vor umstritten¹⁰.

IV. Exkurs: Die Struktur der Obliegenheit im Privatversicherungsrecht

Im Privatversicherungsrecht werden die Obliegenheiten heute als Nebenpflichten verstanden, die dem Versicherungsnehmer neben der Bezahlung der fälligen Prämien als der Hauptleistung auferlegt sind¹¹.

Abgesehen davon ist die Struktur der versicherungsrechtlichen Obliegenheiten aber ein Streitpunkt der Lehre¹². Es besteht ein Theorienstreit über die Frage, ob die Obliegenheiten des Versicherungsnehmers als eigentliche Rechtspflichten anzusehen sind (sog. Verbindlichkeitstheorie) oder blosse Voraussetzung für die Leistungspflicht des Versicherers bilden (sog. Voraussetzungstheorie). Bei Annahme der Verbindlichkeitstheorie kann der Versicherer vertragskonformes Verhalten verlangen und hat bei Missachtung des Vertrages einen Anspruch auf Schadenersatz, welcher mit dem Anspruch auf die Versicherungsleistung verrechnet werden kann. Bei Annahme der Voraussetzungstheorie ist die Beachtung der Obliegenheit blosse Voraussetzung für die Erhaltung des Anspruchs auf die Versicherungsleistung. Die Missachtung der Obliegenheit führt zum Verlust des Anspruchs. Die Voraussetzungstheorie wird in der Schweiz überwiegend abgelehnt¹³. Im deutschen Recht findet sich auch eine Mittelmeinung¹⁴.

⁸ Vgl. dazu Kern S. 8, S. 21 ff. m.w.Nw..

⁹ Kern S. 7 mit Verweis auf Bruck in ZVW, Bd. 26, S. 181; vgl. auch R. Schmidt S. 103, der ihn als Terminus technicus bezeichnet.

¹⁰ Dazu siehe sogleich.

¹¹ Kern S. 10; Nef in BaslerKomm N 3 zu Art. 45 VVG.

¹² Kern S. 10; Nef in BaslerKomm N 4 zu Art. 45 VVG.

¹³ Vgl. Nef in BaslerKomm N 4 zu Art. 45 VVG m.w.Nw. auf die in grosser Zahl vorhandene Literatur zum Privatversicherungsrecht.

¹⁴ Vgl. R. Schmidt S. 103 und S. 315, welcher die versicherungsrechtliche Obliegenheit als Pflicht minderen Grades qualifiziert.

B. Die Entwicklung der Obliegenheit im Privatrecht (ohne Privatversicherungsrecht)

I. Erste Ansätze zu einem Obliegenheitsbegriff

Erste Ansätze zu einem eigenständigen Rechtsbegriff der Obliegenheit im Privatrecht ausserhalb des Privatversicherungsrechts wurden in Deutschland ab dem Jahr 1900 gemacht¹⁵. Festzuhalten ist jedoch explizit, dass damals noch kein wirkliches Bewusstsein bezüglich eines eigenständigen Rechtsbegriffes der Obliegenheit bestand. Die folgenden Autoren behandelten aber verschiedene Aspekte, welche sich bei der eigentlichen Behandlung dieses Rechtsbegriffes durch die nachfolgenden Autoren wiederfinden lassen.

1. Verschulden gegen sich selbst

Ernst Zitelmann prägt im Jahre 1900 den Begriff des "Verschuldens gegen sich selbst"¹⁶. Er verwendet ihn für Verhaltensanforderungen, bei denen die Rechtsordnung dem Handelnden für ein bestimmtes Verhalten Nachteile in Aussicht stellt, ohne dass ihm das gegenteilige Verhalten seiner Ansicht nach zur Pflicht gemacht wird. Die für die Rechtspflicht bei ihrer Verletzung typischen Merkmale, der Erfüllungs- und der Schadenersatzanspruch, fehlen in diesen Fällen. Bei Nichtbeachtung der Verhaltensanforderung hat der Handelnde die in Aussicht gestellten Nachteile zu tragen¹⁷. Mit dem Ausgeführten spricht er Fälle an, welche später zumindest teilweise unter dem Begriff der Obliegenheit behandelt werden¹⁸. Den Ausdruck Obliegenheit verwendet er jedoch nicht, sondern er spricht, wie schon gesagt, von Verschulden gegen sich selbst¹⁹.

Rechtsdogmatisch erklärt er diesen neuen Verschuldensbegriff folgendermassen. Im Gegensatz zum Verschulden gegen Dritte, wo eine Norm des objektiven Rechts, die dem Schutz Dritter dient und diese vor Beschädigung schützt, verletzt wird, wird beim Verschulden gegen sich selbst nur eine Voraussetzung ausser Kraft gesetzt²⁰. Von dieser Voraussetzung macht nach Zitelmann jedoch das objektive Recht, ohne das gegenteilige Verhalten zu befehlen, rechtliche Vorteile oder die Vermeidung rechtlicher Nachteile abhängig. Zitelmann beruft sich somit, ohne es explizit zu nennen, auf die auch im Privatversicherungsrecht verwendete

¹⁵ Die deutsche Lehre wird im folgenden so weit berücksichtigt werden, als dass eine Übernahme ins Schweizerische Recht wegen der Ähnlichkeit zwischen den deutschen und schweizerischen Rechtsnormen Sinn macht.

¹⁶ Zitelmann S. 152 f..

¹⁷ Als Beispiel nennt er die Schadenminderungspflicht.

¹⁸ Insbesondere wird keine Abgrenzung zwischen den Obliegenheiten und den Lasten vorgenommen.

¹⁹ Zitelmann S. 152 f..

²⁰ Zitelmann S. 152 f..

Voraussetzungstheorie. Im Zusammenhang mit diesen Überlegungen unterscheidet der Autor auch zwischen der Rechtspflicht und der Pflicht gegen sich selbst²¹. Letztere sieht er jedoch nur als ethische Pflicht. Er spricht von einer "Pflicht des eigenen Interessens", nach welcher es geboten ist, die angedrohten Nachteile zu vermeiden.

Der Ansatz Zitelmanns im Jahre 1900 stellt den Ursprung für die bis heute andauernde Diskussion über die rechtstheoretische Qualifikation der Obliegenheiten dar.

2. Abgrenzung über das Kriterium des "Leistensollens"

Heinrich Siber grenzt im Jahre 1903 in seiner schwer leserlichen Schrift, die sich auch intensiv mit der Begriffsterminologie befasst, die Fälle, wo ein Leistensollen vorliegt, wozu bei ihm nur Verhaltensanforderungen zu zählen sind, für deren Missachtung dem Belasteten Nachteile in Aussicht gestellt werden, von den Fällen ab, wo ohne Leistensollen Vorteile in Aussicht gestellt oder Nachteile angedroht werden²². Für die weitere Abgrenzung zur Pflicht geht er davon aus, dass für die Annahme einer letzteren von der Mindestvoraussetzung auszugehen ist, dass bei deren Verletzung ein Schadenersatzanspruch entsteht²³. Er unterscheidet somit auch zwischen Pflichten mit und ohne Erfüllungsanspruch.

Sieht man im "Leistensollen" einen durch den Gesetzgeber verfolgten Zweck auf Beachtung des Tatbestandes, entspricht die Unterscheidung Sibers der Abgrenzung Schmidts in funktionelle und teleologische Tatbestände²⁴. Nach der Terminologie Schmidts wären bei Siber die Tatbestände der Obliegenheiten grösstenteils funktionelle Nötigungstatbestände (Lasten)²⁵, wodurch ihnen der Pflichtcharakter vollständig fehlen würde²⁶. Anzumerken ist aber, dass Siber die Unterscheidung in Verhaltensanforderungen mit und ohne Leistensollen selbst als überflüssig erachtet²⁷. Er argumentiert, dass insbesondere die Abgrenzung in der

²¹ Zitelmann S. 167.

²² Siber S. 40 f., S. 67 f.. Als Beispiel für die Fälle mit Leistensollen nennt er die Vertragsstrafe für das Unterlassen einer nicht geschuldeten Pflicht (S. 67). Als Beispiele für Verhaltensanforderungen ohne Leistensollen werden die Folgen des Annahmeverzuges (S. 67) und die Fiktion der Genehmigung bei unterlassener Rüge im Warenkauf genannt (S. 40).

²³ Siber S. 41, S.68.

²⁴ Dazu siehe § 5 A. II..

²⁵ Dazu siehe § 5 A. II. 3..

²⁶ Siber geht nämlich davon aus, dass bei den genannten Beispielen, den Folgen des Annahmeverzuges und der Fiktion der Genehmigung bei unterlassener Rüge im Warenkauf kein Leistensollen vorliegt; Siber S. 40, S. 67. Schmidt dagegen qualifiziert diese als Obliegenheiten, somit als *teleologische Nötigungstatbestände minderer Wirkung*; vgl. R. Schmidt S. 146 ff., S. 187 ff..

²⁷ Siber S. 68.

Praxis schwierig sei, und für diese gar kein Bedürfnis bestehe²⁸. Lässt man somit die Unterscheidung nach dem Leistensollen weg, wird bei Siber nur noch nach dem Unterscheidungsmerkmal des Schadenersatzanspruches als Verletzungsrechtsfolge zwischen den Pflichten (solchen mit oder ohne Erfüllungsanspruch) und den übrigen Tatbeständen unterschieden, deren Bestandteil auch die heutigen Obliegenheiten sind.

3. Unterscheidung zwischen direkten und indirekten Verpflichtungen

Gerhard von Buchka unterscheidet im Jahr 1904 zwischen den direkten und den indirekten Verpflichtungen. Für das Vorliegen einer direkten Verpflichtung wird bei Missachtung der Norm mindestens die Möglichkeit der Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches verlangt²⁹. Eine indirekte Verpflichtung liegt dann vor, wenn bei Fehlen eines Erfüllungs- bzw. Schadenersatzanspruches für die Unterlassung der Leistung Nachteile angedroht oder Vorteile für die Gegenpartei in Aussicht gestellt werden^{30, 31}.

Neben den direkten und indirekten Verpflichtungen geht von Buchka von einer dritten Gruppe von Rechtsnormen aus, bei denen zwar ein Nachteil angedroht wird, jedoch dennoch keine indirekte Verpflichtung vorliegt. Diese dritte Gruppe umschreibt er aber nicht positiv. Er beschränkt sich darauf, die Verjährungstatbestände über das Abgrenzungsmerkmal des Fehlens eines "Wunsches der Rechtsordnung" von den indirekten Verpflichtungen abzugrenzen³². Bezüglich des "Wunsches der Rechtsordnung" äussert er sich zudem nicht weiter. In diesem kann aber wohl nur das von Siber verworfene Kriterium des Leistensollens gesehen werden³³, worunter der durch den Gesetzgeber verfolgte Zweck auf Beachtung des Tatbestandes zu verstehen ist.

Als Konsequenz der Aufteilung der Rechtsnormen durch von Buchka ergeben sich in der Sprache Schmidts³⁴ somit die funktionellen Nötigungstatbestände (dritte Gruppe), die den direkten teleologischen Nötigungstatbeständen und den indirekten teleologischen Nötigungs-

²⁸ Er argumentiert weiter, dass im BGB gar keine allgemeinen Vorschriften bezüglich des Leistensollens bestehen würden, was aber in Anbetracht der Abgrenzungsschwierigkeiten zu begrüßen sei.

²⁹ Von Buchka S. 1 f., S. 42 ff..

³⁰ Von Buchka S. 1 f., S. 46.

³¹ Als Beispiele für indirekte Verpflichtungen werden u.a. die Tatbestände des Annahmeverzugs, die Fiktion der Genehmigung bei unterlassener Rüge im Warenkauf und die Verpflichtung des Mäklers aus dem Mäklervertrag genannt; vgl. von Buchka S. 9, S. 22 f. und S. 44.

³² Von Buchka S. 46.

³³ Dazu siehe § 4 B. I. 2. oder Siber S. 68, zudem vgl. auch Henss S. 46.

³⁴ Dazu siehe § 5 A. II. 1. c).

tatbeständen bzw. den teleologischen Anreizungstatbeständen³⁵ gegenüberstehen. Die Schaffung der indirekten Verpflichtungen (Obliegenheiten und teleologische Anreizungstatbestände) in Abgrenzung zu den direkten Verpflichtungen (Obligationen) und der "dritten Gruppe", den funktionellen Nötigungstatbeständen (Lasten), stellt eine weitgehende Vorbereitung des Systems von Schmidt dar. Als wesentlicher Unterschied ist nur die Tatsache zu sehen, dass bei den indirekten Verpflichtungen, nicht zwischen den Obliegenheiten und den teleologischen Anreizungstatbeständen unterschieden wird, auch ohne die an dieser Stelle gebrauchte Terminologie zu verwenden.

Als Problem dieser Arbeit muss jedoch die Tatsache genannt werden, dass die Abgrenzung der indirekten Verpflichtungen von der "dritten Gruppe", worunter die funktionellen Nötigungstatbestände zu verstehen sind, mehr zwischen den Zeilen hervorgeht, als dass sie explizit herausgehoben würde.

4. Koppelung der Pflicht an den Verschuldensbegriff

Andreas von Tuhr greift im Jahre 1910 den von Siber erarbeiteten Ansatz auf, dass für die Annahme einer Pflicht bei deren Verletzung mindestens ein Schadenersatzanspruch bestehen muss. Er fügt jedoch für die Annahme einer Pflicht als weitere Voraussetzung hinzu, dass bei einer Pflicht für die Auslösung der Verletzungsrechtsfolgen zusätzlich ein Verschulden erforderlich ist³⁶. Daraus folgt, dass bei von Tuhr alle Tatbestände, welche für ihre Verletzungsrechtsfolgen kein Verschulden voraussetzen, nicht unter den Pflichtbegriff fallen, insbesondere nennt er die Tatbestände der Gefährdungshaftung³⁷. Bezüglich der Tatbestände, bei deren Verletzung anstelle des Anspruchs auf Schadenersatz andere nachteilige Rechtsfolgen angedroht sind, führt er aus, dass die Vornahme der vorgeschriebenen Handlungen im Interesse des Belasteten liegt³⁸.³⁹ Der Belastete erfülle daher nicht eine Pflicht, sondern die Voraussetzung zur Erhaltung des für ihn vorteilhaften Zustandes. Den Beteiligten stünde es zudem frei, den Verhaltensanforderungen dieser Tatbestände nicht nachzukommen,

³⁵ Bei diesen Tatbeständen wird im Gegensatz zu den teleologischen Nötigungstatbeständen der durch den Tatbestand verfolgte Zweck nicht durch die Androhung eines Nachteils bei dessen Missachtung durchgesetzt, sondern durch das in Aussichtstellen eines Vorteils bei dessen Beachtung; im übrigen siehe dazu § 5 A. II. 4..

³⁶ Von Tuhr AT DBR S. 98 f..

³⁷ Von Tuhr AT DBR S. 99.

³⁸ Von Tuhr AT DBR S. 100 f..

³⁹ In diesem Zusammenhang erwähnt er, dass bei gleichartigen Fällen im Privatversicherungsrecht der Ausdruck Pflicht vermieden und an dessen Stelle von *Obliegenheiten* gesprochen wird; vgl. von Tuhr AT DBR S. 99, Fn. 24.

und die Rechtsfolgen über sich ergehen zu lassen⁴⁰. Die Erfüllung der Pflicht sieht er dagegen im Interesse des Gläubigers⁴¹.

Als Konklusion kann somit festgehalten werden, dass bei von Tuhr die Tatbestände der Obliegenheiten unter Anwendung der Voraussetzungstheorie pflichtlose Verhaltensanforderungen im Interesse des Belasteten darstellen, welche nach der Terminologie Schmidts als funktionelle Nötigungstatbestände (Lasten) zu bezeichnen sind. Bemerkenswert ist, dass von Tuhr als erster die Abgrenzung der verschiedenen Rechtsnormen neben dem Kriterium der Rechtsfolge auch über die Interessenlage vornimmt.

II. Die Verwendung des Ausdrucks im Obligationenrecht von 1911

Im Schweizerischen Obligationenrecht von 1911 ist der Ausdruck "obliegen" im eigentlichen Obligationenrecht der Art. 1 - 529 OR in Art. 91 OR und Art. 249 Ziff. 2 OR erwähnt^{42, 43}. Im Fall von Art. 91 OR, wo es um die dem Gläubiger *obliegenden* Vorbereitungshandlungen für die Leistung des Schuldners geht, handelt es sich tatsächlich, wie sich zeigen wird, um eine Obliegenheit⁴⁴. Im Fall von Art. 249 Ziff. 2 OR, wo auf die dem Beschenkten gegenüber dem Schenker und dessen Angehörigen *obliegenden* familienrechtlichen Pflichten angesprochen wird, handelt es sich trotz der Verwendung des Ausdrucks "obliegen" jedoch um Pflichten, welche beachtet werden müssen^{45, 46}. Festgehalten werden muss, dass im Jahr 1911 der Rechtsbegriff der Obliegenheit in der Privatrechtsdogmatik ausserhalb des Privatver-

⁴⁰ Als Beispiel für die pflichtlosen Tatbestände nennt er die Schadenminderungspflicht.

⁴¹ Von Tuhr AT DBR S. 100 f..

⁴² Die Ausdrücke "Obliegenheit" oder "obliegen" finden sich zudem im Gesellschaftsrecht in den Art. 768 Abs. 1 OR, Art. 890 Abs. 2 OR und Art. 916 OR. Beim Fall von Art. 768 Abs. 1 OR im Recht der Kommanditaktiengesellschaft können der Aufsichtsstelle neben der Kontrolle, in Verbindung mit der dauernden Überwachung der Geschäftsführung, weitere *Obliegenheiten* zugewiesen werden. Bei Art. 890 Abs. 2 OR im Genossenschaftsrecht kann die Geschäftsführung bei Vernachlässigung der ihnen *obliegenden* Pflichten vom Richter auf Antrag von 10 Prozent der Genossenschafter abberufen werden. In Art. 916 OR wird die Haftung der Exekutivorgane der Genossenschaft bei Verletzung der ihnen *obliegenden* Pflichten geregelt. Im ersten Fall wird die Sorgfaltspflicht des Aufsichtsorgans, im zweiten und dritten Fall wird die Sorgfaltspflicht der Exekutivorgane angesprochen. Es steht fest, dass die Verletzung dieser Sorgfaltspflichten mit der Haftung der verantwortlichen Organe sanktioniert wird (vgl. Art. 764 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 755 OR und Art. 916 OR). Da nicht nur Nachteile in Aussicht gestellt werden, sondern die Verletzung der Sorgfaltspflichten zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen führen kann, ist in den genannten Fällen ohne weiteres vom Vorliegen von (echten) Pflichten auszugehen. Das Vorliegen von Obliegenheiten kann trotz der Verwendung des Wortes ausgeschlossen werden.

⁴³ Im Schweizerischen Zivilgesetzbuch ist der Ausdruck in Art. 42 aZGB, in Art. 376 ZGB, in Art. 477 Ziff. 2 ZGB und in Art. 554 aZGB zu finden.

⁴⁴ Dazu siehe § 8 B. IX. 8..

⁴⁵ Dazu siehe § 8 B. XI..

⁴⁶ Vgl. auch Art. 477 Ziff. 2 ZGB, wo die an sich gleiche Anordnung jedoch bezüglich des Verhältnisses zwischen Erbe und Erblasser geregelt ist.

sicherungsrechts noch unbekannt war⁴⁷. Die Verwendung des Ausdrucks im Sinn der Einführung als neuer Rechtsbegriff war somit damals nicht beabsichtigt. Mit dem Verbum "obliegen" dürfte wohl vielmehr in einem ganz untechnischen Sinn nur die Zuordnung der Verhaltensanforderung zur jeweils genannten Person ausgedrückt worden sein.

III. Die Einführung des Begriffes der Obliegenheit ins Schweizerische Privatrecht (ohne Privatversicherungsrecht)

In der Schweizerischen Lehre zum Obligationenrecht wird die Obliegenheit im Sinn eines Rechtsbegriffes wohl im Jahre 1942 durch das Werk von von Tuhr/Siegwart in die Privatrechtsdogmatik eingeführt⁴⁸. Inspiriert von der nun zahlreichen Literatur zum Privatversicherungsrecht⁴⁹ und der deutschen Lehre zum Schuldrecht nach der Jahrhundertwende⁵⁰ halten die Autoren fest, dass bestimmte Pflichten (Obliegenheiten) von den eigentlichen Pflichten abgegrenzt werden müssen, da bei ihrer Unterlassung nicht die üblichen Folgen der Pflichtverletzung eintreten⁵¹. Explizit erwähnt werden die Schadenminderungspflicht gemäss Art. 44 Abs. 1 OR und die Mängelrüge im Kaufrecht nach Art. 201 OR.

IV. Die grundlegende Arbeit von Reimer Schmidt: Die Obliegenheiten

Als eigentlicher Auslöser der Diskussion über den Begriff und die Struktur der Obliegenheit im Privatrecht ausserhalb des Privatversicherungsrechts gilt die Arbeit von *Reimer Schmidt*: "Die Obliegenheiten" aus dem Jahre 1953. Es handelt sich dabei um den ersten, sehr weitläufigen Versuch, den versicherungsrechtlichen Ausdruck Obliegenheit für die allgemeine Zivilrechtsdogmatik fruchtbar zu machen⁵². Die Arbeit ist breit angelegt und enthält Vorüberlegungen auf den Gebieten: Philosophie, Rechtsphilosophie, Psychologie und Methodenlehre. Diese Vorüberlegungen dienen dem Autor neben anderen Kriterien dazu, sämtliche Rechtsnormen einzuteilen. Die Einteilung ermöglicht es ihm dann, die Obliegenheiten rechtsdogmatisch als Pflichten "minderer Zwangsintensität" zu qualifizieren.

⁴⁷ Dazu siehe sogleich.

⁴⁸ Von Tuhr/Siegwart, Band I, S. 10 f. m.w.Nw..

⁴⁹ Vgl. die Übersicht in von Tuhr/Siegwart, Band I, S. 10, Fn. 17.

⁵⁰ Dazu siehe § 4 B. I. 1. ff.. Explizit ist darauf hinzuweisen, dass Andreas von Tuhr selbst schon im Jahr 1910 zwischen Pflichten und Verhaltensanforderungen unterscheidet, die nur einen anderen Nachteil oder einen Vorteil in Aussicht stellen; vgl. § 4 B. I. 4. oder von Tuhr AT DBR S. 98 ff.. Zudem hat er als erster darauf hingewiesen, dass im Privatversicherungsrecht bezüglich der übrigen Verhaltensanforderungen der Ausdruck Pflicht vermieden und an dessen Stelle von *Obliegenheiten* gesprochen wird; vgl. von Tuhr AT DBR S. 99, Fn. 24.

⁵¹ Von Tuhr/Siegwart, Band I, S. 10.

⁵² Henss S. 15; vgl. auch Larenz S. 206.

Zweiter Teil: Strukturen und Verletzungen von Obliegenheiten

3. Kapitel: Die bisherige Diskussion zur Struktur der Obliegenheit

§ 5 Die Struktur der Obliegenheit nach Reimer Schmidt

A. Allgemeine Einteilung der Rechtsnormen nach Reimer Schmidt

Ausgangspunkt für die dogmatische Einordnung der Obliegenheiten ist die Arbeit von Reimer Schmidt: Die Obliegenheiten aus dem Jahre 1953. Für das bessere Verständnis des Autors und für die Möglichkeit der Abgrenzung der Obliegenheiten von den anderen Rechtsnormen folgt ein Überblick über die Einteilung der Rechtsnormen nach Schmidt¹.

I. Vorbemerkungen

1. Rechtsphilosophischer Ausgangspunkt

Als Grundlage der folgenden Ausführungen wird der rechtsphilosophische Ausgangspunkt Schmidts kurz dargestellt. Schmidt hat sich nämlich dazu entschlossen, da der Pflichtbegriff stark vom rechts- und allgemeinphilosophischen Hintergrund des jeweiligen Autors abhängt² und daher sehr unterschiedlichen Inhalt haben kann³, fast vollständig auf eine ethische Auffüllung des Pflichtbegriffes zu verzichten. Er definiert den Pflichtbegriff und sämtliche Rechtsnormen für ihre Einteilung weitgehend nur nach deren Rechtsfolgen bei Vornahme der der Verhaltensanforderung entgegengesetzten Handlung⁴. Es ist somit eine stark positivistisch geprägte Arbeit entstanden. Durch die Darlegung der zahlreichen Gedanken, Lehrmeinungen und Beispiele hat sie auch einen stark empiristischen Charakter.

¹ Da die allgemeine Einteilung der Rechtsnormen durch Reimer Schmidt mit meiner persönlichen Ansicht weitgehend übereinstimmt und nur ein Thema dieser Arbeit bezüglich der Vorbereitung der Qualifikation der Obliegenheiten bildet, wird auf eine generelle Kritik verzichtet. Die bezüglich der Struktur der Obliegenheit massgebenden Abweichungen werden im sechsten Kapitel ("Folgerung zur Struktur der Obliegenheit") aufgezeigt; dazu siehe insbesondere § 13 B. und § 14 C. II..

² Vgl. die Übersicht bei R. Schmidt S. 11 ff..

³ Dazu siehe auch § 2 A..

⁴ R. Schmidt S. 20, S. 24 ff..

2. Psychologische Ausgangspunkte

Schmidt hat sich für die Einteilung der Rechtsnormen auch Vorüberlegungen auf dem Gebiet der Psychologie gemacht⁵. Er führt aus, dass es wegen der Unzulänglichkeit der Menschen deren Nötigung (i.w.S.) zur Pflichterfüllung bedarf. Dies wird dadurch erreicht, dass bei einer Verhaltensanforderung für ein bestimmtes Verhalten ein Vorteil oder ein Nachteil in Aussicht gestellt wird. Im ersten Fall handelt es sich um psychologischen Anreiz, im zweiten um psychologischen Zwang, also einen Fall der Nötigung i.e.S.. Neben den in der Folge dargestellten, insbesondere relevanten rechtlichen Strebungen (Anreiz, Zwang) sind aber auch persönliche, wirtschaftliche und soziale Attitüden denkbar. Weiter zu erwähnen ist, dass bei den Verbindlichkeiten (Obligationen) zudem die Möglichkeit der Vollstreckung besteht, welche für den psychologischen Zwang und damit die ordnende Macht des Rechts von entscheidender Bedeutung ist.

II. Das System der Einteilung der Rechtsnormen

1. Übersicht

Auf der grundlegendsten Stufe unterscheidet Schmidt zwischen drei Arten von Rechtsnormen.

a) Verhaltensunabhängige Tatbestände

Bei der ersten Gruppe handelt es sich um Fälle, bei denen derjenige, zu dessen Gunsten oder Ungunsten die Rechtsfolgen eintreten, auf den Eintritt oder Nichteintritt der "Einzelbedingungen", also der Tatbestandsmerkmale, nicht einwirken kann⁶. Es handelt sich um vom Verhalten des von der Rechtsfolge Betroffenen unabhängige Tatbestände, welche dem psychologischen Anreiz oder Zwang gänzlich unzugänglich sind. Als Beispiele können die Rechtsfolgen bei Geburt, Tod oder Zeitablauf genannt werden.

b) Tatbestände bei Zuordnung von Sphären

Als zweite Gruppe sieht er Fälle, bei denen einer bestimmten Rechtsperson ein gewisser rechtlicher Erfolg zugeordnet wird, ohne Rücksicht darauf, ob sie ein Tatbestandsmerkmal

⁵ R. Schmidt S. 21 ff..

⁶ R. Schmidt S. 54.

überhaupt oder sogar schuldhaft gesetzt hat⁷. Den Beteiligten werden Sphären zugewiesen, für deren Bereich sie einstehen müssen, unabhängig von den möglichen Handlungen oder Unterlassungen. Als Beispiele für das deutsche Recht nennt er die Vergütungsgefahr bei Kauf- und Werkverträgen und die Tatbestände der Gefährdungshaftung⁸.

c) Verhaltensabhängige Tatbestände

Bei der dritten Gruppe handelt es sich um Rechtsnormen, deren Rechtsfolgen an das Verhalten des Betroffenen anknüpfen, m.a.W. von dessen Handlungen und Unterlassungen abhängen⁹. Die verhaltensabhängigen Tatbestände unterteilen sich zudem in folgende Untergruppen:

- Funktionelle Anreizungstatbestände¹⁰,
- Funktionelle Nötigungstatbestände¹¹,
- Teleologische Anreizungstatbestände¹²,
- Teleologische Nötigungstatbestände¹³.

Im folgenden werden diese Untergruppen der verhaltensabhängigen Tatbestände einzeln besprochen werden. Vorweg sind aber für das bessere Verständnis noch einige Anmerkungen zu Schmidts Terminologie zu machen.

Das erste gegensätzliche Begriffspaar bilden die Anreizungs- bzw. die Nötigungstatbestände¹⁴. Unter den Anreizungstatbeständen versteht Schmidt Tatbestände, bei deren Beachtung dem Handelnden Rechtsvorteile in Aussicht gestellt werden (psychologischer Anreiz), insbesondere die Verbesserung der Rechtsposition oder die Einräumung eines Anspruches oder Gestaltungsrechts. Bei den gegenteiligen Nötigungstatbeständen werden dem Handelnden für den Fall der Missachtung einer bestimmten Verhaltensanforderung rechtliche Nachteile angedroht. Diese können im Verlust oder der Verschlechterung seiner Rechtsposition oder in der Begründung eines Anspruches der Gegenseite bestehen.

⁷ R. Schmidt S. 55.

⁸ Die genannten Beispiele können für das Schweizerische Recht vorbehaltlos übernommen werden. Für die Tatbestände der Gefährdungshaftung vgl. bspw. Art. 58 SVG.

⁹ R. Schmidt S. 54.

¹⁰ R. Schmidt S. 67 ff..

¹¹ R. Schmidt S. 76 ff..

¹² R. Schmidt S. 84 ff..

¹³ R. Schmidt S. 99 ff..

¹⁴ R. Schmidt S. 53 f..

Das zweite gegensätzliche Begriffspaar bilden die funktionellen bzw. die teleologischen Tatbestände, wobei an den Grad des mit der Rechtsnorm verfolgten Zwecks angeknüpft wird¹⁵. Bei den funktionellen Tatbeständen ergibt sich der psychologische Anreiz oder Zwang nur als Teil der Tatbestandsmechanik bzw. des Tatbestand-Rechtsfolge-Verhältnisses. Bei den teleologischen Tatbeständen wird dagegen der Betroffene durch die entsprechende Gestaltung der Rechtsfolgen zu einem auf ein bestimmtes Verhalten gerichteten Zweck bestimmt. Mit der zielgerichteteren Gestaltung der Rechtsfolgen wird somit eine stärkere Anreiz- oder Zwangswirkung herbeigeführt.

2. Funktionelle Anreizungstatbestände

a) Allgemein

Bei den funktionellen Anreizungstatbeständen handelt es sich um diejenigen Rechtsnormen, bei denen der Anreiz zur Beachtung der Norm nur durch das kausale Tatbestand-Rechtsfolge-Verhältnis gegeben ist¹⁶. Die Rechtsnorm bezweckt nicht, dass die Person, welcher der Vorteil in Aussicht gestellt ist, sich tatbestandsmässig verhält. Für die handelnde Person und ihr im freien Willen stehendes Verhalten ergeben sich lediglich psychologische Anreize.

Durch Verwirklichung des Tatbestandes erhält der Handelnde einen rechtlichen Vorteil¹⁷. Dieser besteht in der Einräumung einer günstigen oder in der Verbesserung einer bereits bestehenden Rechtsposition.

Beispiele für funktionelle Anreizungstatbestände im deutschen Recht, welche aber auch im Schweizer Recht Gültigkeit haben, sind die Geltendmachung eines subjektiven Rechts, die Ausübung eines Gestaltungsrechts und der Eigentumszuwachs bei der Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung¹⁸. Der Anreiz drückt sich beispielsweise bei der Verbindung darin aus, dass der Grundstückeigentümer durch die Verbindung von fremdem Baumaterial mit seinem Grundstück auch Eigentümer letzteres wird¹⁹. Die Verbindung hat für den Grundstückeigentümer somit den rechtlichen Vorteil des Eigentumszuwachses zur Folge²⁰. Die Tatbestand-Rechtsfolge-Relation ist jedoch rein funktioneller Natur. Sie dient in erster Linie der Verkehrssicherheit²¹. Gleich verhält es sich bei der Ausübung eines subjektiven

¹⁵ R. Schmidt S. 52 f. und S. 56 ff..

¹⁶ R. Schmidt S. 67 ff..

¹⁷ R. Schmidt S. 67 f..

¹⁸ R. Schmidt S. 68 ff..

¹⁹ Vgl. Art. 642 Abs. 1 ZGB und Art. 671 Abs. 1 ZGB.

²⁰ Zu beachten sind freilich die obligatorischen Ersatzansprüche (Art. 672 ZGB).

²¹ R. Schmidt S. 71.

Rechts bzw. der Geltendmachung eines Gestaltungsrechts. Bei diesen ergibt sich der rechtliche Vorteil ebenfalls nur als Teil der Tatbestand-Rechtsfolge-Relation. Es besteht kein Zwang auf Ausübung bzw. Geltendmachung²².

b) Frage der Pflicht

Da bei den funktionellen Anreizungstatbeständen kein auf ein bestimmtes Verhalten des Betroffenen gerichteter Zweck verfolgt wird, liegt selbstverständlich auch keine Rechtspflicht vor.

3. Funktionelle Nötigungstatbestände (Lasten)

a) Allgemein

Für das terminologische Verständnis ist einleitend festzuhalten, dass die funktionellen Nötigungstatbestände, abgeleitet von der vorangegangenen Untersuchung der zivilprozessualen Lasten²³, oftmals mit dem Ordnungsbegriff "Lasten" bezeichnet werden²⁴. Von einigen Autoren wird auch der Begriff "Voraussetzung" verwendet, worunter nach Ansicht Schmidts nichts anderes als die funktionellen Nötigungstatbestände in Abgrenzung zum teleologischen Rechtszwang zu verstehen sind²⁵.

Gleich wie die funktionellen Anreizungstatbestände zielen die funktionellen Nötigungstatbestände nicht darauf hin, dass sich die handelnde Person tatbestandsmässig verhält²⁶. Die verhaltensbeeinflussende Wirkung der nachteiligen Rechtsfolgen wird nicht zielgerichtet eingesetzt. Allein durch die logisch-kausale Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge wird eine Nötigungswirkung erzielt.

Die Rechtsfolgen bei Missachtung der funktionellen Nötigungstatbestände bestehen in dem Verlust oder der Verminderung von Rechten²⁷. Zudem kann auch ein Anspruch der Gegenseite begründet werden.

Beispiele funktioneller Nötigungstatbestände für das Deutsche Recht, welche auch im Schweizerischen Recht Gültigkeit haben, sind die Verjährung und Verwirkung, die Form-

²² R. Schmidt S. 68 ff..

²³ Für die zivilprozessualen Lasten siehe sogleich.

²⁴ R. Schmidt S. 101, S. 315.

²⁵ R. Schmidt S. 65.

²⁶ R. Schmidt S. 76 ff..

²⁷ R. Schmidt S. 53, S. 76 ff..

vorschriften und die sog. Prozesslasten^{28,29}. Die genannten Beispiele zeigen, dass bei den funktionellen Nötigungstatbeständen die jeweiligen Tatbestände nicht beachtet werden müssen. Die Verjährung der Forderung oder die Formungültigkeit des Vertrages ergeben sich nur aus dem Wenn-Dann-Mechanismus der entsprechenden Norm. Bei der Verjährung ist es dem Gesetzgeber gleichgültig, ob der relevante Anspruch geltend gemacht wird oder nicht. Für den Fall der Geltendmachung legt er dem Gläubiger jedoch die Last auf, dies innert einem festgesetzten Zeitraum zu tun. Das gleiche gilt für die Formvorschriften. Diese müssen bekanntlich nicht beachtet werden. Die Missachtung bewirkt jedoch als logische Folge die Formungültigkeit des Vertrages.

b) Exkurs: Zivilprozessuale Lasten

Als rechtstheoretische Wurzel des allgemeinen Lastbegriffes sind die prozessrechtlichen Lasten zu sehen, insbesondere diejenigen des Zivilprozessrechts³⁰. Es handelt sich dabei um freie, nicht pflichtgebundene Verhaltensanforderungen im Zivilprozess, deren Missachtung prozessrechtliche Nachteile, schlimmstenfalls den Prozessverlust, zur Folge hat. Die Beachtung der Prozesslasten liegt i.d.R. allein im Interesse des Belasteten. Aus dem Gesetzeszweck, der Interessenlage und der Stellung im Rechtssystem ergibt sich zudem offensichtlich, dass es sich bei den Prozesslasten um keine Pflichten handelt³¹. Folgende Verhaltensanforderungen gelten im Schweizerischen Recht als Prozesslasten³²:

- Die bekanntesten Beispiele sind sicherlich die Behauptungs- und die Beweislast (vgl. Art. 8 ZGB, § 54 Abs. 1 ZPO, § 113 ZPO, § 136 ZPO). Werden diese missachtet, muss die betroffene Partei den Nachteil der Nichtberücksichtigung ihres Standpunktes mangels Substanziierung oder mangels Beweisen tragen.
- Als weiteres Beispiel ist die Fortführungslast zu nennen. Diese trifft den Kläger nach Eintritt der Rechtshängigkeit. Ein Rückzug des Begehrens ohne Eintritt der formellen und materiellen Rechtskraft ist in diesem Stadium nicht mehr möglich (§ 107 Ziff. 3 ZPO).
- Bei der Einlassungslast hat der Beklagte rechtzeitig die Unzuständigkeitseinrede zu erheben, andernfalls muss er sich auf den Prozess einlassen (Art. 10 Abs. 1 GestG, § 111 Abs. 1 ZPO).

²⁸ Für die zivilprozessualen Lasten siehe sogleich.

²⁹ R. Schmidt S. 76 ff., S. 101, S. 313, S. 315.

³⁰ R. Schmidt S. 89 ff., S. 95.

³¹ R. Schmidt S. 93 f..

³² Vgl. Vogel/Spühler § 42 N 27 ff.. Im folgenden wird auf die Zürcher Zivilprozessordnung verwiesen.

- Ebenfalls eine Prozesslast stellt die Vornahme der den Parteien jeweils auferlegten Prozesshandlungen dar. Werden diese nicht vorgenommen, treffen die Parteien die vorgesehenen Folgen des Säumnisverfahrens (§ 129 ff. ZPO).
- Eine weitere Prozesslast wird zudem in der Kautionspflicht gesehen. Unterbleibt die Leistung der auferlegten Kautionsleistung wird auf die eingereichte Klage nicht eingetreten (§ 80 Abs. 1 ZPO).
- Abschliessend kann zudem das Fristversäumnis genannt werden. In diesem Fall hat die belastete Partei die in der Fristansetzung angedrohten Rechtsfolgen zu tragen.

c) Frage der Pflicht

Die funktionellen Nötigungstatbestände können höchstens als Rechtspflichten im weitesten Sinn angesehen werden³³. Eigentliche Rechtspflichten sind sie aber sicherlich nicht. Insbesondere für die bei den Obligationen vorgesehenen Rechtsfolgen (Klage auf Erfüllung, sekundär Schadenersatzanspruch) besteht kein Raum. Bei Missachtung der Norm wird dem Handelnden jedoch eine nachteilige Rechtsfolge in Aussicht gestellt, die ebenfalls sehr schwerwiegend sein kann.

4. Teleologische Anreizungstatbestände

a) Allgemein

Bei den teleologischen Anreizungstatbeständen handelt es sich um Rechtsnormen, bei denen der Handelnde über den funktionellen Anreiz hinausgehend durch die verhaltensbeeinflussende Wirkung der Rechtsfolgen zu einem bestimmten Verhalten bestimmt wird³⁴.

Bei Beachtung der teleologischen Anreizungstatbestände ergeben sich als Rechtsfolgen Vorteile, welche in der Verbesserung der Rechtsposition oder der Einräumung eines Anspruches oder Gestaltungsrechts bestehen³⁵.

Beispiele teleologischer Anreizungstatbestände im deutschen Recht, welche aber auch im Schweizer Recht Beachtung finden, sind der Anspruch auf den Mäklerlohn³⁶ und der Anspruch aus der Auslobung^{37, 38}. Der Anspruch auf Mäklerlohn ist vom Nachweis einer

³³ R. Schmidt S. 313, S. 315.

³⁴ R. Schmidt S. 84, S. 313 f..

³⁵ R. Schmidt S. 84, S. 313 f..

³⁶ Vgl. Art. 413 Abs. 1 OR.

³⁷ Vgl. Art. 8 OR.

Vertragsabschlussgelegenheit oder der Vermittlung eines Vertragsabschlusses und der Rechtsbedingung des Zustandekommens des Vertrages abhängig. Bei der Auslobung hängt die Zahlung von der Vollbringung der ausgeschriebenen Leistung ab. Die verhaltensbeeinflussende Wirkung der Rechtsfolgen, hier Ansprüche auf Geldleistung, welche für den Tatbestand Verwirklichenden zweifellos positiv sind, wird im Gegensatz zu den funktionellen Anreizungstatbeständen zielgerichtet zur Herbeiführung des tatbestandsmässigen Verhaltens eingesetzt. Das tatbestandsmässige Verhalten ist somit nicht nur Folge der Tatbestand-Rechtsfolge-Relation, sondern ist vom Gesetzgeber bezweckt. Deutlich wird dies insbesondere bei der Auslobung, welche sich an jedermann richtet, der die gewünschte Leistung erbringen kann.

b) Frage der Pflicht

Mit den teleologischen Anreizungstatbeständen verfolgt der Gesetzgeber einen bestimmten Zweck. Es handelt sich dabei um ein Sollen, aber nur in dem abgeschwächten Sinn eines bedingten Müssens zur Erzielung der Vorteilsrechtsfolge³⁹. Eine Pflicht (i.e.S.) zur Vornahme einer Handlung oder Unterlassung wird dabei wie bei allen Anreizungstatbeständen nicht begründet.

5. Teleologische Nötigungstatbestände

a) Allgemein

Als teleologische Nötigungstatbestände werden diejenigen Rechtsnormen verstanden, bei denen die verhaltensbeeinflussende Wirkung der Rechtsfolgen den Handelnden dadurch zur Beachtung des Tatbestandes bewegt, indem sie ihm für die Missachtung des Tatbestandes Nachteile in Aussicht stellen⁴⁰. Diese Vorschriften bezwecken somit ein bestimmtes Verhalten des Handelnden. Bei Missachtung der vorgeschriebenen Handlungsweise wird sanktioniert.

Bei den teleologischen Nötigungstatbeständen werden von Schmidt nun zwei Unterarten unterschieden⁴¹. Als teleologische Nötigungstatbestände mit höchstem Grad an Rechtszwang sieht er die Verbindlichkeiten ("teleologische Nötigungstatbestände stärkerer Wirkung"). Diese teilt er wiederum in drei Untergruppen ein. Die erste Untergruppe bilden die

³⁸ R. Schmidt S. 84 ff., S. 313 f..

³⁹ R. Schmidt S. 312 f..

⁴⁰ R. Schmidt S. 313 f..

⁴¹ R. Schmidt S. 314.

Verbindlichkeiten i.e.S., welche bei Missachtung die für die Verbindlichkeiten typischen Rechtsfolgen (Klage auf Erfüllung, Zwangsvollstreckung, Schadenersatz) auslösen. Die zweite Untergruppe stellen die Verbindlichkeiten dar, die zwar eingeklagt, aber nicht mit der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden können. Als dritte Untergruppe sind diejenigen Verbindlichkeiten zu sehen, bei welchen gar nicht mehr auf Erfüllung geklagt werden kann, die aber bei schuldhafter Verletzung immerhin noch einen Schadenersatzanspruch des Verletzten begründen⁴². Es kann somit festgehalten werden, dass dann von einer Verbindlichkeit (Obligation) auszugehen ist, wenn im Fall der Verletzung der Vorschrift mindestens ein Schadenersatzanspruch angedroht ist. Von besonderem Interesse ist an dieser Stelle die neben den Verbindlichkeiten (i.w.S.) zweite Unterart von teleologischen Nötigungstatbeständen⁴³. Es handelt sich dabei um die "*teleologischen Nötigungstatbestände mit schwächerer Wirkung*", welche er kürzer auch *Obliegenheiten*⁴⁴ nennt.

b) Frage der Pflicht

Bei den Verbindlichkeiten (i.w.S.) handelt es sich um Pflichten, da jeweils ein Leistensollen aus einem Schuldverhältnis (i.e.S.) vorliegt⁴⁵. Bei den teleologischen Nötigungstatbeständen mit schwächerer Wirkung, den Obliegenheiten, bei deren Verletzung weder die Erfüllungsklage noch der Schadenersatzanspruch zur Verfügung stehen, sondern als Rechtsfolgen andere Nachteile angedroht sind, handelt es sich nach Schmidt um "Pflichten minderen Grades"⁴⁶.

B. Die Obliegenheiten als "Pflichten minderen Grades" (nach Reimer Schmidt)

I. Bezeichnungen

Bei den Obliegenheiten handelt es sich um teleologische Nötigungstatbestände mit schwächerer Wirkung⁴⁷. Sie werden auch als "Pflichten minderen Grades", "Pflichten minderer Zwangsintensität", "Pflichten in fremdem und eigenem Interesse" oder "officia media" bezeichnet.

⁴² Die soeben erwähnte zweite und dritte Untergruppe gehören nach der Schweizerischen Lehre zu den unvollkommenen Obligationen; dazu siehe § 2 C..

⁴³ R. Schmidt S. 314 ff..

⁴⁴ Für die Obliegenheiten (nach Reimer Schmidt) siehe sogleich.

⁴⁵ R. Schmidt S. 314.

⁴⁶ R. Schmidt S. 103 f., S. 315 f..

⁴⁷ R. Schmidt S. 103 f., S. 315.

II. Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung

Da die Beachtung der Obliegenheit nach Schmidt auch im Interesse des Obliegenheitsbelasteten liegt⁴⁸, wird dieser im Fall der Nichtbeachtung der Obliegenheit insbesondere in seiner eigenen Interessenposition getroffen⁴⁹. Die Obliegenheitsverletzung hat für den Obliegenheitsbelasteten regelmässig die Rechtsfolgen der Aufhebung, der Hemmung der Entstehung oder der Minderung der Rechte aus der Rechtsbeziehung zwischen den Parteien zur Folge. Die Rechtsfolgen können nach Schmidt aber auch in der Entstehung eines gegen den Obliegenheitsbelasteten gerichteten Rechts, in der Verbesserung der Rechtsposition der Gegenpartei oder in einem sonstigen Rechtsnachteil mit Ausnahme der für die Verbindlichkeiten typischen Rechtsfolgen bestehen⁵⁰.

III. Abgrenzung zu den funktionellen Nötigungstatbeständen

Die Abgrenzung der teleologischen Nötigungstatbestände minderer Intensität, den Obliegenheiten, zu den funktionellen Nötigungstatbeständen mit ihrem bloss logischen Sollen, erweist sich als schwierig. Der Übergang erfolgt fliessend.

Die Unterscheidung kann sich aus der Formulierung der Rechtsnorm ergeben⁵¹. Dort wo die Rechtsnorm eine Aufforderung oder sogar ein Gebot enthält, ist oftmals von der Verfolgung eines bestimmten Zwecks auszugehen, wodurch ein teleologischer Nötigungstatbestand vorliegt.

Als zweiter Punkt für die Abgrenzung ist festzuhalten, dass es Fälle gibt, bei denen der funktionelle Nötigungstatbestand von einem bestimmten Zweck überlagert wird⁵². In diesen Fällen ist auf die Interessenlage abzustellen. Liegt die Beachtung der Norm vornehmlich im Interesse des Belasteten, ist eher von einem funktionellen Nötigungstatbestand auszugehen. Hat dagegen auch die Gegenpartei ein Interesse an der Beachtung der Norm, liegt i.d.R. ein auf die Beachtung des Tatbestandes gerichteter Zweck vor. Die Norm ist deshalb als teleologischer Nötigungstatbestand, somit als Obliegenheit, zu qualifizieren.

⁴⁸ Dazu siehe sogleich.

⁴⁹ R. Schmidt S. 104, S. 315 f..

⁵⁰ Für die festgestellten Rechtsfolgen im Schweizer Recht siehe § 11 B..

⁵¹ R. Schmidt S. 313.

⁵² R. Schmidt S. 76 ff., S. 103 f., S. 313 f..

IV. Abgrenzung zu den Verbindlichkeiten

1. Abgrenzung über die Interessenlage

Die Abgrenzung der Obliegenheiten von den Verbindlichkeiten kann ebenfalls über die Interessenlage erfolgen. Bei den Verbindlichkeiten steht fest, dass diese im *Interesse des Gläubigers* auferlegt sind⁵³, dementsprechend auch vom Schuldner im Interesse des Gläubigers erfüllt werden. Bei den Obliegenheiten gestaltet sich die Interessenlage differenzierter. Schmidt geht davon aus, dass die Obliegenheiten zwar im *Interesse des Gläubigers* auferlegt sind, bei ihnen *aber das Interesse des Schuldners gleichermassen eine Rolle spielt*, womit eine gespaltene Interessenlage vorliegt⁵⁴. Das gleiche gilt für das Interesse an der Beachtung der Obliegenheiten⁵⁵. Er begründet diese These dadurch, dass zwischen dem Obliegenheitsbelasteten und dem anderen Teil eine rechtlich relevante Lebensbeziehung besteht, die sich aus dem Schuld-, Sachen-, Familien- oder Erbrecht ergibt oder aus einem sonstigen Lebensvorgang, der für die Entstehung und Gestaltung der Rechtsbeziehung Bedeutung hat⁵⁶. Im Rahmen der so beschaffenen Lebensbeziehung erheischt es die Interessenlage, dass der Obliegenheitsbelastete sein Verhalten auf die Interessen des Obliegenheitsbegünstigten einstellt. Das Typische, dass sich nun bei der Interessenlage der Obliegenheit ergibt, ist, dass das Verhalten, auf welches sich die Obliegenheit richtet, auch im Interesse des Obliegenheitsbelasteten liegt. Weiter führt er aus, dass die rechtliche Gestaltung auch so gesehen werden kann, dass man einen Nötigungstatbestand annimmt, der dadurch "gemildert" wird, dass im gleichen Tatbestand ein rechtlicher Vorteil für den Fall eines bestimmten gleichzeitig ernötigten Verhaltens in Aussicht gestellt wird. Der Tatbestand hat dann also gleichzeitig Nötigungs- und Anreizungswirkung. Als Beispiele für die gespaltene Interessenlage können die Mitwirkungspflichten des Gläubigers bei der Erfüllung einer Forderung und die Schadenabwendungs- bzw. Schadenminderungspflicht⁵⁷ genannt werden⁵⁸.

2. Abgrenzung über die Verletzungsrechtsfolgen

Die Abgrenzung der Obliegenheiten von den Verbindlichkeiten ist auch über die unterschiedlichen Rechtsfolgen der beiden Gruppen von Rechtsnormen möglich. Im Gegensatz zu

⁵³ R. Schmidt S. 103 f., S. 314.

⁵⁴ R. Schmidt S. 103 f., S. 314 f..

⁵⁵ R. Schmidt S. 103 f..

⁵⁶ R. Schmidt S. 103 f..

⁵⁷ Die genannten Beispiele beanspruchen auch im Schweizer Recht Geltung; vgl. Art. 91 ff. OR und Art. 44 Abs. 1 OR.

⁵⁸ R. Schmidt S. 315.

den Verbindlichkeiten kommen nach Schmidt bei den Obliegenheiten nur *abgeschwächte* Sanktionen in Frage⁵⁹. In den Fällen, wo die Klage auf Erfüllung oder als Erfüllungssurrogat die Klage auf Schadenersatz zur Verfügung stehen, ist somit nicht von Obliegenheiten, sondern von Verbindlichkeiten auszugehen.

V. Weitere Aspekte der Arbeit von Reimer Schmidt

1. Ablehnung der bei den Verbindlichkeiten verwendeten typischen Begriffe

Die bei den Verbindlichkeiten typischen Begriffe "Gläubiger" und "Schuldner" sind im Zusammenhang mit den Obliegenheiten abzulehnen⁶⁰. An deren Stelle sind die Begriffe "Obliegenheitsbegünstigter" bzw. "Obliegenheitsberechtigter" und "Obliegenheitsbelasteter" bzw. "Obliegenheitsverpflichteter" zu verwenden. Dies entspricht der minderen Nötigungsintensität der Obliegenheitstatbestände. Wegen der abgeschwächten Pflicht fallen die Rechtspositionen des Gläubigers und Schuldners dahin, weshalb die entsprechenden Begriffe nicht verwendet werden können.

2. Ablehnung der Verbindlichkeits- und der Voraussetzungstheorie

Aus der Qualifikation der Obliegenheit als Pflicht minderen Grades geht zudem hervor, dass sowohl die Verbindlichkeits- als auch die Voraussetzungstheorie abzulehnen sind⁶¹. Die Obliegenheiten stellen wegen der Verteilung des Interessens auf beide Parteien und der speziellen Rechtsfolgen offensichtlich keine Verbindlichkeiten dar⁶². Die Annahme der Voraussetzungstheorie würde eine Abwertung der Obliegenheiten zu den im Interesse des Belasteten liegenden funktionellen Nötigungstatbeständen bedeuten⁶³, weshalb die Voraussetzungstheorie bei Beachtung des teleologischen Charakters und der gespaltenen Interessenlage der Obliegenheiten ebenfalls zu verwerfen ist.

⁵⁹ R. Schmidt S. 104.

⁶⁰ R. Schmidt S. 317 f..

⁶¹ R. Schmidt S. 317.

⁶² Dazu siehe § 5 B. IV..

⁶³ R. Schmidt S. 65.

3. Die Obliegenheitsverletzung als Verbot widersprüchlichen Verhaltens

Als rechtstheoretische Wurzel der Obliegenheit sieht Schmidt das Verbot widersprüchlichen Verhaltens ("venire contra factum proprium")^{64, 65}. Begründet wird dies dadurch, dass bei den Obliegenheiten keine Pflicht besteht, die durch Gesetz auferlegte Verhaltensanforderung zu erfüllen. Wird jedoch die ursprüngliche Rechtsposition nach der Verletzung der Obliegenheit trotzdem geltend gemacht, steht diese Geltendmachung regelmässig in Widerspruch zu den gesetzlich angeordneten Rechtsfolgen. Es liegt somit nach Schmidt ein Anwendungsfall des Verbots widersprüchlichen Verhaltens vor.

4. Verschulden und Rechtswidrigkeit

Nach Durchsicht derjenigen Rechtsnormen im deutschen Recht, die Schmidt zu den Obliegenheiten zählt, kommt er zum Schluss, dass für die Obliegenheitsverletzung teilweise ein Verschulden notwendig ist, teilweise jedoch nicht^{66, 67}.

Bezüglich der Frage der Rechtswidrigkeit vertritt Schmidt die Ansicht, dass die Obliegenheitsverletzung analog rechtswidrig ist^{68, 69}.

§ 6 Die Kritik an der Arbeit von Reimer Schmidt und weitere Ansätze zur Struktur der Obliegenheit

An dieser Stelle folgen die Lehrmeinungen im Anschluss an die Arbeit von Reimer Schmidt. Letztere bildet bei fast allen Autoren den Ausgangspunkt zur Herausarbeitung eines eigenen, teilweise jedoch auch übereinstimmenden Standpunktes zur Struktur der Obliegenheit. In der deutschen Lehre hat die Arbeit Schmidts höhere Wellen geworfen als in der Schweizerischen und Anstoss zu einem ansehnlichen Diskurs geliefert. In der Schweizerischen Lehre ist die Struktur der Obliegenheit dagegen noch weit weniger erforscht. Dies überrascht, sind doch im Schweizerischen Recht zahlreiche, oft die gleichen Rechtsnormen wie im deutschen Recht vorhanden, welche in den Kommentierungen als Obliegenheiten qualifiziert werden.

⁶⁴ R. Schmidt S. 109 f., S. 257 f., S. 317. Dazu siehe auch Hanau in ACP 165 (1965) S. 239 oder Wieling in ACP 176 (1976) S. 352.

⁶⁵ Für die Stellungnahme zum Verbot widersprüchlichen Verhaltens siehe § 12 C..

⁶⁶ R. Schmidt S. 109 ff., S. 257 ff., S. 318.

⁶⁷ Für die allgemeine Erörterung des Verschuldens siehe § 17.

⁶⁸ R. Schmidt S. 318.

⁶⁹ Für die allgemeine Erörterung der Rechtswidrigkeit siehe § 16.

A. Die Ablehnung der Obliegenheit als Rechtsbegriff

Einführend ist festzuhalten, dass es insbesondere zwei Autoren gibt, welche die Obliegenheit als neuen Rechtsbegriff ablehnen. Ihnen ist gemeinsam, dass sie die vorhandenen Begriffe für die Einteilung sämtlicher Rechtsnormen als ausreichend erachten. Der Begriff der Obliegenheit ist daher bei ihnen überflüssig. In ihren Begründungen weichen sie jedoch voneinander ab.

I. Die Ablehnung der Obliegenheit als Rechtsgriff durch Josef Esser

Esser hat sich in seiner Buchbesprechung als einer der ersten Autoren mit der Arbeit Schmidts auseinandergesetzt⁷⁰. Einen allfälligen Rechtsbegriff der Obliegenheit, welcher für eine eigenständige Kategorie von Rechtsnormen in der Form von "Pflichten minderer Sanktion" steht, lehnt er ab⁷¹. Auf grundsätzlicher Ebene kritisiert er, dass die Aufteilung der Rechtsnormen durch Schmidt in Verbindlichkeiten, Obliegenheiten und Lasten, welche sich nur über die Rechtsfolgen, aus dem "System des (psychologischen) Zwanges" begründet, nur eine "terminologische Neugruppierung" darstellt. Weiter entfremde die empiristische Betrachtung der Frage der Pflicht nur von der Sanktion her die Jurisprudenz dem Leben, statt sie "realistischer" zu machen, wie es gemeint sei. Die positivistische Betrachtung Schmidts über die Sanktion lehnt er zudem ab, indem er darauf hinweist, dass solche Abgrenzungen, wenn überhaupt, nur über das System des Pflichtbegriffes verbindlich nachgewiesen werden können. Dabei erwähnt er kritisch, dass die Rechtswidrigkeit keine konstruktive Hilfsvorstellung von pragmatischer Bedeutung ist, sondern gegenüber der Sanktionsfrage das Proteron darstellt⁷². Der wesentliche Unterschied Essers zu Schmidt besteht somit im verwendeten Pflichtbegriff. Dieser geht bei Esser über die reine Begründung durch die vorgesehene Sanktion hinaus. Ohne es explizit zu erwähnen, geht er von einem Pflichtbegriff aus, dessen Basis auch auf Ethik beruht. In der konkreten Pflicht sieht er somit z.T. auch eine moralische Verhaltensanforderung.

Neben der Kritik an der Arbeit Schmidts nimmt Esser auch eine eigenständige Einteilung der Rechtsnormen vor⁷³. Dazu trennt er die Pflichten in Erfüllungspflichten und Nebenpflichten. Bei allen Normen, die nicht rechtlich geschuldet und somit keine Pflichten sind, geht er von

⁷⁰ Vgl. Esser in ACP 154 (1955) S. 49 ff..

⁷¹ Esser in ACP 154 (1955) S. 50 f..

⁷² An dieser Stelle ist festzuhalten, dass Schmidt die Obliegenheitsverletzung als "analog rechtswidrig" betrachtet; R. Schmidt S. 318.

⁷³ Vgl. Esser in ACP 154 (1955) S. 50 f..

Lasten aus, die er insbesondere als Normen der Gefahr- und Risikoabgrenzung sieht. Den Begriff der Pflicht (mit ethischer Basis) fasst er gegenüber Schmidt wesentlich weiter. So geht Esser bei Tatbeständen, die bei Schmidt Obliegenheiten sind, von (echten) Pflichten aus, bei denen statt des Schadenersatzanspruches andere Rechtsnachteile angedroht sind⁷⁴. Der Anspruch auf Schadenersatz stellt somit bei ihm kein konstitutives Merkmal für das Vorliegen einer Pflicht dar. Mit dem genannten Instrumentarium ausgerüstet ist es Esser nun möglich, sämtliche Fälle, wo Schmidt eine Obliegenheit setzt, unter die Pflichten oder die Lasten zu subsumieren. Unklar bleibt bei ihm in diesem System aber der Charakter der Nebenpflichten, zu welchen er sämtliche Pflichten zuordnet, die keine Erfüllungspflichten sind. Man stellt fest, dass wohl ein Teil von Essers Nebenpflichten mit Schmidts Obliegenheiten deckungsgleich sein wird. Esser erachtet jedoch, wie schon gesagt, eine weitere Unterteilung der Rechtsnormen und somit auch den Obliegenheitsbegriff als überflüssig.

II. Die Ablehnung der Obliegenheit als Rechtsbegriff durch Jürgen Schmidt

Nach einer kurzen Darstellung der verschiedenen Theorien zu den Obliegenheiten kommt auch Jürgen Schmidt zum Schluss, dass auf den Begriff der Obliegenheit ohne Verlust verzichtet werden kann⁷⁵. Er verwirft ihn als begriffsjuristisch. Nach seiner Betrachtungsweise soll für die Frage, ob eine Pflicht gegeben ist, und welchen Inhalt diese hat, nur auf den einzelnen Rechtssatz abgestellt werden. Das Heranziehen neuer abstrakter Begriffe, wie denjenigen der Obliegenheit, findet er überflüssig⁷⁶. Es genüge insbesondere die positive Feststellung der Schuldverhältnisse (i.e.S.), von welchen dann die "Nichtschuldverhältnisse" negativ abgegrenzt werden könnten. In der Strukturierung der "Nichtschuldverhältnisse" durch die Herausarbeitung von positiven Merkmalen, was für die Bildung eines Begriffes der Obliegenheit notwendig wäre, sieht er keinen Vorteil. Somit gibt er zumindest zu erkennen, dass bei einer Qualifikation der Obliegenheiten diese im Bereich der "Nichtschuldverhältnisse" zu erfolgen hätte.

⁷⁴ Als Beispiel kann die Schadenminderungspflicht genannt werden; vgl. Esser in ACP 154 (1955) S. 50.

⁷⁵ J. Schmidt in Staudinger N 242 zu Einl. vor § 241 ff. BGB.

⁷⁶ Für das BGB sind nach seiner Ansicht die System-Leitkategorien "subjektives Recht" und "Rechtsverhältnis" ausreichend.

B. Die Obliegenheit als Last i.e.S.

Verschiedene Autoren qualifizieren die Obliegenheiten als Lasten, die wie bei den Lasten begriffsbedingt im Interesse des Belasteten auferlegt sind.

I. Die Abgrenzung der Obliegenheit von der Pflicht über die Rechtswidrigkeit

Peter Hanau argumentiert, dass bei den Obliegenheiten wie bei den Pflichten Handlungsgebote vorliegen⁷⁷. Bei der Annahme einer Pflicht sei die Erfüllung wünschenswert, und die Verletzung rechtswidrig. Dies treffe jedoch nicht für die Obliegenheiten zu, da die Nichterfüllung einer Obliegenheit *kein Unwerturteil* auf sich ziehe und deshalb auch *nicht rechtswidrig* sei^{78, 79}. Er folgert daraus, dass die Obliegenheiten mit dem Bereich der Pflichten und des Unrechts nicht in Verbindung gebracht werden sollten. Für die Abgrenzung gegenüber der Pflicht stellt er somit auf das Kriterium der Rechtswidrigkeit ab. In seinem Aufsatz kritisiert Hanau weiter Schmidts Bezeichnung der Obliegenheit als "Pflicht milderer Sanktion". Er führt aus, dass die Sanktion bei der Obliegenheitsverletzung nicht milderer, sondern *anderer Art* als bei der Pflichtverletzung ist. Zudem könne sie ebenso lästig sein. Infolge der Ablehnung der Obliegenheiten als Pflichten (milderer Sanktion) beruft sich Hanau auf die Voraussetzungstheorie und qualifiziert die Obliegenheiten als Lasten⁸⁰.

Die Tatsache, dass keine Pflicht zu obliegenheitsgemäßem Verhalten besteht, bei der Verletzung der Obliegenheit jedoch trotzdem Sanktionen in der Form anderer Nachteile angeordnet sind, erklärt er durch das Prinzip des Verbots widersprüchlichen Verhaltens ("venire contra factum proprium")^{81, 82}.

II. Die Obliegenheit als Gebot des eigenen Interesses

Esser/Schmidt stellen für die Abgrenzung der Obliegenheiten von den anderen Rechtsnormen auf die *Interessenlage* ab⁸³. Sie sehen die Obliegenheiten als Vorschriften, deren Beachtung nur im eigenen Interesse des Obliegenheitsbelasteten liegt, was übereinstimmend mit

⁷⁷ Hanau in ACP 165 (1965) S. 238 f..

⁷⁸ Die These der analogen Rechtswidrigkeit Schmidts lehnt er ebenfalls ab; dazu siehe R. Schmidt S. 318.

⁷⁹ Für die allgemeine Erörterung der Rechtswidrigkeit siehe § 16.

⁸⁰ Hanau in ACP 165 (1965) S. 239.

⁸¹ Hanau in ACP 165 (1965) S. 239. Dazu siehe auch § 5 B. V. 3. oder R. Schmidt S. 109 f., S. 257 f., S. 317 und Wieling in ACP 176 (1976) S. 352.

⁸² Für die Stellungnahme zum Verbot widersprüchlichen Verhaltens siehe § 12 C..

⁸³ Esser/Schmidt S. 115. Die Arbeit von R. Schmidt wird erwähnt, auf die darin aufgestellten Thesen wird jedoch nicht eingegangen.

Wieling⁸⁴ zur Bezeichnung als *Gebote des eigenen Interessens* führt. Zur Funktion der Obliegenheiten führen sie aus, dass sie im Rahmen eines speziellen Schuldverhältnisses die *beiderseitigen Risikozonen abstecken*. Unter Berücksichtigung des Ausgeführten subsumieren sie die Obliegenheiten wie die Beweislasten oder die Präklusionstatbestände als Untergruppe unter den Oberbegriff der Lasten.

III. Die Qualifikation der Obliegenheit als Last durch Schweizer Autoren

Mehrere Schweizer Autoren stellen ebenfalls auf die Voraussetzungstheorie ab⁸⁵. Dabei wird dargelegt, dass bei den Obliegenheiten das Verhalten des Belasteten nicht Gegenstand einer Forderung der anderen Partei ist, sondern die Voraussetzung dafür, dass demjenigen kein Rechtsnachteil erwächst, dem das Verhalten "obliegt". Somit erstaunt es nicht, dass die Obliegenheiten explizit als Lasten bezeichnet werden, und auch die Zuordnung zu den unvollkommenen Obligationen ablehnt wird.

C. Die Obliegenheit als Last i.w.S.

Verschiedene Autoren qualifizieren die Obliegenheiten grundsätzlich ebenfalls als Lasten. Diese stellen bei den Obliegenheiten aber jeweils verschiedenartige Abweichungen zu den typischen Lasten, den Lasten i.e.S., fest. Es wird deshalb bei den folgenden Autoren von der Obliegenheit als einer Last i.w.S. gesprochen.

I. Die Obliegenheit als Last im Interesse beider Parteien

Enneccerus/Nipperdey gehen bei der Qualifikation der Obliegenheiten grundsätzlich von Lasten aus⁸⁶. Dies ergibt sich bei ihnen dadurch, dass bei der Verletzung der Obliegenheiten weder ein Erfüllungs- noch ein Schadenersatzanspruch, sondern ein anderer Rechtsnachteil für den Obliegenheitsbelasteten vorgesehen ist. Speziell zu erwähnen ist, dass die Obliegenheiten aber bei den an dieser Stelle behandelten Autoren im *Interesse beider Parteien* auferlegt sind. Dies ist ungewöhnlich, wird doch mehrheitlich angenommen, dass die

⁸⁴ Dazu siehe § 6 C. II. 1. oder Wieling in ACP 176 (1976) S. 346.

⁸⁵ Jäggi in ZürcherKomm N 78 zu Vorbemerkungen vor Art. 1 OR mit Verweis auf von Tuhr/Siegwart, Band I, S. 10, Larenz, 1. Aufl., S. 223 f., Enneccerus/Nipperdey § 74 IV und Enneccerus/Lehmann § 44 II 6. Gleich argumentieren Merz in SPR/VI S. 70 und von Tuhr/Peter S. 12 f.. Derselben Ansicht jedoch ohne Begründung ist wohl auch BGE 114 II 220 ff..

⁸⁶ Enneccerus/Nipperdey § 74 IV. Die Arbeit von R. Schmidt wird in ihren Ausführungen nicht berücksichtigt.

Beachtung der Lasten nur im Interesse des Belasteten liegt⁸⁷. Eine explizite Abgrenzung der Obliegenheiten von den Lasten (i.e.S.) nehmen Enneccerus/Nipperdey jedoch nicht vor.

II. Die Obliegenheit als Last mit rechtsgeschäftlichem Charakter

1. Grundsätzliche Qualifikation der Obliegenheit als Last

Nach Hans Josef Wieling handelt es sich bei den Obliegenheiten um Verhaltensanforderungen *im eigenen Interesse*^{88, 89}. Ohne dass er den Begriff explizit erwähnt, er jedoch von “Belasteten“ spricht und die Obliegenheiten mit den Prozesslasten vergleicht, kann davon ausgegangen werden, dass er letztere grundsätzlich als Lasten qualifiziert⁹⁰. Dies ergibt sich auch dadurch, dass er die Qualifikation der Obliegenheit als Rechtspflicht verneint⁹¹, was er mit der unterschiedlichen Interessenlage zwischen Pflicht und Obliegenheit⁹² und damit begründet, dass die Obliegenheit dem Belasteten die Wahl einräumt, sein Recht aufrecht zu erhalten oder nicht. Für die Qualifikation einer einzelnen Rechtsnorm als Obliegenheit stellt er zudem auf die Voraussetzungstheorie ab⁹³. Die Obliegenheit als Verhaltensanforderung im eigenen Interesse führt bei Wieling auch grundsätzlich zum Ausschluss des Verschuldensfordernisses^{94, 95}.

⁸⁷ Vgl. bspw. R. Schmidt S. 76 ff., S. 101, S. 313 f.; Esser/Schmidt S. 115; Wieling in ACP 176 (1976) S. 346.

⁸⁸ Wieling in ACP 176 (1976) S. 346, S. 348.

⁸⁹ Vgl. auch § 6 B. II. oder Esser/Schmidt S. 115.

⁹⁰ Dazu siehe auch sogleich.

⁹¹ Wieling in ACP 176 (1976) S. 347 f.. Die Qualifikation der Obliegenheit als Rechtspflicht *mit abgeschwächter Sanktion* lehnt Wieling ebenfalls ab. Er argumentiert, dass eine solche Qualifikation nur insoweit rechtstheoretisch verstanden werden kann, indem nämlich eine Forderung durchgesetzt werden kann, ein Obliegenheit aber nicht. In der Praxis werde die Sanktion der Obliegenheit, der Rechtsverlust, jedoch meist härter treffen als eine bloße Schadenersatzpflicht, weshalb er den von Schmidt gewählten Begriff unzutreffend findet; Wieling in ACP 176 (1976) S. 346.

⁹² Er führt dazu aus, dass bei der Pflicht die Erfüllung im Interesse des Gläubigers liegt, bei der Obliegenheit jedoch gerade kein Interesse des Obliegenheitsbegünstigten besteht, da dieser anderweitig geschützt ist.

⁹³ Wieling in ACP 176 (1976) S. 346. Als typische Situation einer Obliegenheit sieht er die Einräumung einer Rechtsposition für den Obliegenheitsbelasteten, welche jedoch für die Ausübung von der Erfüllung gewisser Voraussetzungen abhängig gemacht ist. Als Beispiel nennt er die Wahlrechte beim Sachmangel im Kaufrecht, welche von der Voraussetzung der Beachtung der Untersuchungs- und der Rügeobliegenheit abhängig gemacht sind. Bei Nichtbeachtung verliert er diese günstige Rechtsposition.

⁹⁴ Wieling in ACP 176 (1976) S. 347. Er anerkennt jedoch, dass es Tatbestände gibt, bei welchen ein Verschulden per Gesetz erforderlich ist (z.B. § 121 BGB, § 254 BGB, § 351 BGB).

⁹⁵ Für die allgemeine Erörterung des Verschuldens siehe § 17.

Die Sanktion im Fall der Obliegenheitsverletzung stellt seiner Ansicht nach einen *gesetzlichen* Anwendungsfall des Prinzips des Verbots widersprüchlichen Verhaltens (“venire contra factum proprium“) dar^{96, 97}.

2. Rechtsgeschäftlicher Charakter der Obliegenheiten

Als Spezialität der Obliegenheiten gegenüber den Lasten (i.e.S.) sieht Wieling deren rechtsgeschäftlichen Charakter, was sich in dem Erfordernis zur Beachtung der persönlichen Umstände der Beteiligten ausdrückt⁹⁸. Dieses spezielle Merkmal beinhaltet insbesondere als Voraussetzung für die Auslösung der Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung das Vorliegen der Geschäftsfähigkeit des Obliegenheitsbelasteten. Als Folge davon können die Obliegenheiten über deren rechtsgeschäftlichen Charakter von denjenigen Tatbeständen abgegrenzt werden, bei denen der Rechtsverlust ohne Rücksicht auf die Geschäftsfähigkeit, nach dem Willen des Gesetzes eintritt. Die Verjährungs- und die Verwirkungstatbestände können so von den Obliegenheiten unterschieden werden⁹⁹.

III. Die Obliegenheit als Last mit der Verletzungsrechtsfolge des Schadenersatzes

1. Grundsätzliche Qualifikation der Obliegenheit als Last

Nach Alfred Koller sind die Obliegenheiten Verhaltensregeln, die nicht befolgt werden müssen¹⁰⁰. Charakteristisch für sie sei, *dass dem Interesse des Obliegenheitsbegünstigten an dem regelkonformen Verhalten durch die Anordnung einer speziellen gesetzlichen Regelung Rechnung getragen werde*. Da die Obliegenheiten nicht befolgt werden müssen, seien sie keine Pflichten, auch keine unklagbaren Nebenpflichten^{101, 102}. Die Abgrenzung zu den Pflichten wird bei Koller neben dem Ausgeführten zudem über die unterschiedliche Interessenlage vorgenommen. Er führt dazu aus, dass für die Annahme einer Pflicht ein gewisses selbständiges Interesse des Gläubigers an dem regelkonformen Verhalten erforder-

⁹⁶ Wieling in ACP 176 (1976) S. 352. Dazu siehe auch § 5 B. V. 3. oder R. Schmidt S. 109 f., S. 257 f., S. 317 und Hanau in ACP 165 (1965) S. 239.

⁹⁷ Für die Stellungnahme zum Verbot widersprüchlichen Verhaltens siehe § 12 C..

⁹⁸ Wieling in ACP 176 (1976) S. 354.

⁹⁹ Sollte sich Wielings These als richtig erweisen, können so auch die Formvorschriften und die Prozesslasten von den Obliegenheiten abgegrenzt werden.

¹⁰⁰ Koller N 101.

¹⁰¹ Koller N 98, N 101.

¹⁰² Den Ansatz von R. Schmidt als "Pflicht minderer Zwangsintensität" lehnt er ebenfalls ab; Koller N 99. Er argumentiert, diese Bezeichnung der Obliegenheit erwecke die Vorstellung, dass die Obliegenheitsverletzung weniger schwer wiegt als die Verletzung einer "ordentlichen" Pflicht, was aber unzutreffend sei.

lich ist¹⁰³. Die Bezeichnung als "Verhaltensanforderungen im eigenen Interesse"¹⁰⁴ lehnt er aber mit der Begründung ab, dass die Obliegenheiten durchaus *auch im Interesse des Obliegenheitsbegünstigten* liegen können¹⁰⁵. Es kann somit festgehalten werden, dass Koller zumindest bei einem Teil der Obliegenheiten von einer gespaltenen Interessenlage ausgeht. Zu einer Qualifikation der Obliegenheit als Last äussert er sich nicht. Die Verneinung des Pflichtcharakters und die Abgrenzung zur Pflicht über die Interessenlage legen wohl jedoch wie bei den zuletzt behandelten Autoren eine Qualifikation der Obliegenheit als Last (i.w.S.) nahe.

2. Der Schadenersatzanspruch als Verletzungsrechtsfolge der Obliegenheit

Interessant ist die Ansicht Kollers, dass *die Verletzung der Obliegenheit ausnahmsweise auch eine Schadenersatzpflicht auslösen kann*¹⁰⁶. Er folgert daraus, dass der Ausschluss der Haftung als Verletzungsrechtsfolge nicht zum Wesen der Obliegenheit gehört. Da die Obliegenheit verletzt werden dürfe, knüpfe die Haftung an ein erlaubtes Verhalten an, wodurch er konsequenterweise auch die Rechtswidrigkeit als Voraussetzung einer solchen Haftung ausschliesst. Zur Charakterisierung der Schadenersatzpflicht bei der Obliegenheitsverletzung führt er aus, dass diese "Pflicht" an die Stelle der Verpflichtung zur Bezahlung einer Vergütung tritt, sie sei in diesem Sinn blosses "Surrogat einer normalen Schuld".

D. Die Obliegenheit als Pflicht minderen Grades

I. Deutsche und Schweizer Autoren

Eine Reihe von deutschen¹⁰⁷ und schweizer¹⁰⁸ Autoren gehen mit direktem oder indirektem Verweis davon aus, dass es sich bei den Obliegenheiten in Abgrenzung zu den Obligationen

¹⁰³ Koller N 102.

¹⁰⁴ Dazu vgl. § 6 B. II. oder Esser/Schmidt S. 115 und § 6 C. II. 1. oder Wieling in ACP 176 (1976) S. 346.

¹⁰⁵ Koller N 98.

¹⁰⁶ Koller N 104 f.. Er nennt dabei Art. 95 OR i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR; dazu siehe § 8 B. IX. 4. c).

¹⁰⁷ Vgl. Teichmann in Soergel N 7 ff. vor § 241 BGB; Kramer in MünchKomm N 49 ff. zu Einl. vor § 241 - § 432 BGB; Wieser N 204 ff.; Grundsätzlich positiv steht dem Konzept Schmidts auch Wilhelm Weber gegenüber, obwohl er es nicht eindeutig übernimmt; vgl. Weber in Staudinger, 11. Aufl., II. Band, M 2 ff. zu Einl. Recht der Schuldverhältnisse. Larenz/Wolf stimmen grundsätzlich ebenfalls mit Schmidt überein, finden eine Bezeichnung der Obliegenheiten als "Verhaltensanforderungen in eigener Sache" oder "Rechtsgebote im eigenen Interessen" jedoch treffender; vgl. Larenz/Wolf S. 264 ff..

¹⁰⁸ Kramer in BernerKomm N 113 zu Allgemeine Einleitung in das schweizerische OR mit Verweis auf R. Schmidt S. 104, Esser in ACP 154 (1955) S. 49 ff. und Ballerstedt in ZHR 121 (1958) S. 79 ff.; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey N 102; Tercier N 239, welcher von "devoir de degré inférieur" spricht; Schwenger N 4.27.

um "Pflichten minderen Grades", "Pflichten minderer Zwangsintensität" oder "Pflichten geringerer Intensität" im Sinn Reimer Schmidts handelt.

II. Die grundsätzlich befürwortende Kritik von Kurt Ballerstedt

In seiner Buchbesprechung der Arbeit Schmidts steht Ballerstedt dessen Konzept der Qualifikation der Obliegenheiten als Pflichten minderer Intensität positiv gegenüber¹⁰⁹. Weiter schliesst er sich Schmidt an, dass bei der Schadenabwendungs- und Schadenminderungspflicht, bei der Untersuchungs- und Rügelast im Kaufrecht, beim Annahmeverzug und weiteren Beispielen Obliegenheiten vorliegen.

Auf der grundsätzlichen Ebene kritisiert Ballerstedt jedoch Schmidts Unterscheidung der Rechtsnormen in solche mit "funktionellem" und solche mit "teleologischem" Rechtszwang¹¹⁰, zu letzteren nach Schmidt bekanntlich auch die Obliegenheiten als Untergruppe zu zählen sind¹¹¹. Er argumentiert, dass der Gedanke der bezweckten Nötigung zu formal und zu abstrakt sei für die systematische Einordnung eines so diffizilen Gebildes wie das der Obliegenheiten. Es seien davon auch keine wesentlichen Aufschlüsse zu erwarten. Mit Erwägungen psychologischer Art begeben man sich zudem auf ein dem Recht und der Rechtswissenschaft fremdes Gebiet¹¹².

E. Übrige Qualifikationen der Obliegenheit

I. Die Qualifikation der Obliegenheit nach Karl Spiro

Spiro stellt für die Qualifikation der Obliegenheiten grundsätzlich auf das Vorliegen einer Bedingung oder Voraussetzung ab¹¹³. Zur Interessenverteilung führt er aus, dass die Obliegenheiten gleich wie die Pflichten in *fremdem Interesse* liegen¹¹⁴, jedoch beide der Sanktion wegen, also jeweils im eigenen Interesse, erfüllt werden¹¹⁵. Bei den Obliegenheiten werde ein Interesse der Gegenpartei künstlich geschaffen durch die rechtliche Sanktion abweichenden Verhaltens. Ein eigenes Interesse des Obliegenheitsbelasteten könne auch vorhanden sein, es sei i.d.R. jedoch nur schwach und werde durch das künstliche Interesse

¹⁰⁹ Vgl. Ballerstedt in ZHR 121 (1958) S. 78 ff..

¹¹⁰ Vgl. Ballerstedt in ZHR 121 (1958) S. 85 f..

¹¹¹ Dazu siehe § 5 A. II. 5. oder R. Schmidt S. 314.

¹¹² Dazu siehe auch § 14 A. II..

¹¹³ Spiro S. 915, insbesondere Fn. 8.

¹¹⁴ Spiro S. 917.

¹¹⁵ Spiro S. 917, Fn. 16.

überlagert. Somit könnten nach Spiro die Obliegenheiten, die bei ihm vornehmlich im Interesse der Gegenpartei liegen, an sich über die Interessenlage von den Lasten abgegrenzt werden, die bekanntlich im eigenen Interesse auferlegt sind. Den Ausdruck “Last“ lehnt er jedoch von vornherein ab¹¹⁶. Er argumentiert, dass dieser insbesondere für die Übernahme einer Haftung oder eines Risikos steht. Bei den Obliegenheiten verhalte es sich dagegen anders. Bei diesen werde vom Begünstigten ein bestimmtes Verhalten des Obliegenheitsbelasteten erwartet. Weiter führt er bezüglich des Lastbegriffes aus, dass die Obliegenheiten oft *keine wesentlichen Belastungen* enthalten. Die Qualifikation der Obliegenheit als Pflicht lehnt er ebenfalls ab¹¹⁷. Er begründet dies unter anderem damit, dass die Obliegenheiten nicht beachtet werden müssen^{118, 119}. Abschliessend kann somit festgehalten werden, dass die Obliegenheiten bei Spiro ausserhalb des Pflichtbegriffes und neben den Lasten eine eigenständige Gruppe von Rechtsnormen bilden.

II. Die Qualifikation der Obliegenheit nach Olaf Henss

Henss geht in seiner Schrift davon aus, dass sich die Obliegenheiten aus dem Schuldverhältnisse i.w.S.¹²⁰ ergeben¹²¹. In diesem Rahmen seien sie Ausdruck der Bindungen des Gläubigers, welche eine Folge dieser Einbettung darstellen würden. Als komplementäre Rechtsfigur sieht er die vertragszielbezogenen Nebenpflichten des Schuldners, welche bei ihm die Verpflichtungen des Schuldners sind, alles Zweck- und Situationsgebotene zu tun, sofern ohne sie die Hauptleistung nicht richtig und sinnvoll erbracht werden kann¹²². Die Obliegenheiten und die vertragszielbezogenen Nebenpflichten gäben dem Schuldverhältnis i.e.S. dadurch Konturen, dass die in dem Schuldverhältnis i.w.S. liegende Entscheidung, die Sinneinheit des lebenswesentlichen Verhältnisses¹²³ jedenfalls grundsätzlich zu berücksichtigen ist.

¹¹⁶ Spiro S. 915, Fn. 9.

¹¹⁷ Spiro S. 915 ff., insbesondere Fn. 9, Fn. 10 und Fn. 17.

¹¹⁸ Spiro S. 915, Fn. 10.

¹¹⁹ Dazu ergänzt er, dass nicht jedes Verhalten in fremdem Interesse wie bei der Obliegenheit eine Pflicht begründet; Spiro S. 917, Fn. 17. Das fremde Interesse sei Grund und Voraussetzung der Pflicht, nicht ihr Wesen.

¹²⁰ Das Schuldverhältnis i.w.S. bezeichnet das gesamte schuldrechtliche Rechtsverhältnis, das regelmässig eine ganze Reihe von Leistungs-, Neben-, Schutzpflichten und Gestaltungsrechte enthält; vgl. Kramer in BernerKomm N 36 f. zu Allgemeine Einleitung in das Schweizerische OR m.w.Nw.; ähnlich von Tuhr/Peter S. 10 f.. Prominentestes Beispiel ist der Vertrag. Das Schuldverhältnis i.w.S. ist zu den einzelnen ihm innewohnenden Elementen abzugrenzen, insbesondere besteht es beim Untergang eines Elementes grundsätzlich weiter.

¹²¹ Henss S. 109 f., S. 113.

¹²² In der Schweiz entsprechen diese den auf Erfüllung gerichteten Nebenpflichten.

¹²³ Auf der rechtsphilosophischen Ebene geht Henss von einer grundsätzlichen Unterscheidung zwischen den lebensweltlichen und den rechtlichen Verhältnissen aus, wobei die rechtlichen Verhältnisse bzw. die rechtlichen Entscheidungen im Rahmen dieser rechtlichen Verhältnisse an Momente der lebenswesentlichen

sichtigen, in einzelnen Punkten konkretisiert und präzisiert werde. Dabei kontuierten die Obliegenheiten das Schuldverhältnis i.w.S. von der Gläubigerseite her, während die vertragszielbezogenen Nebenpflichten dies von der Schuldnerseite her tun würden. Die Obliegenheiten sind somit funktionell als nicht klagbare Nebenpflichten des Gläubigers zu sehen. Die Qualifikation der Obliegenheit als Pflicht lehnt Henss aber in jedem Fall ab, da er für das Vorliegen einer Pflicht als Verletzungsrechtsfolge einen Schadenersatzanspruch verlangt¹²⁴. Ebenfalls lehnt er den Begriff der Last ab, dessen Funktion er nur darin sieht, darzustellen, dass keine Pflicht vorliegt¹²⁵.

§ 7 Dogmatisches Zwischenergebnis

A. Die Gemeinsamkeit der Definition der Obliegenheit über die Verletzungsrechtsfolgen

Nach Durchsicht der verschiedenen Lehrmeinungen kann festgehalten werden, dass als einzige wesentliche Gemeinsamkeit bezüglich der Struktur der Obliegenheit nur die Definition über die Verletzungsrechtsfolgen besteht. So wird generell festgehalten, dass es bei der Obliegenheit keinen Erfüllungsanspruch gibt, der allenfalls sogar mit Zuhilfenahme der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden kann. Im Fall der Obliegenheitsverletzung entsteht zudem kein Schadenersatzanspruch der Gegenpartei¹²⁶, sondern die Obliegenheitsverletzung hat andere Rechtsnachteile für den Obliegenheitsbelasteten zur Folge. Betreffend weiterer Merkmale sind in der Lehre neben der Definition über die Verletzungsrechtsfolgen keine Mehrheiten vorhanden.

Verhältnisse anknüpfen, um die getroffenen Entscheidungen zu begründen; vgl. Henss S. 94, S. 105 ff.. Das Recht ist bei ihm kein Mittel der Verhaltenssteuerung, sondern entscheidet konkrete Konflikte durch Anerkennung oder Nichtanerkennung von Ansprüchen. Die dogmatische Figur des Schuldverhältnisses i.w.S. ist somit als Ausdruck der rechtlichen Entscheidung zu verstehen, die Sinneinheit des lebenswesentlichen Verhältnisses bei den einzelnen Konfliktentscheidungen jedenfalls grundsätzlich zu berücksichtigen.

¹²⁴ Henss S. 95 f..

¹²⁵ Henss S. 119.

¹²⁶ Einzige Ausnahme ist Koller, der davon ausgeht, dass der Ausschluss der Haftung als Verletzungsrechtsfolge nicht zum Wesen der Obliegenheit gehört. Seine Ausführungen beziehen sich jedoch ausschliesslich auf die Möglichkeit des Rücktritts durch den Schuldner im Fall des Gläubigerverzugs gemäss Art. 95 OR i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR, wobei ein Spezialfall vorliegt; vgl. dazu § 6 C. III. 2. oder Koller N 104 f. und insbesondere § 8 B. IX. 4. c).

B. Die Frage der Notwendigkeit eines eigenständigen Rechtsbegriffes der Obliegenheit

Von insbesondere zwei Autoren wird die Obliegenheit im Sinn eines eigenständigen Rechtsbegriffes abgelehnt. Begründet wird diese Ansicht damit, dass die vorhandenen Begriffe, einerseits die Pflichten und Lasten¹²⁷, andererseits die Schuldverhältnisse und in Abgrenzung zu diesen die "Nichtschuldverhältnisse"¹²⁸ für die Qualifikation derjenigen Rechtsnormen, welche andere Autoren als Obliegenheiten bezeichnen, ausreichend sind. Wie soeben festgestellt wurde, sind nach den unterschiedlichen Lehrmeinungen die Verletzungsrechtsfolgen auch die einzigen wirklichen Gemeinsamkeiten der sog. Obliegenheitstatbestände, ohne dass dabei schon eine Abgrenzung zu den Lasten oder Pflichten vorgenommen worden wäre. Für den weiteren Verlauf dieser Arbeit muss daher die Frage der Notwendigkeit eines eigenständigen Obliegenheitsbegriffes ins Konzept aufgenommen werden. Einen Teilaspekt dieser Frage stellt auch das praktische Bedürfnis nach einem eigenständigen Rechtsbegriff dar. Die Basis der Beantwortung dieser Frage wird eine kritische Durchsicht der als Obliegenheiten bezeichneten Verhaltensanforderungen des Schweizerischen Rechts im vierten Kapitel sein. Schon zu diesem Zeitpunkt kann jedoch festgehalten werden, dass sich in der Lehre der Terminus "Obliegenheit" für die Bezeichnung bestimmter Tatbestände grossmehrheitlich etabliert hat¹²⁹.

C. Die verschiedenen Lehrmeinungen zur Qualifikation der Obliegenheit

Entscheidet man sich für einen eigenständigen Obliegenheitsbegriff, ergeben sich nach der Lehre verschiedene Möglichkeiten für die Qualifikation der Obliegenheiten. Diese werden im folgenden zusammenfassend dargestellt.

I. Die Obliegenheit als Last

Von einem grossen Teil der Lehre werden die Obliegenheiten als eigentliche Lasten oder als mit den Lasten verwandt, somit als Lasten (i.w.S.) qualifiziert.

¹²⁷ Esser in ACP 154 (1955) S. 50 f..

¹²⁸ J. Schmidt in Staudinger N 242 zu Einl. zu § 241 ff. BGB.

¹²⁹ Dabei sind insbesondere die Schadenabwendungs- und Schadenminderungsobliegenheit (Art. 44 Abs. 1 OR), die Obliegenheiten des Gläubigers zur Verhinderung des Gläubigerverzugs (Art. 91 ff. OR) und die Rüge- und Untersuchungsobliegenheit im Warenkauf (Art. 201 OR) bzw. bei der Abnahme eines Werkes (Art. 367 Abs. 1 OR) zu nennen.

Bei einer Qualifikation als Lasten (i.e.S.) weisen die Obliegenheiten die für die Lasten typischen Merkmale auf¹³⁰. Der Obliegenheitsbelastete hat in diesem Fall gleich wie der Belastete zumindest theoretisch die freie Wahl, durch die Erfüllung der Verhaltensanforderung sein Recht aufrecht zu erhalten oder den Rechtsnachteil in Kauf zu nehmen. Die Obliegenheit muss nicht beachtet werden, und die Nichterfüllung ist somit nicht rechtswidrig. Die Beachtung der Verhaltensanforderung wird als blosser Voraussetzung für die Aufrechterhaltung oder Begründung eines Rechts des Obliegenheitsbelasteten angesehen und liegt nur oder zumindest weitgehend im Interesse des Obliegenheitsbelasteten.

Bei einer Qualifikation als Lasten (i.w.S.) weichen die Obliegenheiten je nach Autor in einem oder in mehreren Merkmalen von den Lasten (i.e.S.) ab¹³¹. Die verschiedenen Abweichungen werden im Laufe dieser Arbeit aufgegriffen werden. Schon an dieser Stelle ist aber insbesondere auf Wieling zu verweisen, welcher als Abgrenzungskriterium der Obliegenheiten von den Lasten (i.e.S.) das Vorliegen der Geschäftsfähigkeit des Obliegenheitsbelasteten als Voraussetzung für die Obliegenheitsverletzung und die Auslösung der Rechtsfolgen verlangt¹³². Nach Wieling haben die Obliegenheiten im Gegensatz zu den Lasten (i.e.S.) somit rechtsgeschäftlichen Charakter. Diese These wird in der Folge mit grosser Aufmerksamkeit näher untersucht werden¹³³.

II. Die Obliegenheit als Pflicht minderen Grades

Ein weiterer grosser Teil der Lehre qualifiziert die Obliegenheiten nach dem Konzept Reimer Schmidts als "Pflichten minderer Zwangsintensität" oder "Pflichten minderen Grades"¹³⁴. Bei Bejahung dieses Ansatzes ist die Obliegenheit grundsätzlich eine Pflicht ohne Erfüllungsanspruch, deren Verletzung nicht durch einen Schadenersatzanspruch, sondern durch die Androhung sonstiger Nachteile geschützt wird. Die Abgrenzung zu den Lasten erfolgt über

¹³⁰ Dazu siehe § 6 B. oder vgl. Hanau in ACP 165 (1965) S. 238 f.; Esser/Schmidt S. 115; Jäggi in ZürcherKomm N 78 zu Vorbemerkungen vor Art. 1 OR; von Tuhr/Peter S. 12 f.; Merz SPR/VI S. 70.

¹³¹ Dazu siehe § 6 C. oder vgl. Enneccerus/Nipperdey § 74 IV; Wieling in ACP 176 (1976) S. 346 ff.; Koller N 98 ff..

¹³² Wieling in ACP 176 (1976) S. 354.

¹³³ Schon an dieser Stelle kann auch angekündigt werden, dass die These Wielings des rechtsgeschäftlichen Charakters der Obliegenheit bezüglich der Fälle der Schadenminderungsobliegenheit gemäss Art. 44 Abs. 1 OR und der Rügeobliegenheit des Konsumenten bei Mängeln der Pauschalreise gemäss Art. 12 Abs. 1 PRG erweitert werden wird; dazu siehe § 8 B. I. 6. und § 10 A. I. 6..

¹³⁴ R. Schmidt S. 76 ff., S. 103 f., S. 313 ff.; Teichmann in Soergel N 7 ff. vor § 241; Kramer in MünchKomm N 49 ff. zu Einl. vor § 241 - § 432 BGB; Wieser N 204 ff.; Weber in Staudinger, 11. Aufl., II. Band, M 2 ff. zu Einl. Recht der Schuldverhältnisse; Larenz/Wolf S. 264 ff.; Kramer in BernerKomm N 113 zu Allgemeine Einleitung in das schweizerische OR; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey N 102; Tercier N 239; Schwenzer N 4.27.

die Interessenlage, die Abgrenzung gegenüber den Obligationen über die Interessenlage und die Verletzungsrechtsfolgen. Während die Beachtung der Last im Interesse des Belasteten, die Beachtung der Obligation dagegen im Interesse des Gläubigers liegt, ist bei der Beachtung der Obliegenheit i.d.R. von einem gleichzeitigen Interesse des Obliegenheitsbelasteten und des Obliegenheitsbegünstigten auszugehen. Zu berücksichtigen ist bei der "Pflicht minderen Grades" jedoch auch der durch das Gesetz verfolgte Zweck. Schmidt bezeichnet diese Eigenschaft als teleologischen Charakter der Rechtsnormen¹³⁵. Man kann aber m.E. auch von Lenkungswirkung sprechen. Durch die verhaltensbeeinflussende Wirkung ihrer nachteiligen Rechtsfolgen soll der Handelnde für bestimmte Zwecke zur Beachtung des Tatbestandes bewegt werden. Dennoch steht aber zweifelsfrei fest, dass die Obliegenheit nicht beachtet werden muss.

Ohne dass auf die einzelnen Tatbestände bereits eingegangen wurde, lässt sich bereits zu diesem Zeitpunkt erkennen, dass sich die Abgrenzung der Pflichten minderer Zwangsintensität von den Lasten eher schwierig gestalten wird. Dazu müssen die einzelnen Tatbestände ausgelegt werden, damit festgestellt werden kann, ob der Gesetzgeber die Beachtung der jeweiligen Rechtsnorm bezweckt (teleologischer Tatbestand), oder die Rechtsfolge nur als funktionelle Konsequenz der Rechtsnorm erscheint. In engem Zusammenhang mit dem Zweckcharakter der Obliegenheit steht auch die gespaltene Interessenlage. Liegt die Beachtung der Obliegenheit auch im Interesse des Obliegenheitsbegünstigten, ergibt sich (i.d.R.) durch die Annäherung zu den eigentlichen Pflichten auch deren Zweckcharakter. Der Zweckcharakter und die gespaltene Interessenlage werden somit in der Folge wie die These des rechtsgeschäftlichen Charakters näher untersucht werden.

III. Die übrigen Ansichten zur Qualifikation der Obliegenheit

Bei Spiro stellen die Obliegenheiten eine eigene Kategorie von Rechtsnormen dar¹³⁶. Gegenüber den Lasten grenzen sie sich dadurch ab, dass vom Obliegenheitsbegünstigten ein bestimmtes Verhalten des Obliegenheitsbelasteten erwartet werden kann, und die Obliegenheiten im Gegensatz zu den Lasten vornehmlich im Interesse des Obliegenheitsbegünstigten liegen. Zudem geht er davon aus, dass die Obliegenheiten oft keine wesentlichen Belastungen enthalten. Den Ausdruck "Last" lehnt er insbesondere ab, da dieser nur für die Übernahme einer Haftung oder eines Risikos steht. Gegenüber den Pflichten grenzt er die Obliegenheiten

¹³⁵ Dazu siehe § 5 A. II. 1. c) oder R. Schmidt S. 52 ff..

¹³⁶ Dazu siehe § 6 E. I. oder vgl. Spiro S. 915 ff., insbesondere Fn. 8, Fn. 9, Fn. 10, Fn. 16 und Fn. 17.

dadurch ab, dass letztere nicht beachtet werden müssen. Voraussetzung für die Bejahung des Obliegenheitsbegriffes nach Spiro ist somit vor allem, dass die folgende Untersuchung zeigen wird, dass die Obliegenheiten im hauptsächlichsten Interesse des Obliegenheitsbegünstigten liegen und oftmals keine wesentlichen Belastungen enthalten.

Bei Henss ergeben sich die Obliegenheiten aus dem Schuldverhältnis i.w.S. als komplementäre Rechtsfigur der vertragszielbezogenen Nebenpflichten des Schuldners¹³⁷. Dabei handelt es sich um einen alternativen Versuch der Qualifikation der Obliegenheiten, welcher von der bisherigen Lehre vollständig abweicht und nur rechtstheoretisch begründet ist. Die Obliegenheiten werden dabei aus dem bewährten Gefüge der Pflichten und Lasten herausgenommen und begrifflich völlig neu gestaltet. M.E. handelt es sich beim Ansatz von Henss um eine rechtsdogmatische Überspitzung, für welche keine Notwendigkeit besteht, da der Rahmen innert welchem sich der Obliegenheitsbegriff bewegen kann, bereits ausreichend breit abgesteckt ist¹³⁸.

IV. Fazit

Nach dem Studium der verschiedenen Lehrmeinungen zur Struktur der Obliegenheit bilden die Verletzungsrechtsfolgen deren einzige wesentliche Gemeinsamkeit. Bei Bejahung eines eigenständigen Obliegenheitsbegriffes können die Obliegenheiten je nach Lehrmeinung als Lasten, als Pflichten minderer Zwangsintensität oder als eigenständige Kategorie von Rechtsnormen nach einer der übrigen Ansichten qualifiziert werden. Die Abgrenzung der unterschiedlichen Lehrmeinungen erfolgt neben den bereits genannten anderen Merkmalen insbesondere über die Interessenlage. Für die Bejahung einer der genannten Lehrmeinungen wird somit das entscheidende Kriterium sein, dass sämtliche oder die grosse Mehrzahl der im Schweizerischen Recht als Obliegenheiten bezeichneten Tatbestände gegenüber den übrigen Rechtsnormen die gleichen Abgrenzungsmerkmale, insbesondere die gleiche Interessenlage aufweisen. Ist dies nicht der Fall, ist die Obliegenheit als Rechtsbegriff, welcher für eine eigenständige Gruppe von Rechtsnormen steht, grundsätzlich in Frage zu stellen, und es ist zu prüfen, ob man es nicht bei der früher üblichen Aufteilung der Rechtsnormen in Pflichten und

¹³⁷ Dazu siehe § 6 E. II. oder vgl. Henss S. 94, S. 105 ff., S. 109 f., S. 113.

¹³⁸ Henss befasst sich in seiner Arbeit neben dem konkreten Thema Obliegenheit und Pflicht in noch grösserem Mass mit dogmatischen und rechtsphilosophischen Grundsatzüberlegungen, bezüglich derer wohl auch sein hauptsächlichstes Interesse besteht. Die pragmatische Ebene wird selten berührt. Es erstaunt somit auch nicht, dass er sich nach der Verneinung sowohl des Pflicht- als auch des Lastcharakters der Obliegenheit nicht an den konkreten Fällen orientiert und diese als Pflichten oder Lasten qualifiziert, sondern zu einer begrifflichen Neugestaltung schreitet.

Lasten belassen sollte. Auch nur in diesem Fall ist der dogmatische Neuansatz von Henss in Erwägung zu ziehen.

4. Kapitel: Das Erscheinungsbild der Obliegenheiten im Schweizerischen Zivilrecht

Im folgenden werden die einzelnen Tatbestände im Obligationenrecht, im Zivilgesetzbuch und in anderen Teilbereichen der Rechtsordnung untersucht, jeweils unterteilt in die Erklärungs- und Mitwirkungsobliegenheiten. Dabei werden sowohl diejenigen Tatbestände, die in der Lehre als Obliegenheiten bezeichnet werden, als auch einige Tatbestände behandelt, bei welchen zu prüfen ist, ob diese ebenfalls Obliegenheiten darstellen. Für die Abgrenzung, insbesondere von den Lasten und Pflichten, wird bei den einzelnen Tatbeständen auf die Interessenlage, auf den Zweckcharakter und den rechtsgeschäftlichen Charakter abgestellt. Neben der Darstellung der einzelnen Obliegenheiten dient dieses Kapitel insbesondere auch dazu, die empiristischen Grundlagen für die Folgerung zur Struktur der Obliegenheit zu erarbeiten, welche im sechsten Kapitel vorzufinden ist. Die nachfolgende Untersuchung der Tatbestände beschränkt sich im wesentlichen auf das Obliegenheitsspezifische der behandelten Rechtsnormen und beansprucht keine Geltung als eine umfassende Darstellung im Sinn einer allgemeinen Kommentierung.

§ 8 Die Obliegenheiten im Schweizerischen Obligationenrecht

A. Erklärungsobliegenheiten

I. Die Anzeigeobliegenheit des Offerenten bei verspätet eingetroffener Annahme (Art. 5 Abs. 3 OR bzw. Art. 3 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 5 Abs. 3 OR analog)

1. Tatbestand

In Art. 5 OR wird der Vertragsschluss unter Abwesenden ohne die Ansetzung einer Annahmefrist behandelt. Dabei wird in Art. 5 Abs. 3 OR dem nicht mehr zum Vertragsabschluss gewillten Antragsteller im Fall, dass die Annahme durch die andere Partei rechtzeitig abgesandt wurde, aber nach jenem Zeitpunkt eintrifft, bis zu dem der Antragsteller den Eingang der Antwort bei rechtzeitiger und ordnungsgemässer Absendung erwarten durfte (Art. 5 Abs. 1 OR), die Verhaltensanforderung auferlegt, der anderen Partei ohne Verzug Anzeige zu machen, dass er sich nicht mehr als an den Vertragsschluss gebunden betrachtet. Weitere ungeschriebene Voraussetzung für die Entstehung der Verhaltensanforderung bildet zudem die Tatsache, dass der Antragsteller erkennt oder zumindest erkennen sollte, dass die

Annahme rechtzeitig abgesandt wurde¹. Bezüglich des zeitlichen Rahmens hat die Anzeige gemäss Tatbestand "ohne Verzug" zu erfolgen. Darunter ist zu verstehen, dass die Reaktionsfrist so kurz bemessen sein muss, dass zwischen dem Zugang der Annahmeerklärung und der Absendung der Verspätungsanzeige keine Verzögerung eintritt². Eine Anzeige innert weniger Tage nach dem Zugang der Annahmeerklärung sollte so noch Gültigkeit haben³.

2. Analoge Anwendung von Art. 5 Abs. 3 OR auf Art. 3 Abs. 2 OR

Nach der Lehre gilt die Verhaltensanforderung von Art. 5 Abs. 3 OR analog auch für den Vertragsschluss mit Annahmefrist gemäss Art. 3 Abs. 2 OR^{4,5}.

3. Verletzungsrechtsfolge

Wird die Verhaltensanforderung zur unverzüglichen Anzeige der Verspätung missachtet, kommt der Vertrag trotz Zeitablaufs gültig zustande. Der Antragsteller erleidet dadurch den Rechtsnachteil der Fiktion der nicht verspäteten Annahme. Dies führt dazu, dass der Zeitablauf bezüglich der Annahme nicht mehr geltend gemacht werden kann. Der Vertrag entfaltet seine Wirkungen auch gegen den Willen des Antragstellers.

4. Interessenlage

Die hier behandelte Regelung liegt teilweise im Interesse des Antragstellers. Es ist nämlich in seine Entscheidungsgewalt gestellt, ob der Vertrag schlussendlich zustande kommt oder nicht. Diese an sich vorteilhafte Regelung kann für den Antragsteller jedoch auch nachteilig sein. Wünscht er nämlich den Vertrag nicht mehr, unterlässt er aber die Anzeige unter Verletzung der eigenen Sorgfalt, muss er den Vertrag gegen seinen Willen gelten lassen. Die Verhaltensanforderung zur Anzeige, insbesondere deren Erfordernis zur Unverzüglichkeit, liegt aber

¹ Jäggi in ZürcherKomm N 29 zu Art. 5 OR. Kennt er diese Tatsache nicht, braucht er auch keine besonderen Nachforschungen anzustellen, was beispielsweise bei nicht vorhandener Datierung oder unleserlichem Poststempel der Fall ist. In diesem Fall kommt der Vertrag wegen Zeitablaufs nicht zustande.

² Schmidlin in BernerKomm N 20 zu Art. 5 OR.

³ Ähnlich auch Bucher in BaslerKomm N 18 zu Art. 5 OR; anderer Ansicht Jäggi in ZürcherKomm N 30 zu Art. 5 OR, welcher von einer Frist von maximal einem Tag ausgeht. Für diese Strenge besteht m.E. jedoch kein Anlass, da bereits die Antwort (sehr) verspätet ist, und es in diesem Fall i.d.R. von keiner grossen Wichtigkeit ist, ob die Widerspruchsanzeige innert einem oder innert weniger Tage erfolgt.

⁴ Statt vieler vgl. Jäggi in ZürcherKomm N 93 zu Art. 3 OR.

⁵ In den folgenden Ausführungen wird der Übersicht halber auf die jeweilige Nennung von Art. 3 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 5 Abs. 3 OR analog verzichtet werden. Die analoge Anwendung von Art. 5 Abs. 3 OR auf Art. 3 Abs. 2 OR gilt jedoch jeweils als miteingeschlossen.

teilweise auch im Interesse der Gegenpartei. Durch die Anzeige bzw. deren Unterlassung wird die mit der Übermittlung verbundene Rechtsunsicherheit nämlich beseitigt. Weiter wird durch die Anzeige die Gegenpartei vor Schaden bewahrt, indem Aufwendungen im Glauben an die Gültigkeit des Vertrages unterbleiben, was dazu führt, dass Umtriebe und Rechtsstreitigkeiten vermieden werden können. Im Interesse beider Parteien kann die mit der Regelung verfolgte Beweissicherheit gesehen werden. Bezüglich Art. 5 Abs. 3 OR liegt somit eine gesplante Interessenlage vor.

5. Zweckcharakter

Die Tatbestand-Rechtsfolge-Relation des behandelten Tatbestandes ist zweckbestimmt. Durch die Androhung des Zustandekommens des Vertrages wird der nicht mehr zum Vertrag gewillte Antragsteller faktisch gezwungen, der Gegenpartei diese Tatsache anzuzeigen. Durch das Vorliegen der gesplanten Interessenlage hat auch die Gegenpartei ein Interesse an der Beachtung der Verhaltensanforderung, insbesondere hat diese i.d.R. kein Interesse daran, mit einer unwilligen Partei einen Vertrag abzuwickeln. Zweck der Regelung von Art. 5 Abs. 3 OR sind der Vertrauensschutz⁶ und die Beweissicherheit.

6. Rechtsgeschäftlicher Charakter

Ein rechtsgeschäftlicher Charakter der Anzeige von Art. 5 Abs. 3 OR ist m.E. zu bejahen. Es handelt sich dabei um eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, bei welcher der Wille des Antragstellers dahingehend zum Ausdruck kommt, dass er von der ihm vom Gesetz gegebenen Möglichkeit, den Vertrag als zustande gekommen oder nicht zustande gekommen zu erklären, negativen Gebrauch macht⁷. Als Folge der Anzeige wird die nach dem Zugang der Annahme entstandene gesetzliche Vermutung des trotz Zeitablaufs zustande gekommenen Vertrages beseitigt. Die Anzeige hat (quasi)rechtliche Folgen. Da aber auch die Unterlassung der Anzeige wie eine Willenserklärung wirkt, weil der Vertrag im Fall der Unterlassung endgültig zustande kommt, ist das Vorliegen der Handlungsfähigkeit des Antragstellers als

⁶ Schmidlin in BernerKomm N 18 zu Art. 5 OR.

⁷ Ähnlich auch Bucher in BaslerKomm N 17 zu Art. 5 OR; Schmidlin in BernerKomm N 21 zu Art. 5 OR geht jedoch von einer Wissensmitteilung aus. Betreffend eines rechtsgeschäftsähnlichen Charakters dieser Mitteilung, für deren Erklärung wohl nur die Urteilsfähigkeit vorausgesetzt wäre, da sie als Anwendungsfall von Art. 19 Abs. 2 ZGB gesehen werden kann, äussert er sich nicht. Zumindest ein solcher müsste aber m.E. bejaht werden.

Voraussetzung für die Verletzungsrechtsfolge erforderlich⁸. Betreffend der Verhaltensanforderung von Art. 5 Abs. 3 OR liegt somit rechtsgeschäftlicher Charakter vor.

7. Qualifikation der Verhaltensanforderung als Obliegenheit

Die Verhaltensanforderung von Art. 5 Abs. 3 OR bzw. Art. 3 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 5 Abs. 3 OR analog wird von der Lehre als Obliegenheit qualifiziert⁹. Dem ist soweit zuzustimmen, als dass bei dem genannten Tatbestand kein Anspruch auf Erfüllung besteht, der u.U. sogar klageweise durchgesetzt werden kann. Die hier behandelte Verhaltensanforderung muss deshalb nicht beachtet werden. Weiter ist bei Missachtung des Tatbestandes kein Schadenersatzanspruch, sondern ein anderer Rechtsnachteil in Aussicht gestellt, der Antragsteller hat in diesem Fall den Vertrag gegen seinen Willen gelten zu lassen. Bezüglich der Abgrenzung von den Lasten und Pflichten kann festgehalten werden, dass nach den behandelten Kriterien der Interessenlage, des Zweckcharakters und des rechtsgeschäftlichen Charakters der Verhaltensanforderung sowohl eine Qualifikation als Last (i.w.S.) nach Wieling¹⁰ als auch eine Qualifikation als Pflicht minderen Grades¹¹ möglich ist.

II. Die Anzeigebliedenheit des Antragsempfängers bei Vorliegen des Falles einer stillschweigenden Annahme (Art. 6 OR)

1. Tatbestand

a) Allgemein

Ist wegen der "besonderen Natur des Geschäfts"¹² oder "nach den Umständen"¹³ eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten, so gilt der Vertrag gemäss Art. 6 OR als abge-

⁸ Bucher in BernerKomm N 93 ff. zu Art. 12 ZGB; von Tuhr/Peter S. 209 ff..

⁹ Jäggi in ZürcherKomm N 30 zu Art. 5 OR; Schmidlin in BernerKomm N 21 f. zu Art. 5 OR; Bucher in Basler Komm N 22 zu Art. 5 OR; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey N 419.

¹⁰ Vgl. § 6 C. II. oder Wieling in ACP 176 (1976) S. 354.

¹¹ Vgl. § 5 B. oder R. Schmidt S. 104 und S. 315 f..

¹² Bei der "besonderen Natur des Geschäfts" handelt es sich neben den Sondernormen von Art. 395 OR und Art. 517 Abs. 2 ZGB, welche in § 8 A. V. und § 9 A. I. separat behandelt werden, um die den Antragsempfänger rein begünstigenden Verträge wie die Schenkung, die Zession, den Schuldverlass, die Mietzinsreduktion oder die Bürgschaft; Schmidlin in BernerKomm N 30 ff. zu Art. 6 OR; Jäggi in ZürcherKomm N 28 zu Art. 6 OR; Bucher in BaslerKomm N 11 f. zu Art. 6 OR; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey N 456. Dabei legt die für den Empfänger bei Stillschweigen günstige Interessenlage die Annahme des Antrags nahe; Schmidlin in BernerKomm N 30 zu Art. 6 OR.

¹³ Unter das Tatbestandselement "nach den Umständen" fallen verschiedene Konstellationen; Schmidlin in BernerKomm N 41 ff. zu Art. 6 OR; vgl. auch Jäggi in ZürcherKomm N 14 ff. zu Art. 6 OR; Bucher in BaslerKomm N 13 ff. zu Art. 6 OR; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey N 457 f.. Stillschweigen stellt als erstes dann eine Annahme dar, wenn die Parteien dies in einem Rahmenvertrag so vereinbart haben. Besondere

geschlossen, wenn der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird. Dem Antragsempfänger ist somit die Verhaltensanforderung auferlegt, bei Vorliegen der beschriebenen Voraussetzungen, die Ablehnung des Vertragsschlusses der anderen Partei anzuzeigen. Bezüglich des zeitlichen Rahmens hat dies "innert angemessener Frist" zu erfolgen. Dazu wird von der Lehre auf die Formulierung "ohne Verzug" des Art. 5 Abs. 3 OR verwiesen^{14, 15}. Eine Anzeige innert weniger Tage nach dem Zugang des Antrags sollte somit noch Gültigkeit haben¹⁶. Inhaltlich muss der Empfänger deutlich zum Ausdruck bringen, dass er die Offerte nicht akzeptiert.

b) Bei Zugang eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens

Einen Spezialfall stellt der Zugang eines sog. kaufmännischen Bestätigungsschreibens dar. Im kaufmännischen Verkehr wird oftmals das mündliche Verhandlungsergebnis nach Abschluss der Verhandlungen von einer Partei schriftlich bestätigt. Dabei kann es vorkommen, dass der Vertragstext des sog. Bestätigungsschreibens sich vom wirklichen Verhandlungsergebnis mit oder ohne Absicht unterscheidet. Nach der Judikatur und der grossen Mehrheit der Lehre gilt der Grundsatz, dass ein solches Bestätigungsschreiben rechtserzeugende Kraft mit konstitutiver Wirkung hat, sofern der Empfänger nicht innerhalb angemessener Frist anzeigt, dass das Bestätigungsschreiben vom mündlichen Verhandlungsergebnis abweicht¹⁷. Als zusätzliche Voraussetzung für die rechtserzeugende Kraft mit konstitutiver Wirkung ist jedoch erforderlich, dass sich das Bestätigungsschreiben nicht derart vom Verhandlungsergebnis unterscheidet, dass nach Treu und Glauben nicht mehr mit dem Einverständnis des Empfängers gerechnet werden darf¹⁸. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das Bestätigungsschreiben

Umstände können zudem auch dann gegeben sein, wenn zwischen den Parteien eine langwierige Geschäftsverbindung besteht, in welcher regelmässig Geschäfte gleicher Art abgeschlossen werden. In diesem Fall ist Stillschweigen i.d.R. als Annahme zu werten. Weiter kann von einer stillschweigenden Annahme im Rahmen der besonderen Umstände auch ausgegangen werden, wenn die Vertragsverhandlungen so weit gediehen sind, dass beide Parteien mit einem Abschluss rechnen durften. Erfolgt dann ein nach Treu und Glauben konsensfähiges, das Ergebnis der Verhandlungen wiedergebendes Angebot, kann das Schweigen der anderen Partei als Annahme gedeutet werden. Eine weitere Fallgruppe bildet die Zusendung von Prospekten, Katalogen oder Wettbewerbsmaterialien, denen eine Bestellkarte beigelegt ist. Durch die Zusendung der Bestellkarte gibt der Absender stillschweigend zu erkennen, die Offerte des Empfängers im Rahmen der bekanntgegebenen Bedingungen zu akzeptieren.

¹⁴ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey N 1172.

¹⁵ Dazu siehe § 8 A. I. 1..

¹⁶ So auch Bucher in BaslerKomm N 18 zu Art. 5 OR; anderer Ansicht Jäggi in ZürcherKomm N 30 zu Art. 5 OR, welcher von einer Frist von maximal einem Tag ausgeht.

¹⁷ BGE 114 II 250 ff.; BGE 123 III 41; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey N 1163 ff.; Bucher in BaslerKomm N 23 f. zu Art. 6 OR; für das deutsche Recht Larenz/Wolf § 30 N 35 ff..

¹⁸ BGE 114 II 252 mit Verweis auf Schmidlin in BernerKomm N 100 ff. zu Art. 6 OR.

Klauseln enthält, die zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Empfängerinteressen führen¹⁹. Will der Empfänger das kaufmännische Bestätigungsschreiben nicht gegen sich gelten lassen, so ist ihm somit die Verhaltensanforderung auferlegt, dies dem Antragsteller innert angemessener Frist anzuzeigen²⁰.

2. Verletzungsrechtsfolge

Als Verletzungsrechtsfolge für den nicht handelnden Empfänger ist die Fiktion der Annahme der Offerte bzw. des Akzepts des Antrags in der Form des Bestätigungsschreibens vorgesehen. In diesen Fällen kommt der Vertrag gegen den Willen des Empfängers gültig zustande, bzw. hat dies die konstitutive Wirkung des Bestätigungsschreibens zur Folge, womit der Vertrag im Sinn des Bestätigungsschreibens durch dessen rechtserzeugende Kraft ebenfalls endgültig zustande kommt.

3. Interessenlage

Die Regelung von Art. 6 OR liegt im Interesse des Antragstellers, da der Vertrag bei Unterlassung des Widerspruchs durch den Empfänger auf der Basis der Offerte bzw. des Bestätigungsschreibens zustande kommt. Sie kann jedoch auch im Interesse des Empfängers gesehen werden. Dessen Interesse besteht darin, dass es in seiner Entscheidungsgewalt liegt, ob der Vertrag zustande kommt oder nicht. Weiter ist die Regelung für beide Parteien vorteilhaft, da der zur Ablehnung gewillte Empfänger angehalten ist, seine Ablehnung ohne Verzug anzuzeigen. Diese auf eine schnelle Entscheidung gerichtete Regelung dient der Rechtssicherheit und verhindert zeit- und kostenintensive Prozesse, insbesondere langwierige Beweisverfahren über Bestand und Inhalt des Vertrages. Bezüglich der hier behandelten Regelung ist somit von einer gespaltenen Interessenlage auszugehen.

¹⁹ Schmidlin in BernerKomm N 110 zu Art. 6 OR m.w.Nw..

²⁰ Rechtstheoretische Grundlage der konstitutiven Wirkung des Bestätigungsschreibens ist gemäss Bundesgericht der Grundsatz der Vertrauenshaftung; vgl. BGE 114 II 252. Die Vertrauenshaftung wird vom Bundesgericht als Begründung herangezogen, obwohl der Empfänger als Verletzungsrechtsfolge den Vertrag nach dem Bestätigungsschreiben gegen sich gelten lassen muss und nicht zum Ersatz des Schadens, entstanden durch das enttäuschte Vertrauen in die Geltung des Vertrages gemäss Bestätigungsschreiben, verpflichtet ist. Somit liegt im eigentlichen Sinn gar keine Haftung vor. Es ist daher m.E. naheliegender, bei der bisher geltende Ansicht zu bleiben, die Unterlassung der Remonstration als stillschweigende Annahme im Sinn von Art. 6 OR zu sehen; vgl. auch BGE 114 II 250, wo Art. 6 OR zumindest noch erwähnt wird.

4. Zweckcharakter

Die Tatbestand-Rechtsfolge-Relation der Regelung von Art. 6 OR ist zweckbestimmt. Durch die Androhung des Rechtsnachteils des Zustandekommens des Vertrages bzw. der konstitutiven Wirkung des Bestätigungsschreibens wird der nicht zur Annahme gewillte Empfänger faktisch gezwungen, der Gegenpartei die Ablehnung anzuzeigen. Da eine gespaltene Interessenlage vorliegt, hat auch der Antragsteller ein Interesse an der Beachtung der Verhaltensanforderung, insbesondere hat dieser i.d.R. kein Interesse daran, mit einer unwilligen Partei einen Vertrag abzuwickeln. Als Zweck von Art. 6 OR können ähnlich wie bei Art. 5 Abs. 3 OR die rasche und konsequente Abwicklung des Vertragsschlusses, die Rechtssicherheit²¹ und die Beweissicherheit genannt werden.

5. Rechtsgeschäftlicher Charakter

Grundsätzlich kann für die Abgrenzung über den rechtsgeschäftlichen Charakter wegen der grossen Ähnlichkeit der Regelungen auf die Ausführungen zu Art. 5 Abs. 3 OR verwiesen werden²². Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Unterlassung der Anzeige der Ablehnung wie eine Willenserklärung wirkt, wodurch auf Seiten des Empfängers der Offerte bzw. des Bestätigungsschreibens die volle Handlungsfähigkeit für die Auslösung der Verletzungsrechtsfolge erforderlich ist²³. Betreffend der Verhaltensanforderung von Art. 6 OR liegt somit rechtsgeschäftlicher Charakter vor.

6. Qualifikation der Verhaltensanforderung als Obliegenheit

Die Verhaltensanforderung von Art. 6 OR, insbesondere auch im Fall des kaufmännischen Bestätigungsschreibens, stellt m.E. eine Obliegenheit dar. Die nach der Lehre üblichen Merkmale der Obliegenheit sind bei der hier behandelten Verhaltensanforderung erfüllt. Als Selbstverständlichkeit versteht sich dabei das Fehlen eines Zwanges zur Anzeige der Ablehnung, welcher u.U. sogar mit der Klage auf Erfüllung durchgesetzt werden könnte. Die Verhaltensanforderung von Art. 6 OR muss deshalb nicht beachtet werden. Zudem trifft den Empfänger bei Missachtung der Verhaltensanforderung auch keinen Schadenersatzanspruch, sondern einen anderen rechtlichen Nachteil. Der Vertrag kommt in diesem Fall gegen seinen

²¹ Schmidlin in BernerKomm N 2 zu Art. 6 OR; Becker in BernerKomm N 1 zu Art. 6 OR.

²² Dazu siehe § 8 A. I. 6..

²³ Vgl. Bucher in BernerKomm N 93 ff. zu Art. 12 ZGB; von Tuhr/Peter S. 209 ff.; speziell für das kaufmännische Bestätigungsschreiben Larenz/Wolf § 30 N 47.

Willen zustande. Bezüglich der Abgrenzung von den Lasten und Pflichten kann festgehalten werden, dass nach den behandelten Kriterien der Interessenlage, des Zweckcharakters und des rechtsgeschäftlichen Charakters der Verhaltensanforderung sowohl eine Qualifikation als Last (i.w.S.) nach Wieling²⁴ als auch eine Qualifikation als Pflicht minderen Grades²⁵ möglich ist.

III. Die Rügeobliegenheit betreffend Mängel der Kaufsache (Art. 201 OR)

1. Dispositive Natur der Art. 197 - 210 OR

Gemäss Art. 199 OR ist eine Vereinbarung über die Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht ungültig, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat. Von der Lehre wird daraus der *e contrario*-Schluss gezogen, dass das Gewährleistungsrecht mit Ausnahme der Gewährspflicht für die vom Verkäufer mit Absicht verschwiegenen Mängel grundsätzlich dispositiv ist²⁶. Eine Einschränkung des weitgehend dispositiven Charakters des Gewährleistungsrechts bilden aber natürlich die allgemeinen Gültigkeitsschranken der Verträge (vgl. Art. 19 Abs. 2 OR, Art. 20 OR, Art. 27 ZGB). Weiter ist in der Lehre stark umstritten, ob Art. 100 OR, nach welchem die Wegbedingung der Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit allgemein unzulässig ist, auch auf das Gewährleistungsrecht anwendbar ist²⁷. Dabei stellt sich insbesondere die Frage, ob Art. 199 OR als *lex specialis* zu Art. 100 OR anzusehen ist, wodurch letztere Bestimmung auf das Gewährleistungsrecht nicht anwendbar wäre.

Wegen des stark dispositiven Charakters des Gewährleistungsrechts können die in Art. 201 OR vorgesehenen Obliegenheiten somit vertraglich erweitert, abgeändert, beschränkt oder theoretisch sogar aufgehoben werden. Das gleiche gilt für die in Art. 205 ff. OR vorgesehenen Ansprüche, welche dem Käufer bei Beachtung der Obliegenheiten zustehen. In der Praxis sind "Garantien" häufig, worunter Freizeichnungsklauseln zu verstehen sind, bei denen die gesetzlich vorgesehenen Ansprüche durch ein Nachbesserungsrecht und den Anspruch auf Ersatzlieferung ersetzt werden.

²⁴ Vgl. § 6 C. II. oder Wieling in ACP 176 (1976) S. 354.

²⁵ Vgl. § 5 B. oder R. Schmidt S. 104 und S. 315 f..

²⁶ Statt vieler vgl. Honsell in BaslerKomm N 1 zu Art. 199 OR.

²⁷ Bejahend Honsell in Basler Komm N 1 zu Art. 199 OR; Keller/Siehr S. 114 f.; Lörtscher S. 146 f.. Verneinend Giger in BernerKomm N 6 zu Art. 199 OR; von Tuhr/Escher S. 119, Fn. 34. In BGE 107 II 166 f. wurde die Frage offengelassen. An dieser Stelle kann die Frage ebenfalls offengelassen werden, wobei jedoch festzuhalten ist, dass die Anwendung von Art. 100 OR auf das Gewährleistungsrecht wohl angemessen wäre.

2. Tatbestand

Nach Art. 201 Abs. 1 OR hat der Käufer, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist, die Beschaffenheit der empfangenen Sache zu prüfen und, falls sich Mängel ergeben, für die der Verkäufer Gewähr zu leisten hat, diesem sofort Anzeige zu machen. Die sog. versteckten Mängel sind in Art. 201 Abs. 3 OR geregelt, wobei es sich um diejenigen Mängel handelt, die bei Übungsgemässer Untersuchung nicht erkennbar sind. Diese sind nach deren Entdeckung ebenfalls sofort zu rügen.

Die Regelung von Art. 201 Abs. 1 OR setzt sich somit aus zwei Verhaltensanforderungen zusammen, der Untersuchungs- bzw. Prüfungsobliegenheit und der Rügeobliegenheit. Die Rügeobliegenheit setzt i.d.R. die Beachtung der Untersuchungsobliegenheit voraus. Dazu ist aber festzuhalten, dass nach der Lehre und Judikatur die Untersuchungsobliegenheit nur als meist faktisch notwendiges Erfordernis für die rechtzeitige Mängelrüge von Bedeutung ist²⁸. Nicht schon die Unterlassung der gehörigen Untersuchung, sondern erst die Unterlassung der ordnungsgemässen Rüge führt zum Verlust der Gewährleistungsrechte. Erfährt der Käufer auf andere Weise als durch die Untersuchungsobliegenheit vom Mangel, beispielsweise durch die Fabrik, und beachtet er demnach letzere nicht, behält er bei rechtzeitiger und substantiierter Geltendmachung der Mängelrüge seine Gewährleistungsrechte trotzdem²⁹. In der Praxis dürfte die Entdeckung des Mangels jedoch in den meisten Fällen von der gehörigen Beachtung der Untersuchungsobliegenheit abhängen. Da bei Art. 201 OR die Rügeobliegenheit als Erklärungsobliegenheit gegenüber der Untersuchungsobliegenheit als Mitwirkungsobliegenheit im Vordergrund steht, rechtfertigt sich die Behandlung der gesamten Regelung unter den Erklärungsobliegenheiten.

Grundlegende Voraussetzung für die Entstehung der Verhaltensanforderung zur Mängelrüge ist das Vorliegen eines Sachmangels. Unter einem Sachmangel ist das Abweichen der Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit der Kaufsache zu verstehen, wozu nicht nur Abweichungen von der *gewöhnlich vorausgesetzten Beschaffenheit* durch körperliche oder rechtliche Mängel gehören, sondern auch Abweichungen von der *vertraglich vorausgesetzten Beschaffenheit*, wenn vertragliche Eigenschaften zugesichert worden sind (vgl. Art. 197 OR)^{30, 31}.

²⁸ Becker in BernerKomm N 1 zu Art. 201 OR; Oser/Schönenberger in ZürcherKomm N 5 zu Art. 201 OR; BGE 38 II 546.

²⁹ Vgl. Giger in BernerKomm N 5 zu Art. 201 OR.

³⁰ Honsell in BaslerKomm N 2 f. zu Art. 197 OR; Giger in BernerKomm N 70 ff. zu Art. 197 OR; Keller/Siehr S. 76 f..

Der Umfang und die Intensität der nach Art. 201 Abs. 1 OR notwendigen Prüfung ergeben sich generell aus der *Verkehrssitte*, dem *Handelsgebrauch* und der *Branchenübung*³². Im kaufmännischen Verkehr wird dabei insbesondere auf die Handelsusancen abgestellt. Für den Nichtkaufmann beschränkt sich die Kontrolle auf solche Mängel, die dem durchschnittlichen, aufmerksamen Käufer bei einer Kontrolle nicht verborgen bleiben³³, womit auch im nicht-kaufmännischen Verkehr ein objektivierter Massstab angelegt wird. Der Beizug eines Fachmanns wird vom Nichtkaufmann ohne Verdachtsmomente nicht verlangt, selbst wenn er nicht über die notwendigen Fachkenntnisse verfügt³⁴. Im kaufmännischen Verkehr kommt es bezüglich des Beizugs eines Fachmanns auf die Branchenübung an³⁵.

Bezüglich des Zeitraums der vorzunehmenden Untersuchung sieht das Gesetz mit der Wendung "sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist" keine starre Frist vor, sondern lässt Raum für eine Konkretisierung durch die Praxis. Massgebend sind die Branchenübung, die Umstände des Einzelfalls, die Natur der Kaufsache und die Art des Mangels³⁶. Der gerade noch zulässige Zeitraum ist somit je nach Einzelfall recht unterschiedlich. Während bei einer Lieferung von verderblichen Lebensmitteln die Untersuchung innert Stunden oder zumindest weniger Tage zu erfolgen hat, ist beim Kauf von Mäh- oder Dreschmaschinen im Frühjahr, die nach der Natur der Sache erst im Sommer erprobt und somit auch gründlich untersucht werden können, die Mängelrüge erst in diesem Zeitpunkt vorzunehmen³⁷.

Steht ein Sachmangel fest, ist dieser gegenüber dem Verkäufer oder seinem Vertreter substantiiert zu rügen³⁸. Dabei sind die Mängel genau anzugeben, und es ist zum Ausdruck zu bringen, dass der Käufer den Kaufgegenstand nicht als vertragsgemäss anerkennt. Die Rüge bedarf nur dann einer besonderen Form, wenn vertraglich eine solche vorbehalten wurde.

Die Mängelrüge hat sofort nach der Untersuchung bzw. bei den versteckten Mängeln, die bei der ordnungsgemässen Untersuchung nicht erkennbar waren, sofort nach deren Entdeckung zu

³¹ Für die fast endlosen Beispiele von Sachmängeln vgl. Giger in BernerKomm N 44 ff. zu Art. 197 OR; Honsell in BaslerKomm N 3 ff. zu Art. 197 OR; Honsell S. 78 ff.. Beispiele für körperliche Mängel sind Konstruktionsfehler bei technischen Geräten, die Unechtheit eines Gemäldes oder das fehlende Inventar beim Unternehmenskauf. Als Beispiele für rechtliche Mängel können Grundstücke, die mit einem Bauverbot belegt sind und deshalb nicht überbaut werden können, oder ausländische Maschinen, die inländischen Sicherheitsvorkehrungen nicht entsprechen und deshalb nicht benutzt werden dürfen, genannt werden.

³² BGE 76 II 223.

³³ Giger in BernerKomm N 48 zu Art. 201 OR m.w.Nw..

³⁴ Honsell S. 84 f..

³⁵ Honsell S. 85.

³⁶ BGE 81 II 59.

³⁷ BGE 81 II 59 f..

³⁸ BGE 107 II 175; Giger in BernerKomm N 63 ff. zu Art. 201 OR.

erfolgen. Die Rüge vier Tage nach dem Erlangen sicherer Kenntnis ist noch rechtzeitig, wenn dazwischen ein Sonntag liegt³⁹. Eine kurze Erklärungsfrist von wenigen Tagen ist trotz dem tatbestandsmässigen Erfordernis zur sofortigen Rüge somit noch zulässig⁴⁰.

3. Verletzungsrechtsfolge

Wird der Verhaltensanforderung zur Mängelrüge gemäss Art. 201 Abs. 1 bzw. Abs. 3 OR nicht nachgekommen, tritt als Verletzungsrechtsfolge die Genehmigungsfiktion von Art. 201 Abs. 2 OR ein. Nach dieser gilt die gekaufte Sache trotz der allfälligen Mängel als genehmigt. Die in Art. 205 ff. OR vorgesehenen Gewährleistungsansprüche auf Minderung des Kaufpreises, auf Wandlung und bei Verschulden des Verkäufers und Vorliegen eines Mangelfolgeschadens auf Schadenersatz entstehen dadurch nicht. Der Käufer hat einen faktischen Rechtsverlust hinzunehmen. Es ist jedoch zu beachten, dass sich die Genehmigungsfiktion nur auf Mängel bezieht, die bei Übungsgemässer Untersuchung überhaupt erkennbar waren (Art. 201 Abs. 2 OR). Die sog. versteckten Mängel werden somit von der Genehmigungsfiktion nicht erfasst. Nach deren Entdeckung sind diese aber ebenfalls sofort zu rügen (Art. 201 Abs. 3 OR). Wird dies unterlassen, tritt die Genehmigungsfiktion auch bezüglich letzterer ein (Art. 201 Abs. 2 analog). Im Fall absichtlicher Täuschung des Käufers durch den Verkäufer findet zudem keine Beschränkung der Gewährleistung wegen versäumter Anzeige statt (Art. 203 OR).

Zu den konkurrierenden Ansprüchen auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung gemäss Art. 97 OR⁴¹ und aus unerlaubter Handlung gemäss Art. 41 OR⁴² ist festzuhalten, dass für deren Geltendmachung nach der Judikatur und einem Teil der Lehre die gehörige Mängelrüge nach Art. 201 OR ebenfalls Voraussetzung bildet. Bei Missachtung der Verhaltensanforderung zur Mängelrüge werden die genannten Ansprüche somit gleich wie die Gewährleistungsansprüche beseitigt und können nicht geltend gemacht werden. Neben dem Gewährleistungsrecht kann sich der Käufer nach der Judikatur und Lehre jedoch *alternativ* auf die Geltendmachung der Willensmängel gemäss Art. 23 ff. OR berufen⁴³. Da die gehörige

³⁹ BGE 76 II 225.

⁴⁰ Vgl. auch BGE 118 II 148, der jedoch zur sehr ähnlichen Regelung im Werkvertragsrecht ergangen ist.

⁴¹ Zustimmend BGE 96 II 118 f.; Bucher BT S. 107. Ablehnend Giger in BernerKomm N 102 zu Art. 201 OR; Keller/Siehr S. 106.

⁴² Zustimmend BGE 67 II 137. Offengelassen in BGE 90 II 89. Ablehnend Giger in BernerKomm N 103 zu Art. 201 OR; Bucher BT S. 107; Keller/Siehr S. 107.

⁴³ BGE 114 II 13; BGE 107 II 421; Giger in BernerKomm N 104 zu Art. 201 OR; Bucher BT S. 109; Keller/Siehr S. 108 f..

Mängelrüge für Art. 23 ff. OR keine Voraussetzung bildet, wird in der Praxis vor allem im Fall der verspäteten Mängelrüge von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht werden.

4. Verjährung der Gewährleistungsansprüche

Die Gewährleistungsklagen des Kaufrechts wegen Mängel der Sache verjähren mit Ablauf eines Jahres nach deren Ablieferung an den Käufer. Eine Ausnahme besteht dann, wenn der Verkäufer eine Haftung auf längere Zeit übernommen hat (Art. 210 Abs. 1 OR). Kann dem Verkäufer ausserdem eine absichtliche Täuschung des Käufers nachgewiesen werden, so kann dieser die mit Ablauf eines Jahres eingetretene Verjährung nicht geltend machen (Art. 210 Abs. 3 OR). Die Einreden des Käufers wegen vorhandener Mängel der Sache bleiben bestehen, wenn innerhalb eines Jahres nach Ablieferung die vorgeschriebene Anzeige an den Verkäufer gemacht wurde (Art. 210 Abs. 2 OR). Bezüglich der Gewährleistung von Mängeln an Grundstücken und Gebäuden ist eine fünfjährige Verjährungsfrist vorgesehen (Art. 219 Abs. 3 OR). Bei Art. 210 Abs. 1 OR und Art. 219 Abs. 3 OR handelt es sich gemäss der Mehrheitsmeinung nicht um Verwirkungsfristen, sondern um echte Verjährungsfristen⁴⁴. Die vorgesehenen Fristen können somit gemäss Art. 134 ff. OR stillstehen bzw. unterbrochen werden.

5. Interessenlage

Die an dieser Stelle behandelte Regelung liegt zweifellos im Interesse des Verkäufers, denn die Gewährleistungsrechte des Käufers werden an die Beachtung der strengen Obliegenheiten von Art. 201 OR geknüpft. Die bei Verletzung anderer Rechtsnormen meist üblichen Schadenersatzansprüche werden dagegen nicht von vorhergehend zu erfüllenden Voraussetzungen abhängig gemacht. Eine im Vergleich zu anderen Rechtsnormen schlechte Position des Käufers besteht zudem auch betreffend der Verjährung. Die in Art. 210 OR festgesetzte Verjährungsfrist von einem Jahr ist im Vergleich zur zehnjährigen subsidiären Verjährungsfrist von Art. 127 OR sehr kurz. Ein gewisses Interesse an der vorliegenden Regelung besteht jedoch auch seitens des Käufers. Dessen Interesse kann darin gesehen werden, dass oft nur bei möglichst rascher Erklärung der Rüge der Sachverhalt ordentlich abgeklärt werden kann. Dem Käufer kommt bei rascher Anzeige i.d.R. auch ein Vorteil auf der Beweisebene zugute. Zudem steht oft nur bei sofortiger Rüge durch den Käufer, dem

⁴⁴ BGE 104 II 357; Giger in BernerKomm N 9 ff. zu Art. 210 OR; Honsell in BaslerKomm N 2 zu Art. 210 OR; Keller/Siehr S. 100 f.; Spiro S. 83; Anderer Ansicht Bucher BT S. 94 f..

Verkäufer die Möglichkeit offen, selbst Mängelrüge bei seinem Vorlieferanten zu erheben, wodurch sich die Chance des Käufers erhöht, tatsächlich in der verlangten Form durch den Verkäufer befriedigt zu werden. Es kann somit bei der Verhaltensanforderung zur Mängelrüge nach Art. 201 OR von einer gespaltenen Interessenlage ausgegangen werden, wobei die Interessen des Verkäufers jedoch überwiegen.

6. Zweckcharakter

Die Tatbestand-Rechtsfolge-Relation ist zweckbestimmt. Durch die Androhung des Verlusts der Gewährleistungsrechte wird der zur Beibehaltung seiner Ansprüche gewillte Käufer faktisch gezwungen, beim Verkäufer die Mängelrüge zu erheben. Obwohl bei der hier behandelten Regelung eine gesplattene Interessenlage vorliegt, liegt die Beachtung der Verhaltensanforderung im Gegensatz zum Bestand der Regelung nur in geringem Interesse des Verkäufers. Diesen trifft bei Missachtung der Verhaltensanforderung kein wirklicher Nachteil. Der auf Beachtung durch den Käufer gerichtete Zweck der Regelung ergibt sich aber in diesem Fall durch die äussert scharfe Sanktion im Fall der Missachtung der Verhaltensanforderung, welche m.E. nicht nur durch das logisch-kausale Verhältnis zu rechtfertigen ist⁴⁵. Zweck der Regelung von Art. 201 OR ist die Verkehrssicherheit, insbesondere die rasche Klarstellung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse⁴⁶.

7. Rechtsgeschäftlicher Charakter

Wird die Mängelrüge unterlassen und somit an sich auf die Ausübung der Gewährleistungsrechte gemäss Art. 201 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 205 ff. OR verzichtet, treffen die Wirkungen der Unterlassung gemäss der Lehre nur den voll Handlungsfähigen im Sinn von Art. 12 f. ZGB⁴⁷. Demgegenüber ist für die Erklärung und die Entgegennahme der Mängelrüge nur das Vorliegen der Urteilsfähigkeit notwendig. Die volle Handlungsfähigkeit ist insbesondere für die Erklärung nicht erforderlich, da die Erhebung der Mängelrüge als unentgeltlicher Vorteil im Sinn von Art. 19 Abs. 2 ZGB verstanden wird.

Da die Erhebung der Mängelrüge eine nicht direkt auf die Hervorbringung rechtlicher Wirkungen gerichtete Willenserklärung ist, sondern die rechtliche Wirkung erst bei der Minderung, der Wandlung oder im Schadenersatzbegehren gesehen wird, sie aber deren

⁴⁵ Dazu siehe insbesondere § 12 B..

⁴⁶ BGE 88 II 365.

⁴⁷ Bucher in BernerKomm N 70 zu Art. 12 ZGB; Giger in BernerKomm N 98 zu Art. 201 OR.

Vorbereitung dient, wird sie von der Lehre nicht als Rechtsgeschäft betrachtet, sondern zu den rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen gezählt⁴⁸. Für die Verletzungsrechtsfolge ist aber, wie bereits erwähnt, die volle Handlungsfähigkeit des Käufers vorausgesetzt. Zur Position Wielings⁴⁹, der für die Obliegenheitsverletzung ebenfalls das Vorliegen der Geschäftsfähigkeit verlangt und die Obliegenheiten deswegen den Rechtsgeschäften zuordnet, besteht inhaltlich keine Differenz, da auch im Schweizer Recht für direkte Rechtsänderungen, begangen durch ein Tun oder wie an dieser Stelle durch ein Unterlassen⁵⁰, grundsätzlich die Handlungsfähigkeit vorausgesetzt wird (Art. 12 f. ZGB). Die Unterlassung der Mängelrüge führt dementsprechend auch zum unmittelbaren Verlust der Gewährleistungsrechte von Art. 205 ff. OR, was eine direkte rechtliche Wirkung darstellt. Dass allein die Erklärung der Mängelrüge aus den besagten Gründen nur als rechtsgeschäftsähnliche Handlung angesehen wird, ändert an dem rechtsgeschäftlichen Charakter der Verhaltensanforderung von Art. 201 OR und ihrer rechtsgeschäftlichen Folgen bei Unterlassung nichts.

8. Qualifikation der Verhaltensanforderung als Obliegenheit

Die Verhaltensanforderung zur Mängelrüge im Kaufrecht wird von der Lehre als Obliegenheit qualifiziert⁵¹. Dem ist soweit zuzustimmen, als dass bei der Verhaltensanforderung gemäss Art. 201 OR kein Anspruch auf Erfüllung besteht, der u.U. sogar klageweise durchgesetzt werden könnte. Die Verhaltensanforderung muss deshalb nicht beachtet werden. Zudem ist bei Missachtung der Norm kein Schadenersatzanspruch, sondern ein anderer Rechtsnachteil in Aussicht gestellt, nämlich die Genehmigungsfiktion von Art. 201 Abs. 2 OR. Bezüglich der Abgrenzung von den Lasten und Pflichten kann festgehalten werden, dass nach den behandelten Kriterien der Interessenlage, des Zweckcharakters und des rechtsgeschäftlichen Charakters der Verhaltensanforderung sowohl eine Qualifikation als Last (i.w.S.) nach Wieling⁵² als auch eine Qualifikation als Pflicht minderen Grades⁵³ möglich ist.

⁴⁸ Bucher in BernerKomm N 70 zu Art. 12 ZGB.

⁴⁹ Vgl. § 6 C. II. 2. oder Wieling in ACP 176 (1976) S. 354.

⁵⁰ Für die Rechtsänderungen durch Unterlassen vgl. Bucher in BernerKomm N 93 ff. zu Art. 12 ZGB; von Tuhr/Peter S. 209 ff..

⁵¹ Giger in BernerKomm N 5 zu Art. 201 OR; Honsell in BaslerKomm N 2 zu Art. 201 OR; Keller/Siehr S. 82; Gauch/Schluep/Schmid/Rey N 101; Honsell S. 84; von Tuhr/Peter S. 12; Koller N 97; Schwenger N 4.27 f.; Tercier N 238.

⁵² Vgl. § 6 C. II. oder Wieling in ACP 176 (1976) S. 354.

⁵³ Vgl. § 5 B. oder R. Schmidt S. 104 und S. 315 f..

IV. Die Rügeobliegenheit betreffend Mängel des Werkes (Art. 367 Abs. 1 OR und Art. 370 Abs. 3 OR)

1. Dispositive Natur des Gewährleistungsrechts der Art. 367 ff. OR

Gemäss der Lehre und Judikatur ist das Gewährleistungsrecht des Werkvertrages grundsätzlich dispositiver Natur⁵⁴. Eine Freizeichnung ist in den Grenzen von Art. 100 OR unbestrittenermassen möglich. Die wohl herrschende Lehre wendet zudem Art. 199 OR, welcher für das Kaufvertragsrecht die Möglichkeit einer vollständigen Freizeichnung mit Ausnahme der absichtlichen Täuschung vorsieht, analog unter Ausschluss von Art. 100 OR auf den Werkvertrag an⁵⁵. Mit Ausnahme der absichtlichen Täuschung, welche sich neben Art. 199 OR zudem aus Art. 370 Abs. 1 OR ergibt, kann die Gewährleistung dadurch auch im Werkvertragsrecht vollständig ausgeschlossen werden.

Für die sich aus Art. 367 Abs. 1 OR ergebenden Obliegenheiten bedeutet dies, dass sie vertraglich abgeändert, somit auch verschärft, gemildert oder sogar theoretisch abgeschafft werden können. Dasselbe gilt für die Gewährleistungsansprüche des Bestellers gemäss Art. 368 OR und ist in der Praxis wie im Kaufrecht häufig der Fall. Letztere werden oftmals durch den Gebrauch vertraglicher Abreden, sog. Freizeichnungsklauseln, beschränkt, insbesondere auf das Nachbesserungsrecht⁵⁶.

2. Tatbestand

Gemäss Art. 367 Abs. 1 OR hat der Besteller nach Ablieferung des Werkes, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist, die Beschaffenheit des Werkes zu prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen. Enthält das Werk geheime Mängel, welche trotz ordnungsgemässer Prüfung durch den Besteller nicht erkennbar waren, so hat der Besteller gemäss Art. 370 Abs. 3 OR diese sofort nach der Entdeckung zu rügen.

Die hier behandelte Regelung enthält somit zwei Verhaltensanforderungen, die Prüfungsobliegenheit und die Rügeobliegenheit. Dazu ist festzuhalten, dass die Beachtung der Prüfungsobliegenheit gleich wie bei Art. 201 OR im Kaufrecht⁵⁷ wiederum keine Voraussetzung für die Beachtung der Rügeobliegenheit bildet⁵⁸. Der Besteller kann vielmehr rechts-

⁵⁴ Gauch N 2463; Gautschi in BernerKomm N 30 zu Art. 367 OR; Zindel/Pulver in BaslerKomm N 29 zu Art. 367 OR; ZR 74 (1975) S. 232.

⁵⁵ Bejahend Gauch N 2582 f.; Bühler in ZürcherKomm N 249 zu Art. 368 OR; Zindel/Pulver in BaslerKomm N 24 zu Art. 370 OR. Ablehnend Honsell S. 290.

⁵⁶ Vgl. SIA-Norm 118 Art. 169.

⁵⁷ Dazu siehe § 8 A. III. 2..

⁵⁸ Bühler in ZürcherKomm N 53 zu Art. 367 OR.

gültig auch Mängel rügen, die er nicht durch Prüfung entdeckt hat, sondern zu deren Kenntnis er auf andere Weise gekommen ist. In der Praxis dürfte der Besteller jedoch grossmehrheitlich nur durch Beachtung der Prüfungsobliegenheit zur Kenntnis eines Werkmangels kommen. Da die Rügeobliegenheit gegenüber der Prüfungsobliegenheit im Vordergrund steht, rechtfertigt sich wiederum die Einordnung der hier behandelten Regelung unter die Erklärungsobliegenheiten.

Voraussetzung für die Entstehung der Verhaltensanforderung des Bestellers auf Prüfung bildet die Ablieferung des Werkes⁵⁹. Darunter ist die in der Absicht der Vertragserfüllung vorgenommene Übergabe des beendeten, wenn auch u.U. mangelhaften Werkes an den Besteller zu verstehen.

Bezüglich des zeitlichen Rahmens hat die Prüfung "sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist" zu erfolgen. Dabei ist ähnlich wie bei Art. 201 OR auf die Verkehrsübung abzustellen, soweit eine solche zwischen den beteiligten Kaufleuten oder Nicht-Kaufleuten besteht⁶⁰. Im übrigen ist dem Besteller nach einem objektivierten Massstab derjenige Zeitraum einzuräumen, der üblicherweise erforderlich ist, um ein Werk der betreffenden Art unter Berücksichtigung der besonderen vertraglich festgelegten Anforderungen sorgfältig zu prüfen⁶¹. Dabei sind die konkreten Umstände des Einzelfalls, aber nicht die in der Person des Bestellers liegenden, rein persönlichen Gründe zu berücksichtigen⁶².

Inhaltlich wird mit der Prüfung festgestellt, ob das Werk die vertraglich zugesicherten Eigenschaften aufweist und damit vertragsgemäss ist⁶³ oder m.a.W. die Ist-Beschaffenheit der Soll-Beschaffenheit entspricht⁶⁴.

Zur Feststellung allfälliger Mängel ist das Werk mit der angemessenen Sorgfalt zu prüfen. Diese ergibt sich aus der entsprechenden Geschäfts- oder Verkehrsübung, soweit eine solche besteht⁶⁵. Wenn dies nicht der Fall ist, ist diejenige Sorgfalt erforderlich, die von einem durchschnittlichen, nicht spezialisierten Kenner des Werkes erwartet wird. Wurde dagegen ausdrücklich oder stillschweigend eine fachmännische Prüfung vertraglich vereinbart, so muss das Werk auch dementsprechend untersucht werden.

⁵⁹ BGE 115 II 458 f.; Zindel/Pulver in BaslerKomm N 3 zu Art. 367 OR.

⁶⁰ Gauch N 2113 f.; Bühler in ZürcherKomm N 57 zu Art. 367 OR; Zindel/Pulver in BaslerKomm N 6 zu Art. 367 OR.

⁶¹ BGE 81 II 59, welcher jedoch zum Kaufrecht ergangen ist.

⁶² Zindel/Pulver in BaslerKomm N 6 zu Art. 367 OR.

⁶³ BGE 96 II 60; Gauch N 2119 ff..

⁶⁴ Gautschi in BernerKomm N 14c zu Art. 367 OR.

⁶⁵ Gauch N 2124; teilweise anderer Meinung Zindel/Pulver N 9 ff. zu Art. 367 OR, welche stärkeres Gewicht auf die Unterscheidung zwischen dem bürgerlichen und dem bezüglich der zu beachtenden Sorgfalt strengeren kaufmännischen Verkehr legen.

Stellt der Besteller einen Werkmangel fest, hat er diesen mit einer sachgerechten und substantiierten Mängelrüge anzuzeigen⁶⁶. Art, Umfang und Ort des Mangels sind dafür möglichst genau zu bezeichnen, so dass der Unternehmer abschätzen kann, in welchen Punkten und in welchem Umfang der Besteller das Werk bemängelt. Neben der Anzeige des Mangels muss der Besteller zudem zum Ausdruck bringen, dass er das abgelieferte Werk "nicht als vertragsgemäss anerkennen und den Unternehmer haftbar machen will"⁶⁷. Eine besondere Form ist für die Mängelrüge nicht vorgeschrieben, sofern eine solche nicht vertraglich vorbehalten wurde⁶⁸.

Zum Zeitrahmen, innerhalb welchem die Mängelrüge nach einem festgestellten Mangel zu erfolgen hat, ist festzuhalten, dass ein Werkmangel "sofort" angezeigt werden muss, obwohl Art. 367 Abs. 1 OR das Wort im Gegensatz zu Art. 201 OR nicht verwendet⁶⁹. Gleich wie beim Kaufrecht ist jedoch eine kurze Erklärungsfrist von wenigen Tagen noch zulässig⁷⁰.

3. Verletzungsrechtsfolge

Unterlässt der Besteller die gesetzlich vorgesehene Rüge, sieht das Gesetz in Art. 370 Abs. 2 OR die Fiktion der stillschweigenden Genehmigung des Werkes durch den Besteller vor. Das gleiche gilt für eine nicht ordnungsgemässe, insbesondere nicht substantiierte Mängelrüge. Obwohl das Gesetz in Art. 370 Abs. 2 OR auch die Prüfungsobliegenheit nennt, führt deren Missachtung nicht zur Genehmigungsfiktion, sofern die Mängelrüge ordnungsgemäss erklärt wird⁷¹. Keine Genehmigungsfiktion tritt gemäss Art. 370 Abs. 1 OR bei versteckten Mängeln und im Fall der absichtlichen Täuschung durch den Unternehmer ein. Als Folge der Genehmigungsfiktion von Art. 370 Abs. 2 OR entstehen die in Art. 368 OR vorgesehenen Ansprüche des Bestellers auf Nachbesserung, auf Minderung, auf Wandlung und bei Verschulden des Unternehmers und Vorliegen eines Mangelfolgeschadens auf Schadenersatz nicht. Der Besteller muss bei Missachtung der Verhaltensanforderung zur Mängelrüge somit einen faktischen Rechtsverlust hinnehmen.

Bezüglich der Anspruchskonkurrenz ist festzuhalten, dass eine solche zwischen den Ansprüchen des Gewährleistungsrechts und dem allgemeinen Schadenersatzanspruch gemäss

⁶⁶ Gauch N 2130 f.; Gautschi in BernerKomm N 26 zu Art. 367 OR; Zindel/Pulver in BaslerKomm N 18 zu Art. 367 OR.

⁶⁷ BGE 107 II 175 m.w.Nw..

⁶⁸ Gautschi in BernerKomm N 27 zu Art. 367 OR.

⁶⁹ Gauch N 2141; Zindel/Pulver N 20 zu Art. 367 OR.

⁷⁰ BGE 118 II 148.

⁷¹ Bühler in ZürcherKomm N 53 zu Art. 367 OR.

Art. 97 Abs. 1 OR nicht besteht⁷². Die Regelung des werkvertraglichen Gewährleistungsrechts stellt nach der Judikatur und Lehre eine abschliessende gesetzliche Sonderordnung dar, welche einen alternativen Anspruch aus Art. 97 Abs. 1 OR ausschliesst. Ebenfalls nicht geltend gemacht werden können neben den Gewährleistungsansprüchen die Ansprüche aus Willensmängeln gemäss Art. 23 ff. OR⁷³. Dazu wird argumentiert, dass bei Abschluss des Vertrages noch gar kein Werk bestanden hat, über dessen Beschaffenheit der Besteller sich irren konnte. Zu bejahen ist nach der Judikatur und Lehre jedoch die Anspruchskonkurrenz zwischen den Gewährleistungsansprüchen und der Haftung aus unerlaubter Handlung gemäss Art. 41 OR⁷⁴.

4. Verjährung

In Art. 371 Abs. 1 OR wird bezüglich der Verjährung der Gewährleistungsansprüche des Bestellers auf das Kaufrecht verwiesen. Die Ansprüche des Bestellers verjähren somit grundsätzlich nach einem Jahr (vgl. Art. 210 OR)⁷⁵. Eine spezielle Regelung ist jedoch für die Ansprüche des Bestellers eines unbeweglichen Bauwerkes gegen den Unternehmer sowie gegen den Architekten oder Ingenieur, die zum Zwecke der Erstellung Dienste geleistet haben, vorgesehen. Für diese Ansprüche besteht gemäss Art. 371 Abs. 2 OR eine Verjährungsfrist von fünf Jahren.

5. Interessenlage

Zur Interessenlage kann auf die weitergehenden Ausführungen zur Mängelrüge im Kaufrecht gemäss Art. 201 OR verwiesen werden, welche an dieser Stelle wegen der nahezu gleichen gesetzlichen Regelung herangezogen werden können⁷⁶. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die hier behandelte Regelung der Mängelrüge im Interesse beider Parteien liegt. Die Interessen des Unternehmers sind in der strengen Verhaltensanforderung von Art. 367 Abs. 1 OR bzw. in Art. 370 Abs. 3 OR, deren Missachtung zur Genehmigungsfiktion von Art. 370 Abs. 2 OR führt, und in den kurzen Verjährungsfristen gemäss Art. 371 OR zu sehen. Demgegenüber besteht jedoch auch ein gewisses Interesse des Bestellers an der hier

⁷² BGE 110 II 32 f.; Gautschi in BernerKomm N 6c zu Art. 368 OR.

⁷³ Gauch N 2317; Bühler in ZürcherKomm N 26 zu Vorbemerkungen zu Art. 367 – 371 OR.

⁷⁴ BGE 64 II 259; Gauch N 2341 ff.; Bühler in ZürcherKomm N 205a ff. zu Art. 368 OR; Gautschi in BernerKomm N 7 zu Art. 368 OR; Zindel/Pulver in BaslerKomm N 81 zu Art. 368 OR.

⁷⁵ Dazu siehe auch § 8 A. III. 4..

⁷⁶ Dazu siehe § 8 A. III. 5..

behandelten Regelung. Dieses ist im Zwang zur raschen Aufklärung des Sachverhalts zu sehen, wodurch ihm Vorteile auf der Beweisebene und höhere Chancen auf Befriedigung im Fall des Rückgriffs auf einen Vorlieferanten durch den Unternehmer zugute kommen. Es liegt somit eine gesplante Interessenlage vor, wobei jedoch das Interesse des Unternehmers überwiegt.

6. Zweckcharakter

Die Tatbestand-Rechtsfolge-Relation ist zweckbestimmt. Durch die Androhung der Genehmigungsfiktion von Art. 370 Abs. 2 OR wird der zur Beibehaltung seiner Ansprüche gewillte Besteller faktisch gezwungen, beim Unternehmer die Mängelrüge zu erheben. Gleich wie bei der Mängelrüge im Kaufrecht besteht im Gegensatz zum Bestand der Regelung kein grosses Interesse des Unternehmers an der Beachtung der Verhaltensanforderung. Der auf Beachtung durch den Besteller gerichtete Zweck der Regelung ergibt sich aber wiederum durch die äussert scharfe Sanktion im Fall der Missachtung der Verhaltensanforderung, welche m.E. nicht nur durch das logisch-kausale Verhältnis zu rechtfertigen ist⁷⁷. Zweck der Regelung ist gleich wie im Kaufrecht die Verkehrssicherheit, insbesondere die rasche Klarstellung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse⁷⁸.

7. Rechtsgeschäftlicher Charakter

Für die Abgrenzung über den rechtsgeschäftlichen Charakter kann auf die weitergehenden Ausführungen zur Mängelrüge von Art. 201 OR verwiesen werden, die an dieser Stelle wegen der nahezu gleichen gesetzlichen Regelung ebenfalls zu beachten sind⁷⁹. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass bei der Unterlassung der Mängelrüge gemäss Art. 367 Abs. 1 OR bzw. Art. 370 Abs. 3 OR die Wirkungen der Genehmigungsfiktion gemäss Art. 370 Abs. 2 OR nur den voll Handlungsfähigen treffen⁸⁰. Durch diese Voraussetzung des Vorliegens der Handlungsfähigkeit des Bestellers für die Auslösung der Verletzungsrechtsfolgen kommt somit auch der Verhaltensanforderung zur Mängelrüge des Werkvertragsrechts rechtsgeschäftlicher Charakter zu.

⁷⁷ Dazu siehe insbesondere § 12 B..

⁷⁸ Vgl. BGE 88 II 365, der jedoch zu Art. 201 OR ergangen ist.

⁷⁹ Dazu siehe § 8 A. III. 7..

⁸⁰ Bucher in BernerKomm N 70 zu Art. 12 ZGB; Giger in BernerKomm N 98 zu Art. 201 OR.

8. Qualifikation der Verhaltensanforderung als Obliegenheit

Die hier dargestellte Verhaltensanforderung wird von der grossen Mehrheit der Lehre als Obliegenheit qualifiziert⁸¹. Dem ist soweit zuzustimmen, als dass bei der Verhaltensanforderung von Art. 367 Abs. 1 OR bzw. Art. 370 Abs. 3 OR kein Anspruch auf Erfüllung besteht, der u.U. sogar klageweise durchgesetzt werden könnte. Die Verhaltensanforderung muss deshalb nicht beachtet werden. Zudem ist bei Missachtung der Verhaltensanforderung kein Schadenersatzanspruch, sondern ein anderer Rechtsnachteil in Aussicht gestellt, die Genehmigungsfiktion von Art. 370 Abs. 2 OR. Bezüglich der Abgrenzung von den Lasten und Pflichten kann festgehalten werden, dass nach den behandelten Kriterien der Interessenlage, des Zweckcharakters und des rechtsgeschäftlichen Charakters der Verhaltensanforderung sowohl eine Qualifikation als Last (i.w.S.) nach Wieling⁸² als auch eine Qualifikation als Pflicht minderen Grades⁸³ möglich ist.

V. Die Anzeigepflicht des Beauftragten bei besonderen Umständen (Art. 395 OR)

1. Tatbestand

Gemäss Art. 395 OR gilt ein nicht sofort abgelehnter Auftrag als angenommen, wenn er sich auf die Besorgung solcher Geschäfte bezieht, die der Beauftragte kraft obrigkeitlicher Bestellung⁸⁴ oder gewerbsmässig⁸⁵ betreibt oder zu deren Besorgung er sich öffentlich empfohlen⁸⁶ hat. Die Annahme des Auftrags wird in diesen Fällen durch das Gesetz vermutet. Geht somit bei einem Antragsempfänger, bei welchem mindestens eine der genannten Voraussetzungen erfüllt ist, ein Auftrag ein, den er nicht annehmen will, ist ihm die Verhaltensanforderung auferlegt, bei der anderen Partei den Auftrag "sofort" abzulehnen.

⁸¹ Gauch N 2108; Bühler in ZürcherKomm N 25 zu Art. 367 OR; Zindel/Pulver in BaslerKomm N 2 zu Art. 367 OR.

⁸² Vgl. § 6 C. II. oder Wieling in ACP 176 (1976) S. 354.

⁸³ Vgl. § 5 B. oder R. Schmidt S. 104 und S. 315 f..

⁸⁴ Unter dieses Tatbestandselement fallen nur Personen, die durch einen privatrechtlichen Mandatskontrakt bestellt sind; vgl. Gautschi in BernerKomm N 6b zu Art. 395 OR. Beamte, die in einer öffentlich-rechtlichen Anstellung stehen, fallen nicht darunter. Als Beispiele werden der amtliche Verteidiger, der gerichtliche Gutachter, der vom Gericht subsidiär ernannte Schiedsrichter und der vom Staat gemäss Art. 762 OR in eine private Aktiengesellschaft delegierte Verwaltungsrat genannt.

⁸⁵ Darunter ist eine selbständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit zu sehen (vgl. Art. 52 Abs. 3 HRV). Noch keine Gewerbsmässigkeit liegt vor, wenn der Beauftragte - für den Dritten erkennbar - in der fraglichen Branche nur vereinzelt, bei Gelegenheit tätig wird; vgl. Fellmann in BernerKomm N 111 zu Art. 395 OR.

⁸⁶ Von einer öffentlichen Empfehlung ist auszugehen, wenn der Beauftragte einer unbestimmten Vielzahl von Personen gegenüber kundtut, dass er zur Besorgung von Geschäften oder Dienstleistungen der in Frage stehenden Art bereit ist, wobei die öffentliche Empfehlung ausdrücklich oder konkludent erfolgen kann; vgl. Fellmann N 112 f. zu Art. 395 OR.

Dieser sofortigen Ablehnung, die auch in Art. 201 Abs. 1 OR vorzufinden ist, ist die Ablehnung "ohne Verzug" von Art. 5 Abs. 3 OR gleichzusetzen, wobei dem Beauftragten für seine Entscheidung eine kurze Reaktionszeit eingeräumt wird, da zumindest eine oberflächliche Kenntnisnahme der Offerte vorausgesetzt werden muss⁸⁷. Es kann somit gleich wie bei Art. 5 Abs. 3 OR und Art. 6 OR von einer Reaktionsfrist von wenigen Tagen ausgegangen werden⁸⁸.

2. Verletzungsrechtsfolge

Lehnt der nicht zum Vertrag gewillte Beauftragte die Offerte nicht sofort ab, kommt der Vertrag gemäss Art. 395 OR im Sinn der Offerte des Auftraggebers zustande. Der Beauftragte erleidet in diesem Fall den Rechtsnachteil der gesetzlichen Fiktion der Annahme der Offerte, wodurch er den Vertrag auch gegen seinen Willen gelten lassen muss.

3. Interessenlage

Die Regelung von Art. 395 OR liegt zweifellos im Interesse des Offerenten, da seine Offerte Vertragsinhalt wird, wenn der Beauftragte nicht sofort die Ablehnung der Offerte erklärt. Es besteht jedoch auch ein Interesse des Beauftragten an der hier behandelten Regelung, handelt es sich bei dieser doch um eine auf eine schnelle Entscheidung gerichtete Normierung. Zeit- und kostenintensive Prozesse, insbesondere langwierige Beweisverfahren über das Zustandekommen des Vertrages können durch sie verhindert werden. Ohne die Regelung von Art. 395 OR würde sich im kaufmännischen Verkehr bei Passivität des Beauftragten oftmals die Frage stellen, ob nicht eine stillschweigende Annahme im Sinn von Art. 6 OR vorliegt. Betreffend der hier behandelten Regelung kann somit von einer gespaltenen Interessenlage ausgegangen werden.

4. Zweckcharakter

Die Tatbestand-Rechtsfolge-Relation ist zweckbestimmt. Durch die Androhung des Zustandekommens des Vertrages wird der nicht zum Vertrag gewillte Beauftragte faktisch gezwungen, der Gegenpartei die Ablehnung der Vertragsofferte anzuzeigen. Da eine gesplattene Interessenlage vorliegt, hat auch der Offerent gleich wie bei Art. 5 Abs. 3 OR und Art. 6 OR ein Interesse an der Beachtung der Verhaltensanforderung, insbesondere hat dieser i.d.R. kein

⁸⁷ Fellmann in BernerKomm N 119 zu Art. 395 OR; Schmidlin in BernerKomm N 20 zu Art. 5 OR.

⁸⁸ Vgl. Bucher in BaslerKomm N 18 zu Art. 5 OR.

Interesse daran, mit einer unwilligen Partei einen Vertrag abzuwickeln. Als Zweck der Regelung von Art. 395 OR können ähnlich wie bei Art. 5 Abs. 3 OR und Art. 6 OR die Rechtssicherheit und die Beweissicherheit genannt werden⁸⁹.

5. Rechtsgeschäftlicher Charakter

Die Anzeige der Ablehnung einer Offerte im Sinn von Art. 395 OR ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, der nach einem Teil der Lehre rechtsgeschäftsähnlicher Charakter zukommen soll⁹⁰. Darin, dass durch die Erklärung die gesetzliche Vermutung des zustandegekommenen Vertrages beseitigt wird, kann jedoch auch eine (quasi)rechtliche Wirkung gesehen werden, womit die hier behandelte Erklärung m.E. sogar als Rechtsgeschäft zu qualifizieren ist. Dies ergibt sich auch dadurch, dass die Unterlassung der Anzeige der Ablehnung wie eine Willenserklärung wirkt, wofür die volle Handlungsfähigkeit erforderlich ist⁹¹. Der hier behandelten Verhaltensanforderung kommt somit rechtsgeschäftlicher Charakter zu.

6. Qualifikation der Verhaltensanforderung als Obliegenheit

Die Verhaltensanforderung zur Anzeige der Ablehnung gemäss Art. 395 OR stellt m.E. eine Obliegenheit dar. Die üblichen Merkmale der Obliegenheit sind erfüllt. Bezüglich der Anzeige der Ablehnung besteht selbstverständlich kein Zwang, der u.U. sogar mit der Klage auf Erfüllung durchgesetzt werden könnte. Die Verhaltensanforderung muss somit nicht beachtet werden. Bei Missachtung der Verhaltensanforderung ist zudem durch das Gesetz kein Anspruch der Gegenseite auf Schadenersatz in Aussicht gestellt, sondern der Beauftragte muss als anderen Rechtsnachteil den Vertrag im Sinn des Offerenten gegen sich gelten lassen. Bezüglich der Abgrenzung von den Lasten und Pflichten kann festgehalten werden, dass nach den behandelten Kriterien der Interessenlage, des Zweckcharakters und des rechtsgeschäftlichen Charakters der Verhaltensanforderung sowohl eine Qualifikation als Last (i.w.S.) nach Wieling⁹² als auch eine Qualifikation als Pflicht minderen Grades⁹³ möglich ist.

⁸⁹ Dazu siehe § 8 A. I. 5. oder Schmidlin in BernerKomm N 2 zu Art. 6 OR; Becker in BernerKomm N 1 zu Art. 6 OR.

⁹⁰ Fellmann in BernerKomm N 117 mit Verweis auf Seiler in MünchKomm N 17 zu § 663 BGB und Wittmann in Staudinger N 8 zu § 663 BGB.

⁹¹ Vgl. Bucher in BernerKomm N 93 ff. zu Art. 12 ZGB; von Tuhr/Peter S. 209 ff..

⁹² Vgl. § 6 C. II. oder Wieling in ACP 176 (1976) S. 354.

⁹³ Vgl. § 5 B. oder R. Schmidt S. 104 und S. 315 f..

VI. Die Anzeigepflicht des Gastes betreffend den Schaden an den eingebrachten Sachen (Art. 489 Abs. 1 OR)

1. Tatbestand

Nach Art. 489 Abs. 1 OR hat der Gast den Schaden an den eingebrachten Sachen sofort nach dessen Entdeckung dem Gastwirt anzuzeigen. Unter der sofortigen Anzeige ist eine Meldung zu verstehen, die den Umständen und den in Frage stehenden Werten entsprechend rasch zu erfolgen hat⁹⁴. I.d.R. wird die Anzeige wohl innert weniger Tage zu erfolgen haben. Eine zeitliche Begrenzung zur Anzeige wie bei Art. 210 Abs. 1 OR für den Fall, dass der vorerst verdeckte Schaden erst später entdeckt wird, ist bei der hier behandelten Regelung aber nicht vorgesehen.

2. Verletzungsrechtsfolge

Wird die Verhaltensanforderung zur Anzeige des Schadens missachtet, erlöschen die Ansprüche des Gastes (vgl. Art. 489 Abs. 1 OR). Die Haftung des Gastwirts für die Sachen des Gastes gemäss Art. 487 f. OR entfällt in diesem Fall.

3. Interessenlage

Die Regelung von Art. 489 Abs. 1 OR liegt zweifellos im Interesse des Gastwirts, da er durch sie von nachträglich geltend gemachten Schadenersatzansprüchen geschützt wird. An der hier behandelten Regelung besteht jedoch auch ein Interesse des Gastes. Der Zwang zur sofortigen Anzeige bringt ihm Vorteile auf der Beweisebene ein im Vergleich zur nachträglichen Geltendmachung des Schadens, wo der Beweis, dass der Schaden in der Beherbergungsstätte entstanden ist, oft schwer fällt⁹⁵. Es kann somit bei der hier behandelten Regelung von einer gespaltenen Interessenlage ausgegangen werden.

4. Zweckcharakter

Die Tatbestand-Rechtsfolge-Relation ist zweckbestimmt. Durch die Androhung des Verlusts der Ansprüche wird der Gast faktisch gezwungen, dem Gastwirt den Schaden sofort anzuzeigen. Gleich wie bei der Mängelrüge des Kaufrechts gemäss Art. 201 OR liegt die

⁹⁴ Oser/Schönenberger in ZürcherKomm N 1 zu Art. 489 OR; Koller in BaslerKomm N 1 zu Art. 489 OR.

⁹⁵ Koller in BaslerKomm N 1 zu Art. 489 OR.

Beachtung der Verhaltensanforderung im Gegensatz zum Bestand der Regelung nicht im Interesse des Gastwirts. Der auf Beachtung durch den Gast gerichtete Zweck der Regelung ergibt sich aber durch die äussert scharfe Sanktion im Fall der Missachtung der Verhaltensanforderung, welche m.E. nicht nur durch das logisch-kausale Verhältnis zu rechtfertigen ist⁹⁶. Zweck der Regelung von Art. 489 Abs. 1 OR ist die Beweissicherheit⁹⁷.

5. Rechtsgeschäftlicher Charakter

Die sofortige Anzeige des Gastes ist m.E. als rechtsgeschäftsähnliche Handlung zu sehen, weil sie keine direkte Rechtsänderung zur Folge hat, aber ähnlich wie die Mängelrüge des Kaufrechts gemäss Art. 201 OR deren Vorbereitung dient. Da die Anzeige des Gastes als unentgeltlicher Vorteil im Sinn von Art. 19 Abs. 2 ZGB gesehen werden kann, genügt für deren Ausübung das Vorliegen der Urteilsfähigkeit. Für die Unterlassung der Anzeige, was zur Verwirkung der Ansprüche von Art. 487 f. OR führt, ist jedoch die volle Handlungsfähigkeit voranzusetzen^{98,99}. Betreffend der hier behandelten Verhaltensanforderung liegt somit rechtsgeschäftlicher Charakter vor.

6. Qualifikation der Verhaltensanforderung als Obliegenheit

Die Verhaltensanforderung des Gastes zur Anzeige des Schadens an den eingebrachten Sachen gemäss Art. 489 Abs. 1 OR stellt m.E. eine Obliegenheit dar. Die üblichen Merkmale der Obliegenheit sind erfüllt. Bezüglich der Anzeige des Gastes besteht selbstverständlich kein Zwang, der u.U. sogar mit der Klage auf Erfüllung durchgesetzt werden könnte. Die Verhaltensanforderung muss deshalb nicht beachtet werden. Bei der Missachtung der Verhaltensanforderung ist zudem durch das Gesetz kein Anspruch der Gegenseite auf Schadenersatz in Aussicht gestellt, sondern der Gast hat als anderen Rechtsnachteil den Verlust der Ansprüche nach Art. 487 f. OR zu tragen. Bezüglich der Abgrenzung von den Lasten und Pflichten kann festgehalten werden, dass nach den behandelten Kriterien der Interessenlage, des Zweckcharakters und des rechtsgeschäftlichen Charakters der Verhaltens-

⁹⁶ Dazu siehe insbesondere § 12 B..

⁹⁷ Vgl. Oser/Schönenberger in ZürcherKomm N 1 zu Art. 489 OR; Koller in BaslerKomm N 1 zu Art. 489 OR.

⁹⁸ Bucher in BernerKomm N 70 und N 93 ff. zu Art. 12 ZGB; von Tuhr/Peter S. 209 ff..

⁹⁹ Vgl. auch die entsprechenden Ausführungen zu der ähnlichen Regelung von Art. 201 OR; dazu siehe § 8 A. III. 7..

anforderung sowohl eine Qualifikation als Last (i.w.S.) nach Wieling¹⁰⁰ als auch eine Qualifikation als Pflicht minderen Grades¹⁰¹ möglich ist.

VII. Die Anzeigeobliegenheit des Protests des Wechselinhabers (Art. 1034 ff. OR)

1. Tatbestand

Wird die Annahme der wechselrechtlichen Verpflichtung vom Bezogenen oder die Zahlung durch den Akzeptanten verweigert, so hat der Wechselnehmer gemäss Art. 1034 f. OR für die Entstehung der Rückgriffsrechte bei der zuständigen Urkundsperson oder Amtsstelle¹⁰² öffentlich beurkundeten Protest¹⁰³ zu erheben. Ein Verschulden des Wechselnehmers ist für die Auslösung der Verletzungsrechtsfolgen nicht erforderlich, doch ist festzuhalten, dass es Fälle "höherer Gewalt" gibt, die zu einer Verlängerung der wechselrechtlichen Fristen führen können (vgl. Art. 1051 OR)¹⁰⁴. Betreffend der Protestfrist muss zwischen dem Protest mangels Annahme und dem Protest mangels Zahlung unterschieden werden. Beim Protest mangels Annahme muss der Protest innerhalb der Frist erfolgen, die für die Vorlegung zur Annahme gilt. Ist der Wechsel am letzten Tage der Frist zum ersten Mal vorgelegt worden, und verlangt der Bezogene eine nochmalige Vorlegung (Art. 1014 Abs. 1 OR), kann der Protest noch am nächsten Tag erfolgen (Art. 1034 Abs. 2 OR). Beim Protest mangels Zahlung hat der Protest grundsätzlich an einem der zwei auf den Zahlungstag folgenden Werktage zu erfolgen (Art. 1034 Abs. 3 Satz 1 OR). Eine Ausnahme bildet der Sichtwechsel, bei welchem der Protest innerhalb der Vorlegungsfrist zu erfolgen hat, d.h. spätestens vor Ablauf der gesetzlichen Jahresfrist oder der allenfalls vereinbarten kürzeren oder längeren Frist (Art. 1034 Abs. 3 Satz 2 OR i.V.m. Art. 1024 OR).

Der Wechselnehmer kann im übrigen durch einen auf den Wechsel gesetzten und unterschriebenen Vermerk "ohne Kosten", "ohne Protest" oder einen gleichbedeutenden Zusatz durch den Aussteller, Indossanten oder Wechselbürgen gemäss Art. 1043 Abs. 1 OR von der Verhaltensanforderung, Protest erheben zu müssen, vollständig befreit werden.

¹⁰⁰ Vgl. § 6 C. II. oder Wieling in ACP 176 (1976) S. 354.

¹⁰¹ Vgl. § 5 B. oder R. Schmidt S. 315 f..

¹⁰² Im Kanton Zürich ist dies das Notariat (vgl. § 1 NotG).

¹⁰³ Der genaue Inhalt des Protests ergibt sich aus Art. 1036 OR. Der Protest ist dabei auf ein besonderes Blatt zu setzen, das mit dem Wechsel verbunden wird (Art. 1037 OR).

¹⁰⁴ Vgl. insbesondere Art. 1051 Abs. 6 OR, der explizit festhält, dass rein persönliche Tatsachen des Wechselnehmers nicht als höhere Gewalt anzusehen sind.

2. Verletzungsrechtsfolge

Mit der rechtsgültigen Erhebung des Protests entstehen die Rückgriffsrechte gegen die Garantieschuldner¹⁰⁵. Der Aussteller, der Akzeptant, die Indossanten und die Wechselbürgen haften in diesem Fall für die Wechselschuld solidarisch (Art. 1044 Abs. 1 OR). Wird der Protest unterlassen, die Verhaltensanforderung von Art. 1034 ff. OR somit missachtet, entstehen diese Rückgriffsrechte nicht. In diesem Fall kann der Wechselnehmer nur gegen den Hauptschuldner vorgehen und dies auch nur, wenn letzterer den Wechsel angenommen hat¹⁰⁶.

3. Interessenlage

Die Regelung von Art. 1034 ff. OR liegt im Interesse des Wechselnehmers. Nur durch die Beachtung der Verhaltensanforderung kann gültig festgestellt werden, dass der Bezogene die Annahme oder die Zahlung verweigert hat, wodurch auch erst der Anspruch des Wechselnehmers entsteht, gegen die Garantieschuldner gemäss Art. 1044 Abs. 1 OR Rückgriff nehmen zu können. Die Beachtung der Verhaltensanforderung liegt jedoch auch im Interesse der Garantieschuldner. Sie werden durch sie davor geschützt, in Anspruch genommen zu werden, ohne dass vorher vom Hauptschuldner Zahlung oder Akzept verlangt wurde¹⁰⁷. Es liegt somit eine gespaltene Interessenlage vor.

4. Zweckcharakter

Die Tatbestand-Rechtsfolge-Relation ist zweckbestimmt. Durch die Androhung der Nichtentstehung der Rückgriffsrechte wird der Wechselnehmer faktisch gezwungen, wechselrechtlichen Protest zu erheben. Bezüglich des Zweckes kann die Verhaltensanforderung von Art. 1034 ff. OR als Beweisvorschrift gesehen werden¹⁰⁸. Der Protest dient der sicheren Feststellung, dass die Voraussetzungen für die Ausübung der Rückgriffsrechte gegeben sind. Für diese Feststellung verlangt das Gesetz die Einbeziehung einer neutralen Urkundsperson sowie die Einhaltung von Formen und Fristen¹⁰⁹. Darüber hinaus wird durch die Beachtung der Verhaltensanforderung jedoch auch bezweckt, die subsidiär haftenden Garanten davor zu

¹⁰⁵ Bauer in BaslerKomm N 19 zu Art. 1034 OR, N 3 ff. zu Art. 1044 OR; Meier-Hayoz/von der Crone § 11 N 3.

¹⁰⁶ BGE 124 III 121; BGE 91 II 110.

¹⁰⁷ Jäggi/Druey/von Greyerz S. 204.

¹⁰⁸ Jäggi/Druey/von Greyerz S. 203 f..

¹⁰⁹ Bauer in BaslerKomm N 2 zu Art. 1034 OR.

schützen, dass sie belangt werden, bevor vom Hauptschuldner Zahlung oder Akzept verlangt wurde¹¹⁰, wodurch der Zweckcharakter der hier behandelten Regelung verdeutlicht wird.

5. Rechtsgeschäftlicher Charakter

Die Erhebung des wechselrechtlichen Protests ist m.E. als rechtsgeschäftsähnliche Handlung zu sehen, weil sie keine direkte Rechtsänderung zur Folge hat, aber ähnlich wie die Mängelrüge nach Art. 201 OR deren Vorbereitung dient. Da die Erhebung des wechselrechtlichen Protests als unentgeltlicher Vorteil im Sinn von Art. 19 Abs. 2 ZGB gesehen werden kann, genügt für die Ausübung das Vorliegen der Urteilsfähigkeit. Für die Unterlassung des Protests, was die Nichtentstehung der Rückgriffsrechte zur Folge hat, ist jedoch die volle Handlungsfähigkeit vorauszusetzen^{111, 112}. Betreffend der hier behandelten Regelung liegt somit rechtsgeschäftlicher Charakter vor.

6. Qualifikation der Verhaltensanforderung als Obliegenheit

Die Verhaltensanforderung zur Erhebung des wechselrechtlichen Protests gemäss Art. 1034 ff. OR stellt m.E. eine Obliegenheit dar¹¹³. Dies ergibt sich dadurch, dass kein Zwang auf Erfüllung besteht, der u.U. sogar auf dem Weg der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden könnte. Die Verhaltensanforderung muss somit nicht beachtet werden. Weiter ist bei Missachtung der Verhaltensanforderung kein Schadenersatzanspruch, sondern ein anderer Rechtsnachteil, die Nichtentstehung der Rückgriffsrechte, in Aussicht gestellt. Bezüglich der Abgrenzung von den Lasten und Pflichten kann festgehalten werden, dass nach den behandelten Kriterien der Interessenlage, des Zweckcharakters und des rechtsgeschäftlichen Charakters der Verhaltensanforderung sowohl eine Qualifikation als Last (i.w.S.) nach Wieling¹¹⁴ als auch eine Qualifikation als Pflicht minderen Grades¹¹⁵ möglich ist.

¹¹⁰ Jäggi/Druey/von Greyerz S. 204.

¹¹¹ Bucher in BernerKomm N 70 und N 93 ff. zu Art. 12 ZGB; von Tuhr/Peter S. 209 ff..

¹¹² Vgl. auch die entsprechenden Ausführungen zu der ähnlichen Regelung von Art. 201 OR; dazu siehe § 8 A. III. 7..

¹¹³ So auch, jedoch nur in einem Nebensatz BGE 124 III 121.

¹¹⁴ Vgl. § 6 C. II. oder Wieling in ACP 176 (1976) S. 354.

¹¹⁵ Vgl. § 5 B. oder R. Schmidt S. 104 und S. 315 f..

VIII. Die Anzeigeobligenheit des Protests des Checkinhabers (Art. 1143 OR i.V.m. Art. 1034 ff. OR analog)

Für die Obliegenheit zum Protest des Checkinhabers kann wegen der grossen Ähnlichkeit wie auch im Gesetz grundsätzlich auf die vorangegangene Darstellung zum Wechselrecht verwiesen werden (vgl. Art. 1143 OR)¹¹⁶. Jedoch bestehen bei der hier behandelten Regelung einige Besonderheiten, die speziell zu erwähnen sind. So kann ein Check¹¹⁷ bekanntlich nicht angenommen werden, denn ein auf den Check gesetzter Annahmevermerk gilt als nicht geschrieben (Art. 1104 OR). Der Check ist zudem bei Sicht zahlbar (Art. 1115 Abs. 1 OR), d.h. er wird im Zeitpunkt der Vorlegung fällig¹¹⁸. Wird der fristgerecht präsentierte Check nicht ausbezahlt, so ist der Checkinhaber gleich wie der Wechselinhaber zum Rückgriff berechtigt (Art. 1128 OR). Im Gegensatz zum Wechselrecht bildet der Protest gemäss Art. 1128 Ziff. 1 OR aber nicht zwingende Voraussetzung für den Rückgriff. Anstatt des Protests des Wechselinhabers ist auch ein Nichteinlösungsvermerk durch den Bezogenen auf dem Check (Art. 1128 Ziff. 2 OR) oder durch die Abrechnungsstelle (Art. 1128 Ziff. 3 OR) möglich. Die beiden letzteren Möglichkeiten stellen aber selbstverständlich keine Obliegenheiten dar. Der Protest muss im übrigen vor Ablauf der Vorlegungsfrist¹¹⁹ erklärt werden (Art. 1129 Abs. 1 OR). Ist die Vorlegung am letzten Tag der Frist erfolgt, so kann der Protest auch noch am folgenden Werktag erklärt werden (Art. 1129 Abs. 2 OR).

B. Mitwirkungsobligenheiten

I. Die Mitwirkungsobligenheit zur Schadenminderung und Schadenabwendung (Art. 44 Abs. 1 OR)

1. Einleitung

Einleitend ist festzuhalten, dass die Fragen der Schadenminderungs- und Schadenabwendungsobligenheit¹²⁰ oft auch unter den Rechtsbegriffen Selbst- und Mitverschulden abge-

¹¹⁶ Dazu siehe § 8 A. VII..

¹¹⁷ Für den Inhalt des Checks vgl. Art. 1100 OR.

¹¹⁸ Vgl. auch Meier-Hayoz/von der Crone § 17 N 51 ff..

¹¹⁹ Vorzulegen sind inländische Checks binnen acht Tagen (Art. 1116 Abs. 1 OR), ausländische Checks, die in Europa oder im Mittelmeerbereich ausgestellt wurden, innert 20 Tagen und ausländische Checks, die in einem anderen Erdteil ausgestellt wurden, innert 70 Tagen (Art. 1116 Abs. 2 und Abs. 3 OR).

¹²⁰ Im folgenden wird der Übersicht halber nur noch von der Schadenminderungsobligenheit gesprochen werden.

handelt werden^{121, 122}. Dabei wird die Missachtung der genannten Verhaltensanforderung aus dem Blickwinkel des Verschuldens in der Form des Selbst- und Mitverschuldens gesehen.

Ihre originäre Geltung findet die Schadenminderungsobliegenheit bei der Entstehung einer Forderung durch unerlaubte Handlungen (Art. 41 ff. OR). Über den Verweis von Art. 99 Abs. 3 OR muss sie jedoch auch bei der Vertragshaftung beachtet werden. Durch den Verweis von Art. 7 ZGB finden die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts zudem auch Anwendung auf die anderen zivilrechtlichen Verhältnisse, insbesondere diejenigen des Zivilgesetzbuches. Das breite gesetzliche Anwendungsfeld und das Gebot des Handelns in Treu und Glauben gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB legen es zudem nahe, die Schadenminderungsobliegenheit im Sinn eines allgemeinen Rechtsbegriffes auf das Haftungsrecht des ganzen Privatrechts auszudehnen¹²³. Deswegen ist die Schadenminderungsobliegenheit insbesondere auch bei den Tatbeständen der Haftung aus culpa in contrahendo anwendbar, was durchaus Sinn macht.

2. Tatbestand

Gemäss der Verhaltensanforderung von Art. 44 Abs. 1 OR ist dem Geschädigten auferlegt, nach der Schädigung alle vernünftigen Massnahmen zur Minderung oder Behebung des Schadens durchzuführen¹²⁴. Der Schaden ist somit nur insoweit definitiv, als er nicht durch geeignete, zumutbare Massnahmen korrigiert werden kann. Bei vollständiger Schadensbehebung durch die gehörige Beachtung der hier behandelten Verhaltensanforderung fallen nur die Kosten für die zumutbaren Massnahmen als effektiver Schaden an. Die Missachtung der Schadenminderungsobliegenheit durch den Geschädigten ist als Selbstverschulden zu qualifizieren, weil dieser "unter Verletzung der elementarsten Vorsichtsgebote das ausser Acht gelassen hat, was jedem verständigen Menschen in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen hätte einleuchten müssen"¹²⁵. Dadurch wird der haftungsausfüllende Kausalzusammenhang bezüglich der Adäquanz unterbrochen, obwohl das Unfallereignis an sich eine "conditio sine qua non" für den in Frage stehenden Teilschaden bildet¹²⁶. Als Beispiele der Schadenminderungsobliegenheit können die Behandlung durch einen Arzt nach

¹²¹ Vgl. bspw. Oftinger/Stark § 5 N 137 ff., § 7 N 13 ff.; Rey N 401 ff.; Schwenger 16.04 ff..

¹²² Das Gesetz verwendet die Formulierung: "Umstände für die der Geschädigte selbst eintreten muss", worunter aber unbestrittenermassen das Selbst- und Mitverschulden zu verstehen ist.

¹²³ So auch für das deutsche Recht Mertens in Soergel N 6 zu § 254 BGB; R. Schmidt S. 119.

¹²⁴ Oftinger/Stark § 6 N 41.

¹²⁵ Oftinger/Stark § 5 N 107 m.w.Nw..

¹²⁶ Oftinger/Stark § 6 N 45.

einem fremdverschuldeten Unfall zur Abwendung weitergehenden Schadens, die Umschulung, wenn die Ausübung des ursprünglichen Berufes durch den Unfall nicht mehr möglich ist oder die Miete eines Ersatzfahrzeuges anstatt der Benützung des teureren Taxis genannt werden¹²⁷.

3. Verletzungsrechtsfolge

Die Verletzungsrechtsfolge der hier behandelten Regelung drückt sich in der Berechnung des Schadenersatzes aus. Der Geschädigte hat für die durch die Missachtung von Art. 44 Abs. 1 OR verursachte Schadensvergrößerung selbst einzustehen. Der eingeklagte Schadenersatzanspruch des Geschädigten wird dabei durch den Richter im Urteil auf das Mass reduziert, als Schaden bei gehöriger Beachtung der Verhaltensanforderung entstanden wäre (vgl. Art. 44 Abs. 1 OR)¹²⁸.

4. Interessenlage

Die hier behandelte Verhaltensanforderung liegt im Interesse beider Parteien. Der Geschädigte hat i.d.R. ein Interesse daran, dass der Schaden gering gehalten wird, einerseits weil er unmittelbar betroffen ist, andererseits weil bei Zunahme der Höhe des Schadenersatzanspruches auch das Risiko steigt, dass sein Anspruch nicht vollstreckt werden kann. Das Interesse des Schädigers wird dadurch gewahrt, dass die hier behandelte Regelung auf die Höhe dessen Schadenersatzpflicht begrenzend wirkt, indem sie den Bereich der Schadenminderung bzw. Schadenabwendung in die Risikosphäre des Geschädigten stellt. Bei Art. 44 Abs. 1 OR kann somit von einer gespaltenen Interessenlage ausgegangen werden.

5. Zweckcharakter

Die Tatbestand-Rechtsfolge-Relation ist zweckbestimmt. Dies ergibt sich schon daraus, dass die Verletzung der hier behandelten Regelung teilweise unter dem Begriff des Selbstverschuldens behandelt wird. Die gesetzliche Lenkung des Geschädigten zur Beachtung der Verhaltensanforderung ergibt sich aber insbesondere durch die Androhung des Rechtsnachteils, der Kürzung seines Schadenersatzanspruches. Weiter liegt die Beachtung der Verhaltensanforderung auch im Interesse des Schädigers, da in diesem Fall Umstände und

¹²⁷ Vgl. Oftinger/Stark § 7 N 32; Rey N 403.

¹²⁸ Zudem vgl. auch Rey N 402 m.w.Nw..

allfällige Prozesse bezüglich der Frage der Schadenvergrößerung von vornherein verhindert werden können. Zweck der hier behandelten Regelung ist offensichtlich die Vermeidung unnötigen Schadens, welcher niemandem zum Vorteil ist.

6. Rechtsgeschäftsähnlicher Charakter

Voraussetzung für die Auslösung der Verletzungsrechtsfolgen von Art. 44 Abs. 1 OR ist nach der Lehre das Vorliegen der Urteilsfähigkeit des Geschädigten¹²⁹. Dies ist insofern systematisch richtig, da für die Deliktsfähigkeit und auch das Verschulden bei der Vertragsverletzung ebenfalls nur die Urteilsfähigkeit, aber nicht die volle Handlungsfähigkeit vorausgesetzt wird (vgl. Art. 19 Abs. 3 ZGB). Ein rechtsgeschäftlicher Charakter der hier behandelten Verhaltensanforderung ist aus diesem Grund zu verneinen. Bei der Schadenminderungsobliegenheit handelt es sich zudem auch nur um eine generelle Verhaltensanweisung, im Rahmen derer die notwendigen Handlungen oder Unterlassungen vorzunehmen sind. Diese können dann je nach Einzelfall rechtsgeschäftlichen oder nicht rechtsgeschäftlichen Charakter haben.

Zu beachten ist jedoch, dass die Verletzung der Schadenminderungsobliegenheit direkte rechtliche Wirkung hat, indem der Schadenersatzanspruch des Geschädigten reduziert wird, wofür ausnahmsweise als persönliche Voraussetzung des Schädigers nur die Urteilsfähigkeit erforderlich ist. Es kann somit festgehalten werden, dass sich Art. 44 Abs. 1 OR bezüglich des Abgrenzungskriteriums von Wieling¹³⁰ ähnlich wie die vorhergehend behandelten Regelungen verhält, wobei der Unterschied bei der Voraussetzung der Mündigkeit liegt (vgl. Art. 14 ZGB), welche für die Missachtung der Verhaltensanforderung von Art. 44 Abs. 1 OR nicht notwendig ist.

Für die Abgrenzung zu den Lasten (i.e.S.) ist m.E. die Voraussetzung des alleinigen Vorliegens der Urteilsfähigkeit für die Auslösung der Verletzungsrechtsfolgen vergleichbar gut geeignet wie die Handlungsfähigkeit, da diese ebenfalls ein wesentliches persönliches Merkmal darstellt, welches bei den Lasten (i.e.S.) für die Auslösung der Rechtsfolgen nicht erforderlich ist. Das von Wieling entwickelte Abgrenzungskriterium wird deshalb auf den hier behandelten Fall erweitert. Bezüglich der Bezeichnung ist festzuhalten, dass bei der Verhaltensanforderung von Art. 44 Abs. 1 OR in der Folge von deren rechtsgeschäftsähnlichem Charakter gesprochen werden wird.

¹²⁹ Otfinger/Stark § 6 N 45; Rey N 406 und N 811.

¹³⁰ Vgl. § 6 C. II. 2. oder Wieling in ACP 176 (1976) S. 354.

7. Qualifikation der Verhaltensanforderung als Obliegenheit

Die Verhaltensanforderung zur Schadenminderung und Schadenabwendung wird von der Lehre als Obliegenheit qualifiziert¹³¹. Dem ist soweit zuzustimmen, als dass bei der Verhaltensanforderung gemäss Art. 44 Abs. 1 OR kein Anspruch auf Erfüllung besteht, der u.U. sogar klageweise durchgesetzt werden könnte. Die Verhaltensanforderung muss somit nicht beachtet werden. Zudem ist bei Missachtung der Norm kein Schadenersatzanspruch, sondern ein anderer Rechtsnachteil in Aussicht gestellt, nämlich die Minderung des eingeklagten Schadenersatzanspruches durch den Richter. Bezüglich der Abgrenzung von den Lasten und Pflichten kann festgehalten werden, dass nach den behandelten Kriterien der Interessenlage, des Zweckcharakters und des rechtsgeschäftlichen bzw. rechtsgeschäftsähnlichen Charakters der Verhaltensanforderung sowohl eine Qualifikation als Last (i.w.S.) nach Wieling¹³² als auch eine Qualifikation als Pflicht minderen Grades¹³³ möglich ist.

8. Anrechnung des Verschuldens von Hilfspersonen

Bei der Schadenminderungsobliegenheit wird das Verschulden der Hilfspersonen des Geschädigten gemäss der Judikatur und der Lehre nach Art. 55 Abs. 1 OR bzw. Art. 101 Abs. 1 OR analog behandelt¹³⁴.¹³⁵ Der Geschädigte hat in diesem Fall i.d.R. die Möglichkeit, auf die Hilfsperson vertraglich Rückgriff zu nehmen, oder wenn dies nicht möglich ist, da kein Vertrag vorliegt, im Rahmen der unerlaubten Handlung gemäss Art. 55 Abs. 2 OR.

II. Verneinung einer Obliegenheit des Gläubigers zur Annahme einer Teilzahlung (Art. 69 Abs. 1 OR)

Gemäss Art. 69 Abs. 1 OR braucht der Gläubiger eine Teilzahlung nicht anzunehmen, wenn die gesamte Schuld feststeht und fällig ist. Verweigert der Gläubiger die Annahme der Teilzahlung, gerät er dadurch auch nicht in Gläubigerverzug im Sinn von Art. 91 ff. OR. Es gibt somit weder eine Obliegenheit noch eine Pflicht zur Annahme einer Teilzahlung.

¹³¹ Oftinger/Stark § 6, Fn. 54; Kramer in BernerKomm N 114 zu Allgemeine Einleitung in das schweizerische OR; Schnyder in BaslerKomm N 8 zu Art. 44; Gauch/Schluop/Schmid/Rey N 101; Schwenger 16.04; von Tuhr/Peter S. 12; vgl. auch BGE 69 II 414, wo beim Selbstverschulden von einem Verschulden gegen sich selbst ausgegangen wird.

¹³² Vgl. § 6 C. II. oder Wieling in ACP 176 (1976) S. 354.

¹³³ Vgl. § 5 B. oder R. Schmidt S. 104 und S. 315 f..

¹³⁴ BGE 95 II 53 ff., BGE 99 II 199; Rey N 405; Oftinger/Stark § 5 N 154, § 6 N 47, § 7 N 28; Merz in SPR/VI S. 226 f..

¹³⁵ Für die allgemeine Verantwortlichkeit des Obliegenheitsbelasteten für Hilfspersonen siehe § 18.

III. Die Obliegenheiten zur Annahme von Geldzeichen in Landeswährung (Art. 84 OR)

Lautet die Schuld auf Landeswährung, so hat der Gläubiger gemäss Art. 84 Abs. 1 OR die Zahlung in Landeswährung anzunehmen. Nimmt der Gläubiger die Zahlung in Landeswährung nicht an, gerät er in Gläubigerverzug¹³⁶. Art. 84 Abs. 1 OR stellt somit eine Mitwirkungsobliegenheit dar, deren Missachtung die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs gemäss Art. 91 ff. OR auslöst¹³⁷.

Art. 84 Abs. 2 OR regelt den Fall, wenn die Schuld grundsätzlich auf eine Auslandswährung lautet, auf deren Schuldurkunde jedoch weder das Wort "effektiv" noch ein ähnlicher Zusatz verwendet wird. Bei Vorliegen dieser Konstellation kann die geschuldete Summe nach ihrem Wert zur Verfallzeit auch in Landeswährung gezahlt werden, da in Art. 84 Abs. 2 OR eine gesetzliche Alternativermächtigung des Schuldners zur Zahlung in Landeswährung vorgesehen ist¹³⁸. Der Gläubiger hat in diesem Fall die Zahlung auch in Landeswährung anzunehmen. Verweigert der Gläubiger die Annahme der Zahlung in Landeswährung, gerät er in Gläubigerverzug¹³⁹. Die genannte Verhaltensanforderung stellt somit eine Mitwirkungsobliegenheit des Gläubigers dar.

IV. Die Obliegenheit zur Annahme von Geldzeichen in Auslandswährung (Art. 84 Abs. 2 OR)

Sofern die Schuld auf eine Auslandswährung lautet, und die Auslandswährung durch den Gebrauch des Wortes "effektiv" oder einen ähnlichen Zusatz zusätzlich bestätigt wird, kann die Schuld gemäss Art. 84 Abs. 2 OR im Gegensatz zum soeben behandelten Fall nur in der genannten Auslandswährung erfüllt werden¹⁴⁰. Dem Gläubiger ist somit die Mitwirkungsobliegenheit auferlegt, die gehörig angebotene Leistung in Auslandswährung anzunehmen. Verweigert der Gläubiger die Annahme, gerät er in Gläubigerverzug¹⁴¹.

V. Die Obliegenheit zur Ausstellung einer Quittung (Art. 88 Abs. 1 OR)

Gemäss Art. 88 Abs. 1 OR hat der Gläubiger dem zahlenden Schuldner für den entsprechenden Betrag auf sein Verlangen eine Quittung auszustellen. Bei Verweigerung der Aus-

¹³⁶ Schraner in ZürcherKomm N 160 f. zu Art. 84 OR; Gauch/Schluop/Schmid/Rey N 2332 f..

¹³⁷ Für den Gläubigerverzug siehe § 8 B. IX..

¹³⁸ Statt vieler Gauch/Schluop/Schmid/Rey N 2344.

¹³⁹ Für den Gläubigerverzug siehe § 8 B. IX..

¹⁴⁰ Statt vieler Gauch/Schluop/Schmid/Rey N 2347 f..

¹⁴¹ Für den Gläubigerverzug siehe § 8 B. IX..

stellung der Quittung durch den Gläubiger kann der Schuldner zur Durchsetzung dieser Verhaltensanforderung seine Leistung nach dem Grundsatz Zug um Zug zurückbehalten, ohne dass er in Schuldnerverzug gerät¹⁴². Das Zurückbehaltungsrecht ergibt sich in diesem Fall nicht aus Art. 82 OR, sondern aus der Natur der Sache. Der Gläubiger gerät andererseits durch die Verweigerung in Gläubigerverzug^{143, 144}. Die Verhaltensanforderung zur Ausstellung einer Quittung stellt somit ebenfalls eine Mitwirkungsobliegenheit des Gläubigers dar¹⁴⁵.

VI. Die Obliegenheit zur Rückgabe oder Entkräftung des Schuldscheins (Art. 88 Abs. 1 OR)

Dem Gläubiger obliegt es gemäss Art. 88 Abs. 1 OR weiter bei vollständiger Tilgung der Schuld auf Verlangen des Schuldners, den Schuldschein dem Schuldner zurückzugeben oder diesen zu entkräften. Kommt der Gläubiger dem Verlangen nicht nach, steht dem Schuldner ebenfalls das Zurückbehaltungsrecht zu, ohne gleichzeitig in Schuldnerverzug zu fallen¹⁴⁶. Der Gläubiger andererseits gerät bei Verweigerung der Rückgabe oder Entkräftung in Gläubigerverzug^{147, 148}. Die Verhaltensanforderung zur Rückgabe oder Entkräftung des Schuldscheins stellt somit eine Mitwirkungsobliegenheit des Gläubigers dar¹⁴⁹.

VII. Die Obliegenheit zur Vormerkung auf dem Schuldschein (Art. 88 Abs. 2 OR)

Ist die Zahlung keine vollständige oder sind in dem Schuldschein auch andere Rechte des Gläubigers beurkundet, so kann der Schuldner gemäss Art. 88 Abs. 2 OR ausser der Quittung nur die Vormerkung auf dem Schuldschein verlangen. Verweigert der Gläubiger die Vormerkung, so kann der Schuldner seine Leistung wiederum zurückbehalten, ohne dass er in Schuldnerverzug gerät¹⁵⁰. Der Gläubiger andererseits gerät durch seine Weigerung in Gläubigerverzug¹⁵¹. Die Verhaltensanforderung zur Vormerkung der geleisteten Zahlung auf dem Schuldschein stellt somit ebenfalls eine Mitwirkungsobliegenheit des Gläubigers dar.

¹⁴² Von Tuhr/Escher S. 34, Fn. 22.

¹⁴³ Weber in BernerKomm N 46 zu Art. 88 OR; Schraner in ZürcherKomm N 67 zu Art. 88 OR.

¹⁴⁴ Für den Gläubigerverzug siehe § 8 B. IX..

¹⁴⁵ Vgl. Gauch/Schluemp/Schmid/Rey N 2467.

¹⁴⁶ Von Tuhr/Escher S. 34, Fn. 22.

¹⁴⁷ Weber in BernerKomm N 76 zu Art. 88 OR; Schraner in ZürcherKomm N 87 zu Art. 88 OR.

¹⁴⁸ Für den Gläubigerverzug siehe § 8 B. IX..

¹⁴⁹ Vgl. Gauch/Schluemp/Schmid/Rey N 2451, N 2487.

¹⁵⁰ Von Tuhr/Escher S. 34, Fn. 22.

¹⁵¹ Für den Gläubigerverzug siehe § 8 B. IX..

VIII. Die Obliegenheit zur Erklärung der Entkräftung des Schuldscheins und zur Tilgung der Schuld (Art. 90 OR)

Behauptet der Gläubiger, es sei der Schuldschein abhanden gekommen, so kann der Schuldner gemäss Art. 90 Abs. 1 OR bei der Zahlung fordern, dass der Gläubiger die Entkräftung des Schuldscheins und die Tilgung der Schuld in einer öffentlichen oder beglaubigten Urkunde erklärt. Die Bestimmungen über die Kraftloserklärung von Wertpapieren sind dabei vorbehalten (Art. 90 Abs. 2 OR). Verweigert der Gläubiger die Erklärung der Entkräftung des Schuldscheins und der Tilgung der Schuld in der vorgesehenen Form, kann der Schuldner seine Leistung zurückbehalten, ohne dass er in Schuldnerverzug gerät¹⁵². Der Gläubiger gerät andererseits dadurch in Gläubigerverzug^{153, 154}. In der Verhaltensanforderung von Art. 90 Abs. 1 OR ist somit ebenfalls eine Mitwirkungsobliegenheit des Gläubigers zu sehen.

IX. Die Mitwirkungsobliegenheiten des Gläubigers zur Verhinderung des Gläubigerverzugs (Art. 91 ff. OR)

1. Art. 91 - 96 OR als dispositives Recht

Sowohl die Rechtsnormen über die Voraussetzungen als auch die Wirkungen des Gläubigerverzugs sind dispositiver Natur¹⁵⁵. Die Voraussetzungen und die Wirkungen des Gläubigerverzugs können somit vertraglich abgeändert werden. Als Folge dessen können auch die in Art. 91 OR vorgesehenen Obliegenheiten sowohl verschärft, als auch gemildert werden.

2. Tatbestand

a) Voraussetzung der gehörig angebotenen Leistung

Voraussetzung für die Entstehung der in Art. 91 OR normierten Verhaltensanforderungen des Gläubigers bildet das gehörige Angebot der Leistung durch den Schuldner. Dazu muss der Schuldner insbesondere leistungsbereit sein und den Gläubiger zur Annahme der Leistung auffordern¹⁵⁶. Das Angebot muss i.d.R. tatsächlich erfolgen (Realoblation), d.h. der Schuldner muss faktisch alles vorgenommen haben, so dass zur Perfektion der Erfüllung nur noch die

¹⁵² Von Tuhr/Escher S. 34, Fn. 22.

¹⁵³ Schraner in ZürcherKomm N 54 zu Art. 90 OR.

¹⁵⁴ Für den Gläubigerverzug siehe § 8 B. IX..

¹⁵⁵ Schraner in ZürcherKomm N 6 zu Art. 91 OR; Weber in BernerKomm N 10 zu Art. 91 OR; Bernet in BalslerKomm N 9 zu Vorbemerkungen zu Art. 91-96 OR.

¹⁵⁶ Bernet in BaslerKomm N 4 zu Art. 91 OR m.w.Nw..

Mitwirkung des Gläubigers fehlt. Bei Holschulden und antizipierter Annahmeverweigerung genügt jedoch ein wörtliches Angebot (Verbaloblation).

b) Die Obliegenheiten zur Verhinderung des Gläubigerverzugs

Gemäss Art. 91 OR kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die Annahme der gehörig angebotenen Leistung oder die Vornahme der ihm obliegenden Vorbereitungshandlungen, ohne die der Schuldner zu erfüllen nicht imstande ist, ungerechtfertigt verweigert. Im Rahmen dieses Tatbestandes können drei verschiedene Verhaltensanforderungen unterschieden werden, die je nach konkretem Fall beachtet werden müssen, damit der Gläubiger nicht in Annahmeverzug gerät. Dabei handelt es sich um die Obliegenheit zur Vornahme der notwendigen Mitwirkungshandlungen, die Obliegenheit zur Vornahme der mit der Leistungserbringung im Zusammenhang stehenden Begleithandlungen sowie die Obliegenheit zur Vornahme der notwendigen Vorbereitungshandlungen. Im folgenden werden die genannten Obliegenheiten dargestellt. Zu allen drei Obliegenheiten kann jedoch schon an dieser Stelle ausgeführt werden, dass für die Auslösung der Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs letztere nicht ausdrücklich missachtet werden müssen, sondern die Missachtung vielmehr auch konkludent aus den Umständen hervorgehen oder sogar stillschweigend erfolgen kann¹⁵⁷.

aa) Die Obliegenheit zur Vornahme der notwendigen Mitwirkungshandlungen

Bei der Obliegenheit zur Vornahme der notwendigen Mitwirkungshandlungen, dem eigentlichen Annahmetatbestand, hat der Gläubiger die notwendige Mitwirkung in geeigneter Form zu erbringen, so dass der Schuldner nach gehörigem Angebot dessen Forderung erfüllen kann. In der Lehre werden im wesentlichen folgende Beispiele für die Verletzung dieser Verhaltensanforderung genannt¹⁵⁸:

- Grundsätzliches Zurückweisen der angebotenen Leistung (bei der Bringschuld), insbesondere aus subjektiven Gründen;
- Das Nichtabholen der vertragsgemäss bereitgestellten Leistung trotz Aufforderung bei der Holschuld;
- Die Verunmöglichung der Erbringung der Arbeitsleistung auf irgendeine Weise;
- Das Verlangen bloss eines Teilbetrages trotz Fälligkeit der gesamten Schuld und darauf das Zurückweisen des angebotenen gesamten Betrages.

¹⁵⁷ Bernet in BaslerKomm N 8 zu Art. 91 OR.

¹⁵⁸ Schraner in ZürcherKomm N 114 zu Art. 91 OR; Weber in BernerKomm N 148 zu Art. 91 OR; Bernet in BaslerKomm N 11 zu Art. 91 OR.

bb) Die Obliegenheit zur Vornahme der mit der Leistungserbringung im Zusammenhang stehenden Begleithandlungen¹⁵⁹

Bei der Obliegenheit zur Vornahme der Begleithandlungen hat der Gläubiger die teilweise im Gesetz vorgesehenen, mit der Leistungserbringung im Zusammenhang stehenden Begleithandlungen vorzunehmen. In der Lehre werden im wesentlichen folgende Beispiele als Begleithandlungen genannt¹⁶⁰:

- Die Ausstellung einer Quittung (Art. 88 Abs. 1 OR);
- Die Rückgabe des Schuldscheins bei gehöriger Leistungserbringung, falls die Schuld verurkundet ist (Art. 88 Abs. 1 OR);
- Die Vormerkung auf dem Schuldschein (Art. 88 Abs. 2 OR);
- Die Entkräftung des Schuldscheins und die Tilgung der Schuld bei behauptetem Verlust des Schuldscheins in einer öffentlichen oder beglaubigten Urkunde (Art. 90 Abs. 1 OR);
- Die Vorlegung der Vollmacht des Vertreters, welcher zur Entgegennahme der Zahlung ermächtigt ist;
- Die Vorlegung des Ausweises über die Gläubigereigenschaft (insbesondere der Abtretungsurkunde bei der Abtretung gemäss Art. 165 Abs. 1 OR und des Erbscheins im Fall einer Erbschaft gemäss Art. 559 Abs. 1 ZGB);
- Die Herausgabe von Urkunden und Belegen, die im Zusammenhang mit der Forderung stehen;
- Die Herausgabe von Pfändern und anderen Sicherheiten.

cc) Die Obliegenheit zur Vornahme der notwendigen Vorbereitungshandlungen

Bei der Obliegenheit zur Vornahme der notwendigen Vorbereitungshandlungen hat der Gläubiger die für die Leistungserbringung durch den Schuldner notwendigen Vorbereitungshandlungen zu erbringen, ohne die der Schuldner nach gehörig angebotener Leistung nicht im Stand ist, zu erfüllen. In der Lehre werden im wesentlichen folgende Beispiele als notwendige Vorbereitungshandlungen genannt¹⁶¹:

- Die Übergabe der Akten an den Anwalt, der einen Prozess einleiten soll;
- Die Vorarbeiten bei Bauarbeiten, so dass die Handwerker die Anschlussarbeiten ausführen können;
- Die Auswahl des zu verwendenden Stoffes;
- Die Auswahl des Designs;
- Die Zurverfügungstellung von Arbeitsräumen, Geräten und Material;
- Die gemeinsame Ausmessung der Warenlieferung;
- Die Zurverfügungstellung des Verpackungsmaterials;
- Die Erteilung von Weisungen zur Versendung der Ware;
- Die Erteilung von Weisungen zur Fabrikation;
- Die Erteilung von Weisungen, wie der Schuldner bei Arbeits- und Werkverträgen seine Arbeit vorzunehmen hat (vgl. Art. 327 OR);
- Die Lieferung der Pläne;

¹⁵⁹ Für einen Teil der Begleithandlungen siehe auch § 8 B. III. ff..

¹⁶⁰ Schraner in ZürcherKomm N 124 zu Art. 91 OR; Weber in BernerKomm N 154 zu Art. 91 OR; Bernet in BalslerKomm N 12 zu Art. 91 OR.

¹⁶¹ Schraner in ZürcherKomm N 121 zu Art. 91 OR; Weber in BernerKomm N 151 zu Art. 91 OR; Bernet in BalslerKomm N 10 zu Art. 91 OR.

- Die Bestimmung der Leistung beim Spezifikationskauf;
- Die Vornahme der Wahl bei der Wahlobligation.

c) Das Tatbestandselement der "ungerechtfertigten" Annahmeverweigerung

Zusätzliche Voraussetzung für die Auslösung des Gläubigerverzugs und dessen Rechtsfolgen ist, dass die Verweigerung der Annahme der gehörig angebotenen Leistung bzw. die Nichtvornahme der Begleithandlungen oder die Nichtvornahme der notwendigen Vorbereitungs-handlungen "ungerechtfertigterweise" erfolgt. Nach der nahezu einheitlichen Lehre ist die Annahmeverweigerung dann ungerechtfertigt und führt folglich zum Gläubigerverzug, wenn der Gläubiger für die Annahmeverweigerung keine objektiven Gründe geltend machen kann¹⁶². Ein Verschulden des Gläubigers ist aber nicht Voraussetzung für den Eintritt des Gläubigerverzugs. Der Schuldner hat nämlich Gefahren aus der Sphäre des Gläubigers wie Krankheiten, Unfall, Notfall oder den Verlust der Handlungsfähigkeit, da diese keine objektiven Gründe bilden, nicht zu tragen¹⁶³.

3. Der "Gläubigerverzug i.w.S." gemäss Art. 96 OR

In Art. 96 OR, der Rechtsnorm, welche den Gläubigerverzug i.w.S. regelt, werden zwei weitere Tatbestände bestimmt, welche die Rechtsfolgen des Gläubigerverzuges auslösen können¹⁶⁴. Einerseits handelt es sich um den Fall, dass die Leistung "aus einem anderen in der Person des Gläubigers liegenden Grund" nicht erbracht werden kann, worunter die Sachverhalte fallen, bei welchen der Gläubiger nicht annehmen kann, auch wenn er annehmen will. Dies trifft beispielsweise zu, wenn der Aufenthaltsort des Gläubigers unbekannt ist oder der Gläubiger urteilsunfähig ist, keinen Vertreter hat und deshalb die Leistung des Schuldners rechtsgültig nicht entgegennehmen kann. Andererseits fallen diejenigen Sachverhalte unter Art. 96 OR, bei welchen seitens des Schuldners Ungewissheit über die Person des Gläubigers besteht.

¹⁶² Schraner in ZürcherKomm N 125 zu Art. 91 OR; Weber in BernerKomm N 155 zu Art. 91 OR; Bernet in BaslerKomm N 13 zu Art. 91 OR; Gauch/Schluep/Schmid/Rey N 2454; Bucher AT S. 321; von Tuhr/Escher S. 72.

¹⁶³ Schraner in ZürcherKomm N 125 zu Art. 91 OR; Bucher in BernerKomm N 106 zu Art. 17/18 ZGB; Gauch/Schluep/Schmid/Rey N 2455.

¹⁶⁴ Statt vieler vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Rey N 3204 ff..

4. Verletzungsrechtsfolgen

Die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs sind in den Artikeln 92 - 95 OR geregelt. Je nach Gegenstand und Beschaffenheit der Leistung stehen dem Schuldner verschiedene Ansprüche zur Verfügung.

a) Das Recht zur Hinterlegung (Art. 92 OR)

Ist eine Sachleistung geschuldet, worunter an dieser Stelle auch Geldschulden zu zählen sind, steht dem Schuldner im Fall des Gläubigerverzugs das Recht zur Hinterlegung gemäss Art. 92 OR durch den Abschluss eines Hinterlegungsvertrages im Sinn von Art. 472 ff. OR zu¹⁶⁵. Eine Pflicht besteht dazu jedoch nicht¹⁶⁶. Dementsprechend gerät der Schuldner auch nicht in Verzug, wenn er dieses Recht nicht ausübt. Zu hinterlegen ist die geschuldete Sache am Ort, welcher durch den Richter am Erfüllungsort bestimmt wird (Art. 92 Abs. 2, 1. Halbsatz OR). Waren können zudem ohne richterliche Ermächtigung in einem Lagerhaus hinterlegt werden (Art. 92 Abs. 2, 2. Halbsatz OR). Die Hinterlegung bewirkt die Befreiung des Schuldners (Art. 92 Abs. 1 OR). Die Gefahr geht dadurch auf den Gläubiger über, und dieser hat auch die Hinterlegungskosten zu tragen (Art. 92 Abs. 1 OR).

Für den Schuldner besteht zudem die vorteilhafte Möglichkeit, mit der Hinterlegungsstelle zu vereinbaren, dass der Herausgabeanspruch des Gläubigers von der Bezahlung der dem Schuldner entstandenen Aufwendungen (allfällige Anrufung des Richters) und den vorweg bezahlten Hinterlegungskosten abhängig gemacht wird¹⁶⁷. Gemäss der Lehre dürfte dies im Regelfall sogar als stillschweigend vereinbart gelten. Nimmt der Gläubiger die Leistung nach Abschluss des Hinterlegungsvertrages an, so wird er neuer Schuldner der Hinterlegungsstelle für die entstandenen Hinterlegungskosten¹⁶⁸. Umstritten ist, ob der Schuldner in diesem Fall neben dem Gläubiger solidarisch oder bloss subsidiär haftet¹⁶⁹. Die Hinterlegung gemäss Art. 92 OR kann somit mittelbar auch die Begründung von Ansprüchen gegen den Gläubiger zur Folge haben, einerseits den Anspruch der Hinterlegungsstelle auf Bezahlung der Hinterlegungskosten, andererseits den Anspruch des Schuldners auf Bezahlung der durch den Gläubigerverzug verursachten Aufwendungen.

¹⁶⁵ Bernet in BaslerKomm N 1 zu Art. 92 OR; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey N 3179 ff..

¹⁶⁶ BGE 82 II 466.

¹⁶⁷ Bernet in BaslerKomm N 6 zu Art. 92 OR; Schraner in ZürcherKomm N 96 zu Art. 92 OR; von Tuhr/Escher S. 79.

¹⁶⁸ Bernet in BaslerKomm N 9 zu Art. 92 OR.

¹⁶⁹ Becker in BernerKomm N 13 zu Art. 92/94 OR geht von solidarischer Haftung aus. Weber in BernerKomm N 136 zu Art. 92 OR und von Tuhr/Escher S. 79 gehen von subsidiärer Haftung aus.

Zur Hinterlegung ist abschliessend festzuhalten, dass dem Schuldner das Recht zusteht, die hinterlegte Sache wieder zurückzunehmen, sofern der Gläubiger die Annahme noch nicht erklärt hat oder nicht infolge der Hinterlegung ein Pfandrecht aufgehoben wurde (Art. 94 Abs. 1 OR). Mit dem Zeitpunkt der Rücknahme tritt die Forderung mit allen Nebenrechten wieder in Kraft (Art. 94 Abs. 2 OR).

b) Das Recht zum Selbsthilfeverkauf (Art. 93 OR)

Der Schuldner einer Sachleistung darf gemäss Art. 93 Abs. 1 OR einen öffentlichen Selbsthilfeverkauf tätigen, falls "nach der Beschaffenheit der Sache oder nach der Art des Geschäftsbetriebes eine Hinterlegung nicht tunlich" oder "die Sache dem Verderben ausgesetzt ist" oder "Unterhaltungs- oder erhebliche Aufbewahrungskosten" verursacht. Eine Pflicht zum Selbsthilfeverkauf besteht i.d.R. nicht¹⁷⁰. Eine Ausnahme liegt dann vor, wenn die Unterlassung des Selbsthilfeverkaufs den Gläubiger voraussichtlich erheblich schädigen wird, und dies vorauszusehen ist¹⁷¹. Die weiteren Voraussetzungen für den Selbsthilfeverkauf sind die vorgängige Androhung und die Bewilligung durch den Richter¹⁷². Die Aushändigung des Erlöses an den Gläubiger oder dessen Hinterlegung nach Art. 92 OR befreien den Schuldner¹⁷³. Hat der Schuldner selbst eine Geldforderung gegen den Gläubiger, kann er diese mit dem Anspruch des Gläubigers auf Aushändigung des Erlöses verrechnen.

c) Das Recht zum Rücktritt vom Vertrag (Art. 95 OR)

Bei Nichtsachleistungen, wobei Leistungen auf ein Tun (Dienstleistungen) oder ein Unterlassen zu verstehen sind¹⁷⁴, kann der Schuldner gemäss Art. 95 OR "beim Verzug des Gläubigers nach den Bestimmungen über den Verzug des Schuldners vom Vertrag zurücktreten". Diese Regel steht analog auch dem Schuldner von Sachleistungen zu, wenn der Gläubiger, insbesondere weil er die Gegenleistung nicht erbringen möchte, sein Wahlrecht gemäss Art. 72 OR nicht ausübt, und deshalb nicht feststeht, welche von mehreren möglichen

¹⁷⁰ Vgl. BGE 115 II 451 f..

¹⁷¹ Dazu wird weiter ausgeführt, dass sich eine solche Pflicht aus Treu und Glauben oder unmittelbar aus dem Vertragsverhältnis ergeben kann, aber voraussetzt, dass die Unterlassung des Selbsthilfeverkaufs einem Rechtsmissbrauch gleichkommt.

¹⁷² Im Fall dass die Sache einen Börsen- oder Marktpreis hat oder sie im Verhältnis zu den Kosten von geringem Wert ist, braucht der Verkauf kein öffentlich zu sein und kann vom Richter auch ohne vorgängige Androhung gestattet werden (Art. 93 Abs. 2 OR).

¹⁷³ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey N 3188; Bucher AT S. 324.

¹⁷⁴ Weber in BernerKomm N 6 ff. zu Art. 95 OR.

Leistungen tatsächlich geschuldet ist¹⁷⁵. Das Gleiche gilt bei unterlassener Spezifikation im Fall des Spezifikationskaufs.

Umstritten ist in der Lehre, ob neben dem Rücktritt auch Schadenersatz im Sinn des negativen Interesses von Art. 109 Abs. 2 OR geltend gemacht werden kann¹⁷⁶. Diese Fragestellung ist bezüglich einer allfälligen Qualifikation dieses Tatbestandes als Obliegenheit erstaunlich, da i.d.R. davon ausgegangen wird, dass beim Vorhandensein der Sanktionsfolge des Schadenersatzes der jeweilige Tatbestand als Pflicht (Obligation) zu qualifizieren ist¹⁷⁷, und dass das Fehlen des Schadenersatzanspruches als Sanktionsfolge eines der Merkmale der Obliegenheit in Abgrenzung zur Pflicht bildet¹⁷⁸. Festgehalten werden muss dazu, dass für die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches im Fall des Rücktritts nach Art. 95 OR von der Lehre eine schuldhafte Annahmeverweigerung vorausgesetzt wird¹⁷⁹. Dem ist selbstverständlich zuzustimmen, handelt es sich doch bei Art. 95 OR um einen Verweis und bei Art. 109 Abs. 2 OR um eine Verschuldenshaftung. Definiert man die Pflicht im übrigen rein positivistisch nur über deren Rechtsfolgen, muss ehrlicherweise bei den Verhaltensanforderungen von Art. 91 OR i.V.m. Art. 95 OR auch von Pflichten ausgegangen werden. Anders beurteilt Koller die Struktur der genannten Verhaltensanforderungen. Er geht nämlich richtigerweise davon aus, dass diese gleich wie alle anderen Obliegenheiten verletzt werden dürfen¹⁸⁰. Die Haftung knüpft dabei an erlaubtes Verhalten an wie der Schadenersatzanspruch der Gegenpartei im Fall des Notstandes nach Art. 52 Abs. 2 OR oder nach Art. 701 ZGB. Eine Qualifikation der Verhaltensanforderungen von Art. 91 OR i.V.m. Art. 95 OR als Pflichten kann aus diesem Grund ausgeschlossen werden. Vielmehr handelt es sich bei den an dieser Stelle besprochenen Verhaltensanforderungen um einen Ausnahmefall, bei welchem die Obliegenheitsverletzung ausnahmsweise auch einen Schadenersatzanspruch begründen kann¹⁸¹, was im Schweizerischen Recht eine Einzelercheinung darstellt. Zur ganzen Problematik kann abschliessend festgehalten werden, dass in der Praxis bei zweiseitigen

¹⁷⁵ BGE 110 II 148; Weber in BernerKomm N 12 zu Art. 95 OR; Gauch/Schluop/Schmid/Rey N 3191.

¹⁷⁶ Von der vornehmlich älteren Lehre wird dies verneint; vgl. Becker in BernerKomm N 1 zu Art. 95 OR; Oser/Schönenberger N 2 zu Art. 95 OR. In dieser Richtung wohl auch BGE 110 II 151 f.. Dagegen bejaht die neuere, wohl herrschende Lehre die Möglichkeit der Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches; vgl. Weber in BernerKomm N 17 zu Art. 95 OR; Schraner in ZürcherKomm N 18 zu Art. 95 OR; Bernet in BaslerKomm N 3 zu Art. 95 OR; Gauch/Schluop/Schmid/Rey N 3192 ff.; Guhl/Koller/Schnyder/Druey § 33 N 16; Bucher AT S. 326; Koller N 104.

¹⁷⁷ Vgl. bspw. Schmidt S. 314; Henss S. 95 f..

¹⁷⁸ Vgl. bspw. Schmidt S. 313 f.; Gauch/Schluop/Schmid/Rey N 102. Wohl als Einziger vertritt Koller die Ansicht, dass das Fehlen des Schadenersatzanspruches kein konstitutives Element der Obliegenheit darstellt; vgl. Koller N 104.

¹⁷⁹ Schraner in ZürcherKomm N 16 zu Art. 95 OR; Bernet in BaslerKomm N 3 zu Art. 95 OR; Gauch/Schluop/Schmid/Rey N 3195.

¹⁸⁰ Koller N 104.

¹⁸¹ Gauch/Schluop/Schmid/Rey N 3193.

Verträgen derjenige, welcher nicht annehmen will, i.d.R. auch nicht leisten will, wodurch gleichzeitig Schuldnerverzug vorliegt¹⁸². Dies berechtigt den Schuldner bekanntlich, direkt nach Art. 107 Abs. 2 OR vorzugehen. Die Anwendung von Art. 91 OR i.V.m. Art. 95 OR wird daher eher selten vorkommen, i.d.R. wohl nur wenn der Schuldner vorleistungspflichtig ist.

Betreffend Art. 95 OR ist weiter umstritten, ob "zurücktreten" eng, im Sinn eines einfachen Rücktrittsrechts oder untechnisch, im Sinn eines integralen Verweises auf das Wahlrecht von Art. 107 Abs. 2 OR zu verstehen ist, wodurch auch das positive Interesse geltend gemacht werden könnte. Übereinstimmend mit der Mehrheit der Lehre¹⁸³ ist m.E. der zweiten Variante zuzustimmen. Es macht wenig Sinn am engen Wortlaut streng festzuhalten, wenn inhaltlich adäquatere Möglichkeiten offenstehen. Mit einer extensiven Auslegung kann den Interessen jener Schuldner besser Rechnung getragen werden, die sich wegen der Natur der geschuldeten Leistung nicht anders befreien können¹⁸⁴, den Dienstleistungsschuldner. Als Analogie ist zu erwähnen, dass in Art. 214 Abs. 1 OR, bei welchem im Fall des Verzugs des Käufers auch nur von "Rücktritt" die Rede ist, gleich verfahren wird¹⁸⁵. Weiter ist der inhaltlich in die an dieser Stelle vertretene Richtung gehende Art. 378 OR im Werkvertragsrecht zu erwähnen, bei welchem der Unternehmer bei einem vom Besteller zu verantwortenden Zufall, der die Vollendung des Werkes verunmöglicht, ebenfalls Anspruch auf Vergütung der geleisteten Arbeit und der im Preis nicht inbegriffenen Auslagen hat. Als Folge der extensiven Auslegung von Art. 95 OR kann neben dem Rücktritt und der Geltendmachung des negativen Interesses (Art. 107 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 109 OR) auch auf die Erbringung der eigenen Leistung verzichtet und gleichzeitig das positive Interesse verlangt werden (Art. 107 Abs. 2 OR). Voraussetzung für beide Möglichkeiten ist die Ansetzung einer angemessenen Nachfrist gemäss Art. 107 Abs. 1 OR¹⁸⁶.

5. Interessenlage

Bei der hier behandelten Regelung liegt eine gespaltene Interessenlage vor. Gerät der Gläubiger in Annahmeverzug, ist dem Schuldner der Vorteil eingeräumt, sich im Rahmen von

¹⁸² Bernet in BaslerKomm N 3 zu Vorbemerkungen zu Art. 91 – 96 OR; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey N 3194; Bucher AT S. 318 f..

¹⁸³ Zustimmend Bucher AT S. 326; Guhl/Koller/Schnyder/Druey § 33 N 16; Keller/Schöbi S. 294; vgl. auch Gauch/Schluemp/Schmid/Rey N 3192, N 3195. Ablehnend dagegen Schraner in ZürcherKomm N 19 zu Art. 95 OR, der streng auf den Wortlaut abstellt.

¹⁸⁴ Gauch/Schluemp/Schmid/Rey N 3193.

¹⁸⁵ Statt vieler vgl. Koller in BaslerKomm N 2 zu Art. 214 OR.

¹⁸⁶ Es sind jedoch wie beim Schuldnerverzug die Ausnahmen von Art. 108 OR zu beachten.

Art. 92 - 95 OR durch Hinterlegung oder Verkauf befreien bzw. im Fall der Dienstleistungsschuld vom Vertrag zurücktreten zu können. Diese Regelung ist für den Schuldner gleichzeitig aber auch nachteilig, da die im Gesetz vorgesehenen Möglichkeiten teilweise mit Kosten verbunden sind. Diese hat er vorzuschliessen und trägt für sie auch das Insolvenzrisiko. Weiter sind die im Gesetz vorgesehenen Behelfe für den Schuldner mit persönlichem Aufwand verbunden, welcher i.d.R. nicht entschädigt wird. Die Regelung gemäss Art. 91 ff. OR liegt zweifellos aber auch im Interesse des Gläubigers. Sie kann generell als relativ gläubigerfreundlich angesehen werden. Missachtet der Gläubiger die ihm auferlegten Obliegenheiten, so sind die Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung für ihn relativ mild. Im Grossteil der Fälle kommt es nämlich zu einer Hinterlegung, bei welcher der Gläubiger nur die Hinterlegungskosten und die entstandenen Aufwendungen auf sich zu nehmen hat. Auch beim Selbsthilfeverkauf ist er relativ gut gestellt, da er dabei nur die allfällige Differenz des Erlöses zur Gegenleistung zu tragen hat. Der Rücktritt und dadurch ein allfälliger Schadenersatzanspruch der Gegenpartei ist zudem nur bei einem Anspruch auf eine Dienstleistung oder ein Unterlassen vorgesehen. Grundsätzlich muss festgehalten werden, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit gehabt hätte, die Rechtsfolgen im Fall des Gläubigerverzugs viel schärfer auszugestalten, insbesondere durch die Fiktion eines Verzichts auf die Leistung. Bezüglich Art. 91 ff. OR liegt somit eine gespaltene Interessenlage vor.

6. Zweckcharakter

Die Tatbestand-Rechtsfolge-Relation der Verhaltensanforderungen von Art. 91 OR ist zweckbestimmt. Durch die Androhung der Rechtsnachteile gemäss Art. 92 ff. OR wird der Gläubiger faktisch gezwungen, die Verhaltensanforderungen von Art. 91 OR zu beachten. Durch die gespaltene Interessenlage liegt die Beachtung der Verhaltensanforderungen auch im Interesse des Schuldners, da im Fall der Missachtung für diesen insbesondere Kosten und Umtriebe anfallen können. Zweck der Regelung ist ein Ausgleich zwischen dem Interesse des Schuldners auf Befreiung und dem Interesse des Gläubigers vor übermässiger Schädigung¹⁸⁷.

7. Kein rechtsgeschäftlicher Charakter

Gemäss Art. 91 OR tritt der Gläubigerverzug nur ein, wenn die Annahmeverweigerung nicht ungerechtfertigterweise erfolgt. Dies ist dann der Fall, wenn der Gläubiger für die Annahme-

¹⁸⁷ Vgl. auch Bernet in BaslerKomm N 1 ff. zu Vorbemerkungen zu Art. 91 - 96 OR.

verweigerung keine objektiven Gründe geltend machen kann¹⁸⁸. Die Folgen des Gläubigerverzugs können deswegen sogar bei Urteilsunfähigkeit des Gläubigers eintreten, da die Urteilsunfähigkeit keinen objektiven, sondern einen persönlichen Grund darstellt. Betreffend der Verhaltensanforderungen von Art. 91 OR liegt somit kein rechtsgeschäftlicher Charakter vor. Das Kriterium Wielings der Abgrenzung der Obliegenheiten von den Lasten (i.e.S.) über den nach ihm bei den Obliegenheiten vorhandenen rechtsgeschäftlichen Charakter, welcher bei den Lasten gänzlich fehlt¹⁸⁹, ist bei den hier behandelten Verhaltensanforderungen somit nicht anwendbar.

8. Qualifikation der Verhaltensanforderungen als Obliegenheiten

Die Verhaltensanforderungen von Art. 91 OR werden von der grossen Mehrheit der Lehre als Obliegenheiten qualifiziert¹⁹⁰. Dem ist soweit zuzustimmen, als dass bei den an dieser Stelle dargestellten Verhaltensanforderungen kein Anspruch auf Erfüllung besteht, der u.U. sogar klageweise durchgesetzt werden könnte. Die Verhaltensanforderungen müssen somit nicht beachtet werden. Auch bezüglich der Rechtsfolgen rechtfertigt sich die Qualifikation der Verhaltensanforderungen von Art. 91 OR als Obliegenheiten. Grundsätzlich ist als Rechtsfolge der Obliegenheitsverletzungen nämlich kein Schadenersatzanspruch, sondern sind andere Rechtsfolgen in Aussicht gestellt. Der Verweis auf das Rücktrittsrecht bei den Dienstleistungsschulden gemäss Art. 95 OR, wodurch auch ein mittelbarer Schadenersatzanspruch des Schuldners begründet werden kann (vgl. Art. 107 ff. OR)¹⁹¹, stellt zudem eine praktisch wenig relevante Ausnahme dar. Da die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, vermag diese Ausnahme die Qualifikation als Obliegenheiten nicht zu verhindern. Es liegen vielmehr Obliegenheiten mit einer Ausnahme vor. Bezüglich der Abgrenzung von den Lasten und Pflichten kann festgehalten werden, dass nach den behandelten Kriterien der Interessenlage, des Zweckcharakters und des rechtsgeschäftlichen Charakters der Obliegenheiten von Art. 91 OR nur eine Qualifikation als Pflichten minderen Grades¹⁹² möglich ist.

¹⁸⁸ Schraner in ZürcherKomm N 125 zu Art. 91 OR; Weber in BernerKomm N 155 zu Art. 91 OR; Bernet in BaslerKomm N 13 zu Art. 91 OR; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey N 2454; Bucher AT S. 321; von Tuhr/Escher S. 72.

¹⁸⁹ Vgl. § 6 C. II. 2. oder Wieling in ACP 176 (1976) S. 354.

¹⁹⁰ Weber in BernerKomm N 52 f. zu Art. 91 OR; Bernet in BaslerKomm N 2 zu Vorbemerkungen zu Art. 91-96 OR; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey N 2448; Schwenzler N 69.02; Koller N 104 f.; dagegen lehnt Schraner in ZürcherKomm N 25 zu Art. 91 OR den Begriff wohl allgemein und insbesondere beim Gläubigerverzug ab, da "es entweder Rechte oder Pflichten gibt; tertium non datur".

¹⁹¹ Dazu siehe § 8 B. IX. 4. c).

¹⁹² Vgl. § 5 B. oder R. Schmidt S. 104 und S. 315 f..

X. Die "Annahmepflicht" des Käufers gemäss Art. 211 OR als Obliegenheit oder echte Rechtspflicht ?

Gemäss Art. 211 Abs. 1 OR ist der Käufer verpflichtet, die vom Verkäufer vertragsgemäss angebotene Sache anzunehmen. Obwohl im Gesetzestext das Wort "verpflichtet" verwendet wird, ist umstritten, ob es sich bei der "Annahmepflicht" um eine Rechtspflicht oder eine Obliegenheit handelt. Auf den Wortlaut kann dabei nicht abgestellt werden, da dieser oft ungenau ist, denn auch bei anderen Verhaltensanforderungen ist festzustellen, dass der Gesetzestext auf eine Pflicht hindeutet, jedoch tatsächlich eine Obliegenheit vorliegt¹⁹³. Weiter können auch die Materialien nicht herangezogen werden, da der Gesetzgeber zur Zeit des Erlasses des Obligationenrechts im Jahre 1911 noch gar nicht zwischen Pflicht und Obliegenheit unterschied¹⁹⁴. Ein Teil der Lehre geht von einer echten Rechtspflicht aus¹⁹⁵. Dies hat zur Folge, dass der Käufer bei Verweigerung der Annahme der Kaufsache nicht nur in Gläubigerverzug, sondern auch in Schuldnerverzug gerät, was wiederum zur direkten Auslösung der Rechtsfolgen von Art. 107 ff. OR führt. Diese Ansicht wird damit begründet, dass der Verkäufer neben der Kaufpreisforderung ein weiteres Interesse auf Abnahme der Kaufsache haben kann, welches beispielsweise bei einem Verkauf eines Hauses auf Abbruch oder eines Warenlagers auf Räumung vorliegt¹⁹⁶, wobei im letzteren Fall das besondere Interesse darin liegt, dass der Verkäufer den Lagerraum selbst termingerecht räumen muss, um nicht schadenersatzpflichtig zu werden. Der Ansicht, dass bei einem besonderen Interesse auf Abnahme der Kaufsache von einer echten Rechtspflicht auszugehen ist, kann somit grundsätzlich zugestimmt werden. Vorauszusetzen ist jedoch zusätzlich, dass der Käufer von diesem besonderen Interesse des Verkäufers bei Abschluss des Vertrages Kenntnis hatte, oder dieses zumindest objektiv erkennbar war¹⁹⁷. Ohne ein besonderes Interesse des Verkäufers an der Abnahme rechtfertigt sich aber m.E. bei Art. 211 Abs. 1 OR ein Abweichen von der Regelung von Art. 91 ff. OR nicht. Bei der Annahmepflicht von Art. 211 OR ist somit grundsätzlich von einer Obliegenheit auszugehen, deren Verletzung die Rechtsfolgen des

¹⁹³ Vgl. Art. 88 OR, Art. 90 OR, Art. 201 OR.

¹⁹⁴ Dazu siehe § 4 B. II. und III..

¹⁹⁵ Keller/Siehr S. 22; von Tuhr/Peter S. 81; Gegenteiliger Auffassung ist jedoch Giger in BernerKomm N 23 und N 62 zu Art. 211 OR, der zudem zwischen der Annahmepflicht von Art. 211 Abs. 1 OR und der Empfangnahmeobligiegenheit von Art. 211 Abs. 2 OR unterscheidet, wobei sich erstere auf die Eigentumsverschaffungspflicht als notwendige Ergänzung von Art. 184 OR bezieht, und letztere auf den Wechsel der Sachherrschaft im Rahmen des zweistufigen Erfüllungsmechanismus ebenfalls als Ergänzung zu Art. 184 OR.

¹⁹⁶ Honsell S. 46; Koller N 103.

¹⁹⁷ Vgl. auch Schönle in ZürcherKomm N 94 zu Art. 184 OR.

Gläubigerverzugs auslöst. Nur in Ausnahmefällen, wenn an der Annahme ein besonderes, erkennbares Interesse des Verkäufers vorliegt, ist von einer Pflicht auszugehen¹⁹⁸.

Zu Art. 211 Abs. 1 OR ist weiter festzuhalten, dass diese Bestimmung von einigen Autoren auch als Beweislastregel ausgelegt wird¹⁹⁹. Diese gehen von einer widerlegbaren Vermutung aus, dass ein besonderes Annahmeverhalten und demgemäss eine Annahmepflicht des Käufers besteht, was dadurch begründet wird, dass der Kaufvertrag "Umsatzvertrag" sei, und der Verkäufer im Normalfall die Sache "los sein wolle". Eine generelle Beweislastumkehr in diesem Sinn ist m.E. abzulehnen, da die Beweislastverteilung gerade umgekehrt sein sollte. In der Praxis wird nämlich bei der grossen Mehrzahl von Kaufvertragsabschlüssen kein besonderes Interesse des Verkäufers an der Annahme der Kaufsache im oben beschriebenen Sinn bestehen. Dass der Verkäufer die Sache "los sein will", ist sicherlich richtig. Zu beachten ist jedoch auch, dass es zum allgemeinen Unternehmensrisiko gehört, dass einzelne Geschäfte nicht wie geplant abgewickelt werden können. Aus diesen Gründen ist die bei den genannten Autoren vorgesehene Vermutung der Annahmepflicht nicht gerechtfertigt.

XI. Verneinung der Qualifikation von Art. 249 Ziff. 2 OR als Obliegenheit

Bei der Schenkung von Hand zu Hand und beim vollzogenen Schenkungsversprechen kann der Schenker gemäss Art. 249 Ziff. 2 OR die Schenkung widerrufen und das Geschenke, soweit der Beschenkte noch bereichert ist, zurückfordern, wenn der Beschenkte gegenüber dem Schenker oder einem von dessen Angehörigen die ihm obliegenden familienrechtlichen Pflichten schwer verletzt hat. Es fragt sich somit, ob die Regelung von Art. 249 Ziff. 2 OR als Obliegenheit anzusehen ist. Bei den im Tatbestand erwähnten familienrechtlichen Pflichten handelt es sich trotz der Verwendung des Ausdrucks "obliegen" gemäss der Lehre um Rechtspflichten, welche sich auf Grund der ehelichen Gemeinschaft, der Gemeinschaft von Eltern und Kindern und der Familiengemeinschaft ergeben²⁰⁰. Im einzelnen handelt es sich um²⁰¹:

- die Pflicht der Ehegatten, das Wohl der Gemeinschaft in einträchtigem Zusammenwirken zu wahren und für die Kinder gemeinsam zu sorgen (Art. 159 Abs. 2 ZGB);
- die Treue- und Beistandspflicht der Ehegatten (Art. 159 Abs. 3 ZGB);
- die Beistands-, Rücksichts- und Achtungspflicht zwischen den Eltern und Kindern (Art. 272 ZGB);
- die Unterhaltspflicht der Ehegatten (Art. 163 ff. ZGB);
- die Unterstützungspflicht der Eltern (Art. 276 ff. ZGB);

¹⁹⁸ Honsell S. 46; Bucher BT S. 68; vgl. zudem Gauch/Schluep/Schmid/Rey N 2449.

¹⁹⁹ Koller in BaslerKomm N 5 zu Art. 211 OR; von Büren BT S. 55; Schönle in ZürcherKomm N 94 zu Art. 184 OR.

²⁰⁰ Von Tuhr/Peter S. 14; Hegnauer/Breitschmid § 15 ff.; Weimar in BernerKomm N 6 zu Art. 477 ZGB; Bessenich in BaslerKomm N 13 zu Art. 477 ZGB.

²⁰¹ Vgl. Weimar in BernerKomm N 6 zu Art. 477 ZGB.

- die Verwandtenunterstützungspflicht (Art. 328 ff. ZGB);
- die Achtung der Persönlichkeit auch als besonderer familienrechtlicher Pflicht der Ehegatten, Kinder, Nachkommen und Eltern neben Art. 28 ZGB.

Der Qualifikation der genannten Rechtsnormen durch die Lehre als Rechtspflichten ist zuzustimmen. Die Beachtung der familienrechtlichen Pflichten liegt in fundamentalem gesellschaftlichen Interesse. Ein Verständnis letzterer als Verhaltensanforderungen, die ihrer selbst wegen beachtet werden müssen, rechtfertigt sich deshalb, auch wenn bei den meisten familienrechtlichen Pflichten für deren Missachtung keine direkten Sanktionen angedroht sind. Zumindest an dieser Stelle ist auf einen Pflichtbegriff abzustellen, welcher auch auf ethischer Basis beruht.

Die Frage nach der Qualifikation von Art. 249 Ziff. 2 OR betreffend kann somit ausgeführt werden, dass die familienrechtlichen Pflichten als eigentliche Rechtspflichten beachtet werden müssen. Bei den Obliegenheiten ist dies jedoch gerade anders. Diese müssen bekanntlich nicht beachtet werden. Auch der Widerruf der Schenkung durch den Schenker ist somit als eine mittelbare Rechtsfolge der Pflichtverletzung zu sehen, als Ausübung der gesetzlich vorgesehenen Resolutivbedingung im Fall der Pflichtverletzung²⁰².

XII. Die sog. "Mitwirkungspflichten" (Obliegenheiten) des Bestellers im Werkvertrag

Auch im Werkvertragsrecht obliegen dem Besteller gewisse auf die Erstellung des Werkes gerichtete "Mitwirkungspflichten". Werden diese missachtet, gerät der Besteller in Gläubigerverzug gemäss Art. 91 ff. OR²⁰³. Bei den Mitwirkungspflichten des Werkvertragsrechts handelt es sich somit in Wirklichkeit um Mitwirkungsobliegenheiten. Als Beispiele können folgende Mitwirkungspflichten genannt werden²⁰⁴:

- Konkretisierung des auszuführenden Werkes;
- Persönliches Erscheinen zur Anprobe;
- Herausgabe der zu reparierenden Sache;
- Einholen der Baubewilligung;
- Bereitstellung und Anweisung des Baugrundes oder Werkgegenstandes;
- Vornahme von Vermessungen;
- Planlieferungen;
- Stofflieferungen;
- Zuführung elektrischer Energie;
- Erteilung von Weisungen;
- Koordination der Nebenunternehmer-Arbeiten;
- Bereithalten einer Deponie.

²⁰² Die denkbare Variante, dass neben den familienrechtlichen Pflichten eine der Verhinderung des Widerrufs der Schenkung dienende Obliegenheit, deren Voraussetzungen an sich gegeben wären, besteht, welche von den Pflichten überdeckt wird, ist m.E. dogmatisch überspitzt.

²⁰³ Dazu siehe § 8 B. IX..

²⁰⁴ Gauch N 1328 ff.

XIII. Die Mitwirkungsobliegenheit des Mäklers, nicht für die andere Partei tätig zu werden (Art. 415 OR)

1. Tatbestand

Gemäss Art. 415 OR kann der Mäkler von seinem Auftraggeber weder Lohn noch Ersatz für seine Aufwendungen beanspruchen, wenn er in einer Weise für einen anderen tätig gewesen ist, die dem Vertrag widerspricht, oder er sich in einem Fall, wo es wider Treu und Glauben geht, auch von diesem hat Lohn versprechen lassen. Es stellt sich an dieser Stelle somit die Frage nach der Zulässigkeit der Doppelmäkelei. Art. 415 OR sanktioniert diese nicht gänzlich, sondern schränkt sie in zweierlei Hinsicht ein. Die erste Tatbestandsvariante behandelt den Fall, in welchem die Doppelmäkelei ausdrücklich ausgeschlossen ist. Die zweite Variante sanktioniert den Fall, bei welchem die Doppelmäkelei einen Treu und Glauben widersprechenden Interessenkonflikt darstellt. Nach der Lehre und Judikatur ist die Doppelmäkelei zudem grundsätzlich nur bei der Nachweismäkelei, nicht aber bei der Vermittlungsmäkelei erlaubt²⁰⁵. Will der Mäkler seine Ansprüche erhalten, ist ihm somit die Verhaltensanforderung auferlegt, sich im Sinn von Art. 415 OR zu verhalten.

2. Verletzungsrechtsfolge

Verstösst der Mäkler gegen die Verhaltensanforderung von Art. 415 OR, hat dies die Verwirkung seiner Ansprüche auf Lohn und Ersatz zur Folge. Ist der Schaden des Auftraggebers grösser als die genannten Ansprüche, so haftet der Mäkler für den über die Höhe der genannten Ansprüche hinausgehenden Betrag sogar auf das positive Interesse^{206, 207} soweit ein Verschulden des Mäklers im Sinn von Art. 97 Abs. 1 OR vorliegt.

3. Interessenlage

Die Regelung von Art. 415 OR liegt zweifellos im Interesse des Auftraggebers, da dieser durch die genannte Norm vor der Doppelmäkelei geschützt wird, welche ihm zu Schaden gereichen kann. Ein Interesse des Mäklers an der hier behandelten Regelung ist darin zu sehen, dass schon geringfügige Verletzungen den Verlust der Ansprüche auf Lohn und Aufwendungsersatz zur Folge haben. Dadurch wird er gezwungen, sich redlich zu verhalten,

²⁰⁵ Gautschi in BernerKomm N 2e zu Art. 415 OR; Guhl/Merz/Koller/Druey § 50 N 26; Honsell S. 340 f.; BGE 35 II 66.

²⁰⁶ Gautschi in BernerKomm N 10d zu Art. 412 OR; Ammann in BaslerKomm N 6 zu Art. 415 OR.

²⁰⁷ Dazu siehe auch § 8 B. XIII. 6. und § 19 F..

wodurch langwierige Prozesse über die Grösse des Schadens verhindert werden können. Weiter dient die Norm von Art. 415 OR generalpräventiv auch dem Ansehen des Mäklerstandes, was sich auf die Entscheidung möglicher Kunden, einen Mäkler zu wählen, positiv auswirkt. Die Verhaltensanforderung von Art. 415 OR liegt somit im Interesse beider Parteien, obwohl festzuhalten ist, dass die Interessen des Auftraggebers eher überwiegen.

4. Zweckcharakter

Die Tatbestand-Rechtsfolge-Relation ist zweckbestimmt. Durch die Androhung des Verlusts der Ansprüche auf Lohn und Aufwendungsersatz wird der Mäkler faktisch gezwungen, sich gemäss der Verhaltensanforderung von Art. 415 OR zu verhalten. Die Beachtung der Verhaltensanforderung liegt zudem offensichtlich auch im Interesse des Auftraggebers. Zweck der Regelung ist die Verhinderung der missbräuchlichen Doppelmäkelei²⁰⁸.

5. Rechtsgeschäftlicher Charakter

Für die Auslösung der Verletzungsrechtsfolge von Art. 415 OR ist der Abschluss eines Mäklervertrags mit einer anderen Partei vorausgesetzt. Die Missachtung der Verhaltensanforderung von Art. 415 OR führt zudem zum Verlust der Ansprüche auf Lohn und Aufwendungsersatz. Diese Rechtsfolge stellt eine direkte Rechtsänderung dar, wofür wie zum Abschluss des Mäklervertrags die Handlungsfähigkeit des Mäklers erforderlich ist²⁰⁹. Bezüglich der Regelung von Art. 415 OR liegt somit rechtsgeschäftlicher Charakter vor.

6. Qualifikation der Verhaltensanforderung als Obliegenheit

Grundsätzlich ist m.E. die Verhaltensanforderung von Art. 415 OR als Obliegenheit zu qualifizieren. Es besteht nämlich kein Zwang auf Beachtung, der u.U. sogar auf dem Weg der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden könnte. Die Verhaltensanforderung nach Art. 415 OR muss deshalb nicht beachtet werden. Zudem ist als Rechtsfolge grundsätzlich kein Schadenersatzanspruch, sondern ein anderer Rechtsnachteil, nämlich nach dem "Alles-oder-Nichts-Prinzip" der Verlust der Ansprüche auf Lohn und Aufwendungsersatz vorgesehen. Zu verstehen ist diese Regelung aus der Optik des römischen Rechts, dessen

²⁰⁸ Gautschi in BernerKomm N 1a zu Art. 415 OR; Ammann in BaslerKomm N 1 zu Art. 415 OR.

²⁰⁹ Vgl. Bucher in BernerKomm N 93 ff. zu Art. 12 ZGB; von Tuhr/Peter S. 209 ff..

Zivilrechtssystem die positive Vertragsverletzung nicht kannte²¹⁰. Beachtet werden muss jedoch, dass die Verletzung von Art. 415 OR heute auch Schadenersatz im Sinn des positiven Interessens begründen kann, wenn der Schaden die Ansprüche auf Lohn und Aufwendersersatz übersteigt²¹¹. Nach dem Gesagten muss somit davon ausgegangen werden, dass bei der Regelung von Art. 415 OR neben der Obliegenheit auch eine unvollkommene Obligation (Pflicht) anzunehmen ist²¹², bei welcher ein Erfüllungsanspruch fehlt. Die Obligation wird aber nur dann wirksam, wenn der Schaden die Höhe der Ansprüche auf Lohn und Aufwendersersatz übersteigt. In den übrigen Fällen wird sie von der Obliegenheit überdeckt²¹³. Bezüglich der Abgrenzung von den Lasten und Pflichten kann festgehalten werden, dass nach den behandelten Kriterien der Interessenlage, des Zweckcharakters und des rechtsgeschäftlichen Charakters der Verhaltensanforderung sowohl eine Qualifikation als Last (i.w.S.) nach Wieling²¹⁴ als auch eine Qualifikation als Pflicht minderen Grades²¹⁵ möglich ist.

XIV. Die Mitwirkungsobliegenheit des Gläubigers gegenüber dem Bürgen, keine Sicherungsrechte aufzugeben (Art. 503 Abs. 1 OR)

1. Tatbestand

Dem Gläubiger ist gemäss Art. 503 Abs. 1 OR die Verhaltensanforderung auferlegt, bei der Eingehung der Bürgschaft vorhandene oder vom Hauptschuldner nachträglich erlangte und eigens²¹⁶ für die verbürgte Forderung bestimmte Pfandrechte²¹⁷ oder anderweitige Sicher-

²¹⁰ Vgl. R. Schmidt S. 194.

²¹¹ Gautschi in BernerKomm N 10d zu Art. 412 OR; Ammann in BaslerKomm N 6 zu Art. 415 OR.

²¹² Dafür spricht auch, dass die Missachtung von Art. 415 OR einen Verstoß gegen die Treuepflicht des Mäklers darstellt (vgl. Art. 412 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 398 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 321a OR).

²¹³ Ähnlich auch R. Schmidt zu § 654 BGB; vgl. R. Schmidt S. 194 f..

²¹⁴ Vgl. § 6 C. II. oder Wieling in ACP 176 (1976) S. 354.

²¹⁵ Vgl. § 5 B. oder R. Schmidt S. 104 und S. 315 f..

²¹⁶ In der Lehre umstritten ist, ob beim Tatbestandselement der bei der Bürgschaftsbestellung bereits vorhandenen Sicherheiten auch sog. Generalpfandklauseln unter Art. 503 OR fallen, welche besagen, dass die Sicherheiten für alle Forderungen gegen den Hauptschuldner beansprucht werden können. Ein Teil der Lehre spricht sich in diesem Fall für die Verantwortlichkeit des Gläubigers für alle bei der Bürgschaftsbestellung vorhandenen Pfänder aus; vgl. Beck N 20 zu Art. 503 OR; Schönenberger in ZürcherKomm N 17 zu Art. 503 OR. Der andere Teil der Lehre verlangt, dass die Sicherheiten ebenfalls wie bei den nachträglich bestimmten Sicherheiten sich "eigens" auf die verbürgte Forderung beziehen müssen; vgl. Pestalozzi in BaslerKomm N 9 zu Art. 503 OR; Giovanoli in BernerKomm N 9 zu Art. 503 OR. Nach der Lesart von Art. 503 OR sind beide Meinungen denkbar. Nach dem Zweck der Vorschrift macht eine Ungleichbehandlung der vor oder nach dem Bürgschaftsabschluss bestellten Sicherheiten aber keinen Sinn. Aus diesem Grund sollte das Erfordernis des durch das Wort "eigens" ausgedrückten Bezugs auf eine bestimmte Forderung auch für die bei dem Bürgschaftsabschluss bereits vorhandenen Forderungen ausgedehnt werden.

²¹⁷ Darunter fallen die gesetzlichen und vertraglichen Faustpfand-, Forderungspfand- und Grundpfandrechte, das Retentionsrecht, das Pfändungspfandrecht und der Eigentumsvorbehalt; vgl. Pestalozzi in BaslerKomm N 4 zu Art. 503 OR; Beck N 17 zu Art. 503 OR.

heiten²¹⁸ und Vorzugsrechte²¹⁹ nicht zum Nachteil des Bürgen zu vermindern. Tut er dies dennoch, so verringert sich die Haftung des Bürgen um einen dieser Verminderung entsprechenden Betrag. Weitere Voraussetzung für die Auslösung der Rechtsfolgen nach Art. 503 Abs. 1 OR bildet nach der Judikatur und Lehre das Vorliegen eines Verschuldens des Gläubigers im Sinn von Art. 97 OR²²⁰. Dem ist zuzustimmen, insbesondere insofern im Tatbestand auch die Möglichkeit eines Gegenbeweises vorgesehen ist, mit welchem der Gläubiger den Nachweis erbringen kann, dass der Schaden des Bürgen trotz der Verringerung der Sicherheiten tatsächlich weniger hoch ist.

2. Verletzungsrechtsfolge

Verletzt der Gläubiger die hier behandelte Verhaltensanforderung, indem er die Sicherheiten zum Nachteil des Bürgen vermindert, so vermindert sich nach Art. 503 Abs. 1 OR auch die Haftung des Bürgen um einen dieser Verminderung entsprechenden Betrag. Die Verminderung tritt aber nicht in der gleichen Proportion, sondern im gleichen Wert ein²²¹. Zudem bildet nicht die Höchstsumme den Ausgangsbetrag für den Abzug, sondern der Betrag, den der Schuldner andernfalls hätte bezahlen müssen.

3. Interessenlage

Zur Interessenlage kann ausgeführt werden, dass die hier behandelte Verhaltensanforderung im Interesse beider Parteien liegt. Dies ergibt sich dadurch, dass sowohl bei Beachtung als auch Missachtung des Tatbestandes der Status Quo zwischen den Parteien erhalten bleibt. Mit der Verminderung der Sicherheit, vermindert sich auch dementsprechend der Anspruch des Gläubigers gegen den Bürgen, wodurch ein gleiches Interesse beider Parteien an der Beachtung der Norm besteht. Wird Art. 503 Abs. 1 OR missachtet, steigt das Risiko des Bürgen vom Gläubiger belangt zu werden, gleichzeitig steigt jedoch auch das Risiko des

²¹⁸ Dabei handelt es sich um zusätzliche Bürgschaften, Solidarverpflichtungen und Wechsel, die dem Gläubiger ein Rückgriffsrecht auf Dritte geben; vgl. Pestalozzi in BaslerKomm N 5 zu Art. 503 OR; Beck N 18 zu Art. 503 OR.

²¹⁹ Darunter sind jene Rechte zu verstehen, die der Forderung in Betreuung oder Konkurs einen bevorzugten Rang einräumen (Art. 219 SchKG; Art. 146 SchKG i.V.m. Art. 219 SchKG); vgl. Pestalozzi in BaslerKomm N 5 zu Art. 503 OR.

²²⁰ BGE 64 II 28 f.; Giovanoli in BernerKomm N 13 zu Art. 503 OR; Schönenberger in ZürcherKomm N 21 zu Art. 503 OR.

²²¹ Beck N 33 zu Art. 503 OR.

Gläubigers nicht befriedigt zu werden, da als Verletzungsrechtsfolge die Bürgschaftssumme reduziert wird. Es liegt somit eine gespaltene Interessenlage vor.

4. Zweckcharakter

Die Tatbestand-Rechtsfolge-Relation ist zweckbestimmt. Durch die Androhung der Verringerung der Bürgschaftssumme wird der Gläubiger faktisch gezwungen, die Sicherheiten nicht zum Nachteil des Bürgen zu vermindern. Die Beachtung der Verhaltensanforderung liegt zudem offensichtlich auch im Interesse des Bürgen. Zweck der Regelung ist dementsprechend der Schutz des Bürgen²²².

5. Rechtsgeschäftlicher Charakter

Die Missachtung der Verhaltensanforderung von Art. 503 Abs. 1 OR setzt den Verzicht auf ein Sicherungsrecht durch den Gläubiger voraus. Die Aufgabe eines Rechts stellt ein Rechtsgeschäft dar, da durch die entsprechende Erklärung eine unmittelbare Rechtsänderung erfolgt²²³. Die Obliegenheit von Art. 503 Abs. 1 OR hat somit rechtsgeschäftlichen Charakter.

6. Qualifikation der Verhaltensanforderung als Obliegenheit

Die Verhaltensanforderung von Art. 503 Abs. 1 OR ist m.E. als Obliegenheit zu qualifizieren. Dies ergibt sich dadurch, dass kein eigentlicher Zwang zur Beachtung der Norm besteht, der u.U. sogar auf dem Weg der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden könnte. Die Verhaltensanforderung von Art. 503 Abs. 1 OR muss deshalb nicht beachtet werden. Zudem ist als Verletzungsrechtsfolge kein Schadenersatzanspruch vorgesehen, sondern ein anderer Rechtsnachteil, nämlich die Reduktion des Anspruchs gegen den Bürgen. Bezüglich der Abgrenzung von den Lasten und Pflichten kann festgehalten werden, dass nach den behandelten Kriterien der Interessenlage, des Zweckcharakters und des rechtsgeschäftlichen Charakters der Verhaltensanforderung sowohl eine Qualifikation als Last (i.w.S.) nach Wieling²²⁴ als auch eine Qualifikation als Pflicht minderen Grades²²⁵ möglich ist.

²²² Vgl. Giovanoli in BernerKomm N 12 zu Art. 503 OR; Petsalozzi in BaslerKomm N 4 zu Art. 503 OR.

²²³ Dazu siehe § 2 B..

²²⁴ Vgl. § 6 C. II. oder Wieling in ACP 176 (1976) S. 354.

²²⁵ Vgl. § 5 B. oder R. Schmidt S. 315 f..

§ 9 Die Obliegenheiten im Zivilgesetzbuch

A. Erklärungsobliegenheiten

I. Die Anzeigepflicht des Willensvollstreckers zur Ablehnung des Auftrags (Art. 517 Abs. 2 ZGB)

1. Tatbestand

Der Erblasser kann in seiner letztwilligen Verfügung eine oder mehrere handlungsfähige Personen als Willensvollstrecker einsetzen (Art. 517 Abs. 1 ZGB). Die Übernahme eines solchen Auftrags ist freiwillig. Will die vom Erblasser ernannte Person den erteilten Auftrag nicht annehmen, ist ihr jedoch die Verhaltensanforderung auferlegt, die Ablehnung des Auftrags innert 14 Tagen seit Mitteilung der Ernennung der Eröffnungsbehörde anzuzeigen (Art. 517 Abs. 2 ZGB).

2. Verletzungsrechtsfolge

Als Verletzungsrechtsfolge ist in Art. 517 Abs. 2 ZGB die Fiktion der Annahme der Offerte vorgesehen. Will die ernannte Person die Ernennung zum Willensvollstrecker ablehnen, zeigt sie dies aber nicht innert Frist an, kommt der Auftrag somit gegen ihren Willen zustande. In diesem Fall hat letztere die Beauftragung als Willensvollstrecker unter dem Vorbehalt von Art. 404 OR zu akzeptieren.

3. Interessenlage

Die Verhaltensanforderung von Art. 517 Abs. 2 ZGB liegt einerseits im Interesse des Erblassers bzw. der Erbengemeinschaft. Ist die ernannte Person nämlich teilweise unwillig oder zweifelnd, lehnt sie die Berufung aber nicht innert Frist ab, kommt es dennoch zu deren Ernennung als Willensvollstrecker. Andererseits liegt die Verhaltensanforderung von Art. 517 Abs. 2 ZGB auch im Interesse der ernannten Person. Es handelt sich nämlich wiederum um eine auf eine schnelle Entscheidung gerichtete Regelung. Durch die Widerspruchsfrist von nur 14 Tagen wird die ernannte Person gezwungen, sich intensiv zu überlegen, ob sie die verantwortungsvolle Position des Willensvollstreckers annehmen will oder nicht. Dies liegt durchaus in deren Interesse, da sie als Willensvollstrecker selbstverständlich auch haftbar werden kann. Im Interesse beider Parteien liegt der mit der Regelung verfolgte Beweisziel. Es kann somit bei der hier behandelten Verhaltensanforderung von einer gespaltenen Interessenlage ausgegangen werden.

4. Zweckcharakter

Die Tatbestand-Rechtsfolge-Relation der hier behandelten Verhaltensanforderung ist zweckbestimmt. Durch die Androhung der Ernennung zum Willensvollstrecker wird die ernannte Person, welche nicht zur Willensvollstreckung gewillt ist, faktisch gezwungen, der zuständigen Behörde die Ablehnung anzuzeigen. Da eine gespaltene Interessenlage vorliegt, haben gleich wie bei Art. 5 Abs. 3 OR und Art. 6 OR auch der Erblasser bzw. die Erben-gemeinschaft ein Interesse an der Beachtung der Verhaltensanforderung. Diese haben insbesondere kein Interesse daran, mit einem vollständig unwilligen Willensvollstrecker konfrontiert zu sein. Zweck der Regelung von Art. 517 Abs. 2 ZGB sind ähnlich wie bei Art. 5 Abs. 3 OR und Art. 6 OR die Rechtssicherheit und die Beweissicherheit²²⁶.

5. Rechtsgeschäftlicher Charakter

Grundsätzlich kann für die Abgrenzung über den rechtsgeschäftlichen Charakter wegen der grossen Ähnlichkeit der Regelungen auf die Ausführungen zu Art. 5 Abs. 3 OR verwiesen werden²²⁷. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Unterlassung der Erklärung wie eine Willenserklärung wirkt. Auf Seiten der ernannten Person ist daher die volle Handlungsfähigkeit erforderlich²²⁸. Die hier behandelte Verhaltensanforderung hat somit rechtsgeschäftlichen Charakter.

6. Qualifikation der Verhaltensanforderung als Obliegenheit

Die Verhaltensanforderung zur Anzeige der Ablehnung der Ernennung zum Willensvollstrecker gemäss Art. 517 Abs. 2 ZGB stellt m.E. eine Obliegenheit dar. Die üblichen Merkmale der Obliegenheit sind erfüllt. Bezüglich der Anzeige der Ablehnung besteht selbstverständlich kein Zwang, der u.U. sogar mit der Klage auf Erfüllung durchgesetzt werden könnte. Die Verhaltensanforderung muss somit nicht beachtet werden. Bei der Missachtung der Verhaltensanforderung ist zudem durch das Gesetz kein Anspruch der Gegenseite auf Schadenersatz in Aussicht gestellt, sondern die ernannte Person trifft vielmehr einen anderen Rechtsnachteil. Diese muss nämlich die Ernennung zum Willensvollstrecker gegen sich gelten lassen. Bezüglich der Abgrenzung von den Lasten und Pflichten kann

²²⁶ Dazu siehe § 8 A. I. 5. oder Schmidlin in BernerKomm N 2 zu Art. 6 OR; Becker in BernerKomm N 1 zu Art. 6 OR.

²²⁷ Dazu siehe § 8 A. I. 6..

²²⁸ Vgl. Bucher in BernerKomm N 93 ff. zu Art. 12 ZGB; von Tuhr/Peter S. 209 ff..

festgehalten werden, dass nach den behandelten Kriterien der Interessenlage, des Zweckcharakters und des rechtsgeschäftlichen Charakters der Verhaltensanforderung sowohl eine Qualifikation als Last (i.w.S.) nach Wieling²²⁹ als auch eine Qualifikation als Pflicht minderen Grades²³⁰ möglich ist.

II. Die Verhaltensanforderung des Gläubigers zur Anmeldung seiner Forderungen im öffentlichen Inventar des Erbrechts (Art. 582 ZGB)

1. Tatbestand

Im Verfahren des öffentlichen Inventars des Erbrechts wird gemäss Art. 582 Abs. 1 ZGB den Gläubigern und Bürgschaftsgläubigern des Erblassers durch die zuständige Behörde²³¹ auf dem Wege angemessener öffentlicher Auskündigung²³² die Verhaltensanforderung auferlegt, binnen einer bestimmten Frist²³³ ihre Forderungen anzumelden. Dabei sind sie auf die Folgen der Nichtanmeldung aufmerksam zu machen (Art. 582 Abs. 2 ZGB). Forderungen, die aus öffentlichen Büchern oder den Papieren des Erblassers ersichtlich sind, werden von Amtes wegen in das Inventar aufgenommen (Art. 583 Abs. 1 ZGB).

2. Verletzungsrechtsfolge

Wird bei Annahme der Erbschaft unter öffentlichem Inventar (Art. 589 ZGB) die durch die Behörde angesetzte Frist zur Anmeldung der Forderungen versäumt, und werden die Forderungen aus diesem Grund nicht in das Inventar aufgenommen, unterscheidet das Gesetz bezüglich der Rechtsfolgen zwischen dem verschuldeten und dem unverschuldeten²³⁴

²²⁹ Vgl. § 6 C. II. oder Wieling in ACP 176 (1976) S. 354.

²³⁰ Vgl. § 5 B. oder R. Schmidt S. 104 und S. 315 f..

²³¹ Im Kanton Zürich ist dies das Notariat (§ 217 ZPO).

²³² Das Auskündungsverfahren ist jeweils im kantonalen Recht geregelt, wobei jedoch bestimmte Punkte, die sich aus ungeschriebenem Bundesrecht ergeben, zwingend zu beachten sind; vgl. dazu Wissmann in BaslerKomm N 3 ff. zu Art. 582 ZGB; Tuor/Picenoni in BernerKomm N 8 f. zu Art. 582 ZGB; Escher in ZürcherKomm N 11 zu Art. 582 ZGB.

²³³ Die Frist ist durch die zuständige Behörde den Umständen entsprechend anzusetzen. Sie muss aber mindestens einen Monat betragen, vom Tag der ersten Auskündigung an gerechnet (Art. 583 Abs. 3 ZGB); vgl. auch Tuor/Picenoni in BernerKomm N 6 zu Art. 582 ZGB; Escher in ZürcherKomm N 3 zu Art. 582 ZGB.

²³⁴ Dabei handelt es sich um die Fälle, bei denen die Gläubiger aus unverschuldeter Unkenntnis der Auskündigung oder aus anderen nicht von ihnen zu vertretenden Gründen (Abwesenheit, Krankheit, entschuldbarer Irrtum über den Bestand der Forderung) die Anmeldung versäumt haben, wozu auch die Fälle gehören, bei denen sie durch Arglist der Erben davon abgehalten wurden; Escher in ZürcherKomm N 4 zu Art. 589/590 ZGB; Tuor/Picenoni in BernerKomm N 10 zu Art. 589/590 ZGB. Die Auslegung des Rechtsbegriffes "ohne eigene Schuld" durch das Bundesgericht ist im übrigen äusserst grosszügig; dazu siehe die Übersicht bei Wissmann in BaslerKomm N 6 zu Art. 590 ZGB.

Versäumnis. Im ersten Fall sind die Erben bezüglich der Forderungen der Gläubiger weder persönlich noch mit der Erbschaft haftbar (Art. 590 Abs. 1 ZGB). Haben im zweiten Fall die Gläubiger ohne eigene Schuld die Anmeldung zum Inventar unterlassen, oder sind deren Forderungen trotz der Anmeldung in das Verzeichnis nicht aufgenommen worden, so haften die Erben, soweit sie aus der Erbschaft bereichert sind (Art. 590 Abs. 2 ZGB). In jedem Fall haften die Erben aber für die Forderungen der Gläubiger, soweit diese durch Pfandrechte gedeckt sind (Art. 590 Abs. 3 ZGB).

3. Interessenlage

Die Verhaltensanforderung zur Anmeldung der Forderungen durch die Gläubiger gemäss Art. 582 ZGB liegt eindeutig im Interesse der Erben. Ein Interesse der Gläubiger an der Verhaltensanforderung ist nicht ersichtlich. Wird die Anmeldung unterlassen, stellt dies nur für die Erben einen Vorteil dar, da sich dadurch der Saldo der Erbschaft erhöht. Die Beachtung der Verhaltensanforderung von Art. 582 ZGB liegt dagegen im alleinigen Interesse der Gläubiger.

4. Kein Zweckcharakter

Der Zweck des öffentlichen Inventars ist, die Aktiven und Passiven möglichst genau zu ermitteln. Das so erstellte Inventar dient den Erben als Entscheidungsgrundlage für die Annahme oder die Ausschlagung der Erbschaft. Bei Annahme der Erbschaft unter öffentlichem Inventar tritt deshalb die Beschränkung der Haftung der Erben für die Schulden aus der Erbschaft ein (Art. 590 ZGB). Eine gesetzliche Lenkungswirkung zur Anmeldung der Gläubigerforderungen ist nicht ersichtlich. Der Rechtsverlust ist somit nur als funktionelle Folge der Nichtanmeldung zu sehen.

5. Kein rechtsgeschäftlicher Charakter

Unterlässt der Gläubiger wegen fehlender Urteilsfähigkeit die Anmeldung der Forderung, kommt die mildere Rechtsfolge von Art. 590 Abs. 2 ZGB zum Zug, die Reduktion auf die Bereicherungshaftung, da die Unterlassung als unverschuldet angesehen wird²³⁵. Die Missachtung der Verhaltensanforderung hat aber trotz der fehlenden Urteilsfähigkeit den

²³⁵ Escher in ZürcherKomm N 4 zu Art. 589/590 ZGB; Tuor/Picenoni in BernerKomm N 10 zu Art. 589/590 ZGB, welche von Krankheit sprechen.

Rechtsverlust der vollen Anerkennung und somit der grösstmöglichen Deckung der Forderung zur Folge. Dies wird i.d.R. von grösserem Gewicht sein als die Unterstellung unter die Bereicherungshaftung, weshalb der rechtsgeschäftliche Charakter der hier behandelten Verhaltensanforderung eher zu verneinen ist. Es muss jedoch dazu festgehalten werden, dass diese Frage wohl nicht abschliessend beantwortet werden kann.

6. Verneinung der Qualifikation der Verhaltensanforderung von Art. 582 ZGB als Obliegenheit

Die Regelung von Art. 582 ZGB ist eine Verhaltensanforderung, welche nicht erzwungen werden kann. Deshalb muss sie auch nicht beachtet werden. Als Verletzungsrechtsfolge ist zudem kein Schadenersatzanspruch vorgesehen, sondern als anderer Rechtsnachteil der Ausschluss oder die Reduktion der Haftung der Erben je nach deren Verschulden. Die einseitige Interessenlage, das Fehlen eines Zweckcharakters und das Fehlen eines rechtsgeschäftlichen Charakters sprechen dagegen nicht für eine Qualifikation als Obliegenheit. Die Verhaltensanforderung von Art. 582 ZGB stellt nur dann eine Obliegenheit dar, wenn man diese mit der Last (i.e.S.) gleichsetzt²³⁶.

B. Mitwirkungsobliegenheiten

Im Zivilgesetzbuch gibt es wohl keine Mitwirkungsobliegenheiten. Für die Frage, ob Art. 477 Ziff. 2 ZGB eine Mitwirkungsobliegenheit darstellt, kann wegen der grossen Ähnlichkeit der Regelungen auf die Ausführungen zu Art. 249 Ziff. 2 OR verwiesen werden²³⁷.

²³⁶ Dazu siehe § 6 B. und § 14 C. I. 1., wo auf § 14 B. I. 2. verwiesen wird.

²³⁷ Dazu siehe § 8 B. XI..

§ 10 Exkurs: Die Obliegenheiten in weiteren Teilbereichen der Rechtsordnung

A. Erklärungsobliegenheiten

I. Die Rügeobliegenheit des Konsumenten bei Mängeln der Pauschalreise (Art. 12 Abs. 1 PRG)

1. Tatbestand

Nach Art. 12 Abs. 1 PRG ist dem Konsumenten die Verhaltensanforderung auferlegt, jeden Mangel während einer Pauschalreise, den er an Ort und Stelle feststellt, so bald wie möglich schriftlich oder in einer anderen geeigneten Form gegenüber dem betreffenden Dienstleistungsträger oder gegenüber dem Veranstalter oder dem Vermittler zu beanstanden. Im Fall einer Beanstandung haben sich der Veranstalter, der Vermittler oder seine örtliche Vertretung nach Kräften um geeignete Lösungen zu bemühen (Art. 12 Abs. 2 PRG).

Voraussetzung für die Beanstandung ist das Vorliegen eines erheblichen Mangels²³⁸. Dazu ist gleich wie beim Kauf- oder Werkvertrag auf die Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit abzustellen²³⁹. Die Soll-Beschaffenheit richtet sich nach dem zwischen dem Konsumenten und dem Veranstalter vereinbarten Pauschalreisevertrag²⁴⁰. Die Ist-Beschaffenheit ergibt sich aus den tatsächlich erbrachten Leistungen des Veranstalters. Weicht die Ist-Beschaffenheit durch qualitativ oder quantitativ geringere Leistungen des Veranstalters von der Soll-Beschaffenheit ab, liegt ein Reisemangel vor²⁴¹. Mängel können beispielsweise bei der Unterkunft, der Beförderung, der Verpflegung und in Form von Lärmemissionen bestehen.

²³⁸ Von den erheblichen Mängeln sind die unerheblichen Mängel abzugrenzen, welche hinzunehmen sind, ohne dass Gewährleistung verlangt werden kann; vgl. Hangartner S. 122.

²³⁹ Roberto in BaslerKomm N 3 zu Art. 12 PRG; Hangartner S. 102; Führich N 199 ff..

²⁴⁰ Hangartner S. 102.

²⁴¹ Anknüpfungspunkt für einen Mangel ist grundsätzlich das Gesamtleistungspaket und sind nicht die einzelnen Teilleistungen der Pauschalreise; vgl. Roberto in BaslerKomm N 3 zu Art. 12 PRG; Hangartner S. 102 f.. Zu beachten ist jedoch, dass eine mangelhafte Teilleistung immer auch eine Auswirkung auf die Gesamtheit der Reise hat. Zu unterscheiden ist zudem zwischen den vorausgesetzten und den zugesicherten Eigenschaften; vgl. Roberto in BaslerKomm N 5 zu Art. 12 PRG. Die vorausgesetzten Eigenschaften sind nach dem Vertragsinhalt zu konkretisieren. Massgeblich sind dazu nicht nur die Prospektbeschreibung, die Reisebestätigung und mündliche Nebenabreden, sondern auch der Reisecharakter, der Reisenutzen und der Reisezweck. Letztere sind somit zur Frage heranzuziehen, ob das Gesamtpaket mangelhaft ist oder nicht. Im Gegensatz zu den vorausgesetzten Eigenschaften stellt eine nicht eingehaltene Zusicherung jedoch immer einen Mangel dar; Roberto in BaslerKomm N 4 zu Art. 12 PRG. Um zugesicherte Eigenschaften handelt es sich, wenn der Veranstalter sich im Vertrag dazu verpflichtet hat, die Reise mit den betreffenden Eigenschaften durchzuführen. Die im Reiseprospekt klar und unmissverständlich beschriebenen Reiseleistungen (bspw. Hotelkategorie, Strandentfernung) sind verbindlich (vgl. auch Art. 3 PRG).

Unterlässt der Konsument die Rüge ohne Verschulden wie bei Krankheit, Unfall oder sonstiger Behinderung, so darf ihm diese Unterlassung nicht zum Nachteil gereichen²⁴². Für die Auslösung der Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung ist somit ein Verschulden erforderlich.

Gemäss Tatbestand hat die Mängelanzeige "sobald als möglich" zu erfolgen. Da das Gesetz keine absolute Frist setzt, ist auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen. Dabei muss der Konsument nach Feststellung des Mangels dem Veranstalter möglichst schnell, ohne Verzögerung Gelegenheit zur Abhilfe bieten²⁴³. Nach den Allgemeinen Reisebedingungen, die durch den Vertragsschluss i.d.R. übernommen werden, hat die Anzeige jedoch spätestens 30 Tage nach dem Reiseende zu erfolgen²⁴⁴. Die Mängelanzeige hat entgegen dem Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 PRG schriftlich oder in einer anderen geeigneten Form gegenüber dem betreffenden Dienstleistungsträger oder gegenüber dem Veranstalter oder dessen Vermittler zu erfolgen²⁴⁵. Gemäss der Lehre ist auch eine mündliche Anzeige genügend²⁴⁶, sofern nicht die schriftliche Form vorbehalten wurde²⁴⁷. Eine schriftliche Anzeige ist aber aus Beweisgründen immer zu empfehlen.

2. Verletzungsrechtsfolge

Werden die Mängel nicht oder nicht in Übereinstimmung mit Art. 12 Abs. 1 PRG gerügt, so tritt keine Genehmigungsfiktion wie bei Art. 201 Abs. 2 OR oder Art. 370 Abs. 2 OR ein. Die Gewährleistungsansprüche, wobei es sich um die Ansprüche auf Abhilfe (Behebung des Mangels) und auf Selbstabhilfe gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. a PRG i.V.m. Art. 12 Abs. 2 PRG, um den Anspruch auf Minderung des Preises gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. b PRG und um den Anspruch auf Kündigung und kostenlose Rückbeförderung gemäss Art. 13 Abs. 2 PRG handelt, verwirken nicht. Die Unterlassung ist vielmehr als Anwendungsfall des Verstosses gegen die Schadenminderungsobliegenheit im Sinn von Art. 44 Abs. 1 OR zu sehen²⁴⁸. Der Konsument bzw. Geschädigte hat somit die ihm zumutbaren Massnahmen zu treffen, um den Schaden möglichst gering zu halten, wozu insbesondere die frühzeitige Anzeige gehört. Der

²⁴² Schwerdtner in Staudinger N 24 zu § 651d BGB; Führich N 258; Hangartner S. 117.

²⁴³ Hangartner S. 118.

²⁴⁴ Roberto in BaslerKomm N 14 zu Art. 12 PRG.

²⁴⁵ Der anders lautende Wortlaut, der eine doppelte Rüge verlangt, stellt wohl ein Redaktionsversehen dar; vgl. Hangartner S. 120 f..

²⁴⁶ Frank N 17 zu Art. 12 PRG; Hangartner S. 119.

²⁴⁷ Dies ist durch die Übernahme der Allgemeinen Reisbedingungen i.d.R. der Fall; Roberto in BaslerKomm N 14 zu Art. 12 PRG.

²⁴⁸ Hangartner S. 116; Roberto in BaslerKomm N 7 zu Art. 12 PRG; für das deutsche Recht ist dieser Grundsatz ausdrücklich in § 651d Abs. 2 BGB geregelt.

Veranstalter soll Gelegenheit haben, den Mangel möglichst frühzeitig zu beheben, was nicht möglich ist, wenn ihm dieser unbekannt bleibt²⁴⁹. Hätte bei frühzeitigerer Rüge der Mangel geringer gehalten werden können, so hat der Richter den Minderungsanspruch des Konsumenten zu kürzen (Art. 13 Abs. 1 lit. b PRG i.V.m. Art. 44 Abs. 1 OR analog).

3. Verjährung / Verwirkung

Die Verjährung des Anspruchs des Konsumenten auf Minderung gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. b PRG ist im Gesetz nicht geregelt. Von der Lehre wird deshalb wegen der nahen Verwandtschaft zur Mängelrüge des Werkvertragsrechts die analoge Anwendung der einjährigen Verjährungsfrist von Art. 371 Abs. 1 OR vorgeschlagen²⁵⁰, was als angemessen erscheint. Die übrigen Gewährleistungsansprüche verwirken nach ihrer Natur mit dem Ende der Pauschalreise.

4. Interessenlage

Die hier behandelte Regelung ist im Interesse beider Parteien aufgestellt. Sie liegt einerseits im Interesse des Veranstalters, da die Gewährleistungsansprüche des Konsumenten faktisch von der frühzeitigen Anzeige des Mangels abhängig gemacht sind. Da die Missachtung von Art. 12 Abs. 1 PRG eine Verletzung der Schadenminderungsobliegenheit darstellt, und die Verhaltensanforderung von den Konsumenten häufig nicht ordnungsgemäss beachtet wird, hat dies für den Veranstalter die positive Folge, dass die gegen ihn gerichteten Minderungsansprüche in der Anzahl reduziert und in deren Höhe oft gesenkt werden. Für den Veranstalter fallen zudem bei rechtzeitiger Anzeige und Behebung des Mangels vor Ort i.d.R. tiefere Kosten an als bei der nachträglichen Minderung in Landeswährung. Die Regelung von Art. 12 Abs. 1 PRG liegt jedoch auch im Interesse des Konsumenten. Weicht die tatsächliche Pauschalreise von der vertraglich vereinbarten Pauschalreise in einzelnen Teilleistungen ab, besteht das Interesse des Konsumenten i.d.R. nicht in der Minderung des Preises, sondern in der Beseitigung des Mangels durch den Veranstalter, da gewöhnlich der ungestörte Ferienenuss im Zentrum steht. Desto rascher die Rüge des Mangels erfolgt, desto früher kann der Mangel dann auch durch den Veranstalter, den Vermittler oder die örtliche Vertretung beseitigt werden. Ist die Beseitigung des Mangels in irgendeiner zumutbaren Form nicht möglich, kann der Konsument bei rechtzeitiger Mängelrüge immer noch Minderung gemäss

²⁴⁹ Hangartner S. 116, S. 118.

²⁵⁰ Girsberger in ZSR 1986, 2. Halbband, S. 86; Roberto in BaslerKomm N 15 zu Art. 12 PRG.

Art. 13 Abs. 1 lit. b PRG oder sogar den Anspruch auf Kündigung und kostenlose Rückbeförderung durch den Veranstalter gemäss Art. 13 Abs. 2 PRG geltend machen. Somit ist von einer gespaltenen Interessenlage auszugehen.

5. Zweckcharakter

Die Tatbestand-Rechtsfolge-Relation ist zweckbestimmt. Durch die Androhung insbesondere der Kürzung des Minderungsanspruches als Verletzungsrechtsfolge und seinem Interesse an der Behebung des Mangels vor Ort wird der Konsument faktisch gezwungen, beim Veranstalter, Vermittler oder der örtlichen Vertretung den Mangel zu beanstanden. Genereller Zweck der Regelung von Art. 12 Abs. 1 PRG ist denn auch, dass die soeben genannten Personen so bald als möglich Kenntnis von der nicht ordnungsgemäss erbrachten Leistung haben, damit sie gegebenenfalls Abhilfe schaffen können²⁵¹. Ein auf Beachtung der Verhaltensanforderung gerichtetes Interesse des Veranstalters besteht jedoch nur in beschränkter Form. Der auf Beachtung der Verhaltensanforderung gerichtete Zweck ergibt sich bei diesem Tatbestand aber insbesondere aus der Natur der Regelung, da der Veranstalter, der Vermittler und die örtliche Vertretung ohne Kenntnis des Mangels nicht tätig werden können.

6. Rechtsgeschäftsähnlicher Charakter

Da die Verletzung der Verhaltensanforderung von Art. 12 Abs. 1 PRG als Anwendungsfall der Missachtung der Schadenminderungsobliegenheit gesehen wird²⁵², kann grundsätzlich auf die Ausführungen zur Schadenminderungsobliegenheit verwiesen werden²⁵³. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Schadenminderungsobliegenheit in dieser Arbeit rechtsgeschäftsähnlicher Charakter zukommt, da als Voraussetzung für die Verletzungsrechtsfolge nur das Vorliegen der Urteilsfähigkeit des Obliegenheitsbelasteten erforderlich ist. Der hier behandelten Verhaltensanforderung kommt somit ebenfalls rechtsgeschäftsähnlicher Charakter zu.

²⁵¹ Roberto in BaslerKomm N 1 zu Art. 12 PRG; Hangartner S. 116, S. 118.

²⁵² Hangartner S. 116; Roberto in BaslerKomm N 7 zu Art. 12 PRG; für das deutsche Recht ist dieser Grundsatz ausdrücklich in § 651d Abs. 2 BGB geregelt.

²⁵³ Dazu siehe § 8 B. I. 6..

7. Qualifikation der Verhaltensanforderung als Obliegenheit

Die Verhaltensanforderung von Art. 12 Abs. 1 PRG stellt gemäss der Lehre eine Obliegenheit dar²⁵⁴. Dem ist soweit zuzustimmen, als dass bezüglich der Verhaltensanforderung von Art. 12 Abs. 1 PRG kein Zwang auf Erfüllung besteht, der u.U. von der Gegenpartei sogar mit der Klage auf Erfüllung durchgesetzt werden könnte. Die Verhaltensanforderung von Art. 12 Abs. 1 PRG muss deshalb nicht beachtet werden. Die Missachtung der genannten Norm hat zudem nicht die Entstehung eines Schadenersatzanspruches, sondern andere Rechtsnachteile zur Folge, insbesondere die Kürzung des Minderungsanspruchs gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. b PRG. Bezüglich der Abgrenzung von den Lasten und Pflichten kann festgehalten werden, dass nach den behandelten Kriterien der Interessenlage, des Zweckcharakters und des rechtsgeschäftlichen bzw. rechtsgeschäftsähnlichen Charakters der Verhaltensanforderung sowohl eine Qualifikation als Last (i.w.S.) nach Wieling²⁵⁵ als auch eine Qualifikation als Pflicht minderen Grades²⁵⁶ möglich ist.

II. Die Verhaltensanforderung des Gläubigers zur Anmeldung seiner Forderungen im Konkurs des Schuldners (Art. 232 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG)

1. Tatbestand

Im Fall des Konkurses eines Schuldners wird den Gläubigern gemäss Art. 232 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG mit der öffentliche Bekanntmachung des Konkurses durch das Konkursamt²⁵⁷ die Verhaltensanforderung auferlegt, ihre Forderungen gegen den Schuldner innert eines Monats anzumelden.

2. Verletzungsrechtsfolge

Wird die Verhaltensanforderung von Art. 232 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG missachtet, gehen die nicht angemeldeten Forderungen nicht verlustig, die entsprechenden Gläubiger haben aber, wenn sie ihre Forderungen bis zum Schluss des Konkurses anmelden, alle durch die Verspätung verursachten Kosten zu tragen und können zu einem entsprechenden Vorschuss angehalten werden (Art. 251 SchKG). Werden die Forderungen erst nach dem Schluss des

²⁵⁴ Hangartner S. 116 ff.; Roberto in BaslerKomm N 7 f. zu Art. 12 PRG; konkludent wohl auch Frank N 6 ff. zu Art. 12 PRG.

²⁵⁵ Vgl. § 6 C. II. oder Wieling in ACP 176 (1976) S. 354.

²⁵⁶ Vgl. § 5 B. oder R. Schmidt S. 315 f..

²⁵⁷ Im Kanton Zürich ist dies das Notariat (vgl. § 1 lit. c NotG).

Konkurses angemeldet, unterliegen sie denselben Beschränkungen wie diejenigen, für welche ein Verlustschein ausgestellt worden ist (Art. 267 SchKG i.V.m. Art. 265 SchKG).

3. Interessenlage

Die Verhaltensanforderung von Art. 232 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG liegt im Interesse des Schuldners und auch der übrigen Gläubiger. Deren Beachtung liegt dagegen im alleinigen Interesse des anmeldenden Gläubigers, da er nur so seinen Anspruch bestmöglich erhalten kann. Ein Interesse des Schuldners oder der übrigen Gläubiger an der Beachtung der Verhaltensanforderung ist nicht ersichtlich. Die Nichtanmeldung stellt für diese vielmehr einen finanziellen Vorteil dar.

4. Kein Zweckcharakter

Der Zweck des Konkurses, der Generalexekution, ist die endgültige Klärung der finanziellen Verhältnisse des Schuldners. Ein Teil des Konkurses ist der hier behandelte Gläubigerruf, wobei die Passivseite offenbar werden soll, damit die Aktiven an die bekannten Gläubiger verteilt werden können. Die Rechtsfolgen der Nichtanmeldung von Forderungen stellen somit nur logisch-kausale Konsequenzen dar. Eine Lenkung des Gesetzgebers zur Anmeldung der Forderungen ist nicht ersichtlich.

5. Kein rechtsgeschäftlicher Charakter

Unterlässt der Gläubiger wegen des Fehlens seiner Urteilsfähigkeit die Forderungsanmeldung, werden die Aktiven unter den übrigen Gläubigern dennoch verteilt. Zudem ist im SchKG kein Rückforderungsrecht der Konkursverwaltung gegenüber den befriedigten Gläubigern vorgesehen. Bei Fehlen der Urteilsfähigkeit des nicht anmeldenden Gläubigers wird dessen Rechtsposition somit trotzdem verschlechtert, wodurch ein rechtsgeschäftlicher Charakter betreffend der Verhaltensanforderung von Art. 232 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG zu verneinen ist.

6. Verneinung der Qualifikation der Verhaltensanforderung von Art. 232 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG als Obliegenheit

Die Regelung von Art. 232 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG ist eine Verhaltensanforderung, welche nicht erzwungen werden kann. Deshalb muss sie auch nicht beachtet werden. Als Verletzungsrechtsfolge ist zudem kein Schadenersatzanspruch, sondern sind als andere Rechtsnachteile

die in Art. 251 SchKG und Art. 267 SchKG i.V.m. Art. 265 SchKG festgesetzten Rechtsfolgen²⁵⁸ vorgesehen. Die einseitige Interessenlage, das Fehlen eines Zweckcharakters und das Fehlen eines rechtsgeschäftlichen Charakters sprechen dagegen nicht für eine Qualifikation als Obliegenheit. Die Verhaltensanforderung von Art. 232 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG stellt nur dann eine Obliegenheit dar, wenn man diese mit der Last (i.e.S.) gleichsetzt²⁵⁹.

III. Die Verhaltensanforderung des Gläubigers zur Anmeldung seiner Forderungen im Fall der Nachlassstundung (Art. 300 SchKG)

Wegen der grossen Ähnlichkeit der Bestimmungen betreffend deren Struktur kann an dieser Stelle für die Ausführungen zur Verhaltensanforderung von Art. 300 SchKG auf die Ausführungen zur Verhaltensanforderung von Art. 232 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG verwiesen werden²⁶⁰. Eine Qualifikation der Verhaltensanforderung von Art. 300 SchKG als Obliegenheit ist deshalb ebenfalls nur dann zu bejahen, wenn man diese mit der Last (i.e.S.) gleichsetzt²⁶¹.

IV. Die Erklärungsobliegenheiten des Privatversicherungsrechts

Auch im Privatversicherungsrecht bestehen zahlreiche Erklärungsobliegenheiten. Diese ergeben sich aus Art. 4 VVG, Art. 28 Abs. 3 VVG, Art. 30 Abs. 1 VVG, Art. 38 Abs. 1 VVG und Art. 53 Abs. 1 VVG. Für die Erläuterung zu den genannten Artikeln kann, da es sich um Spezialgesetzgebung handelt, welche ausserhalb der in dieser Arbeit behandelten Fragestellung liegt, auf die einschlägige Literatur verwiesen werden, die bereits in grosser Zahl vorhanden ist²⁶².

B. Mitwirkungsobliegenheiten

I. Die Mitwirkungsobliegenheiten des Privatversicherungsrechts

Im Privatversicherungsrecht sind ebenfalls Mitwirkungsobliegenheiten zu finden. Es handelt sich dabei um eine der Schadenminderungsobliegenheit gemäss Art. 44 Abs. 1 OR entsprech-

²⁵⁸ Dazu siehe § 10 A. II. 2..

²⁵⁹ Dazu siehe § 6 B. und § 14 C. I. 1., wo auf § 14 B. I. 2. verwiesen wird.

²⁶⁰ Dazu siehe § 10 A. II..

²⁶¹ Dazu siehe § 6 B. und § 14 C. I. 1., wo auf § 14 B. I. 2. verwiesen wird.

²⁶² Dafür sind insbesondere der Basler Kommentar über den Versicherungsvertrag, der Kommentar von Roelli/Keller sowie die Arbeiten von Kern, Koenig und Kuhn zu erwähnen. Die näheren Angaben können dem Literaturverzeichnis entnommen werden.

ende Norm in Art. 61 Abs. 1 VVG und um die Regelung von Art. 29 VVG²⁶³. Für die Erläuterung zu den genannten Artikeln kann wiederum auf die einschlägige Literatur verwiesen werden.

²⁶³ Bei letzterer wird jedoch teilweise auch von einer echten Rechtspflicht ausgegangen; vgl. Fuhrer in BaslerKomm N 5 zu Art. 29 VVG m.w.Nw..

5. Kapitel: Die Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung

Nachdem bei der Untersuchung der einzelnen Tatbestände auf deren konkrete Verletzungsrechtsfolgen eingegangen wurde, werden im Rahmen dieses Kapitels die Charakteristika der Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung behandelt. Vorgängig erfolgt jedoch noch die Darstellung der Abweichungen der Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung von den Rechtsfolgen der Verletzung einer Obligation. Diese Abweichungen bilden in der Literatur neben der Formulierung "andere Rechtsnachteile" oftmals die konstitutiven Merkmale der Obliegenheit¹. Als Abschluss dieses Kapitels folgen zudem noch Ausführungen zu weiteren Aspekten der Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung.

§ 11 Charakteristika der Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung

A. Die Abweichungen der Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung gegenüber den Rechtsfolgen der Verletzung einer (vollkommenen) Obligation

I. Kein Erfüllungsanspruch

Aufgrund der Untersuchung der Obliegenheiten im vierten Kapitel kann festgestellt werden, dass bei keiner Obliegenheit ein Anspruch auf Erfüllung besteht, der u.U. sogar auf dem Weg der Klage und mittels der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden könnte².

II. Kein Anspruch auf Schadenersatz

Festzuhalten ist weiter, dass bei der Verletzung von Obliegenheiten als Rechtsfolge kein Anspruch auf Schadenersatz entsteht. Einzige Ausnahme bilden die Obliegenheiten zur Verhinderung des Gläubigerverzugs und dies auch nur bei einer Dienstleistungsschuld oder einer Schuld auf ein Unterlassen (Art. 91 OR i.V.m. Art. 95 OR). In diesem Fall ist der Schuldner zum Rücktritt berechtigt und kann nach neuerer Ansicht neben dem Rücktritt das negative Interesse nach Art. 109 Abs. 2 OR und wohl auch das positive Interesse geltend machen³. Die genannte Ausnahme bleibt bei den untersuchten Obliegenheiten aber einzigartig. Zudem kommt ihr keine grosse praktische Relevanz zu. Der sich im Annahmeverzug befindliche Gläubiger verweigert nämlich i.d.R. auch die Gegenleistung, wodurch gleichzeitig Schuldnerverzug vorliegt, was den Schuldner berechtigt, direkt nach Art. 107 Abs. 2 OR

¹ Dazu siehe bspw. Hanau in ACP 165 (1965) S. 238 f.; Esser/Schmidt S. 115; Schwenger N 4.27.

² Vgl. auch statt vieler Wieling in ACP 176 (1976) S. 346; R. Schmidt S. 315.

³ Dazu siehe § 8 B. IX. 4. c).

vorzugehen⁴. Der Ausschluss des Schadenersatzanspruches im Verletzungsfall kann somit dennoch als prägendes Merkmal der Obliegenheit anerkannt werden⁵.

B. Die verschiedenen, bei den einzelnen Obliegenheitsverletzungen vorgesehenen Rechtsfolgen ("andere Rechtsnachteile")

Als Gemeinsamkeit aller Rechtsfolgen von Obliegenheitsverletzungen ist einleitend festzuhalten, dass die Obliegenheitsverletzung immer einen rechtlichen Nachteil des Obliegenheitsbelasteten bzw. die Einräumung eines rechtlichen Vorteils an die Gegenpartei zur Folge hat. Die Einräumung eines nur faktischen Nachteils bzw. Vorteils konnte bei keiner Obliegenheit festgestellt werden. Folgende Rechtsfolgen sind bei den im vierten Kapitel untersuchten Obliegenheiten vorgesehen.

I. Gesetzliche Fiktion einer Willenserklärung

Häufig ist als Rechtsfolge der Obliegenheitsverletzung die gesetzliche Fiktion einer Willenserklärung vorgesehen⁶. In diesen Fällen kommt der jeweils im Gesetz vorgesehene Vertrag zustande, da neben der Fiktion der einen Willenserklärung die Willenserklärung der anderen Partei tatsächlich erfolgt. Der Inhalt des Vertrages richtet sich dabei bei einem Teil der behandelten Obliegenheiten nach dem Willen beider Parteien (vgl. Art. 5 Abs. 3 OR; Art. 3 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 5 Abs. 3 OR analog). Beim anderen Teil richtet sich der Vertragsinhalt jedoch nur nach der Willenserklärung des Offerenten (Art. 6 OR; Art. 395 OR; Art. 517 Abs. 2 ZGB). Als Folge der gesetzlichen Fiktion einer Willenserklärung kann auch von einem gesetzlich angeordneten Konsens zwischen den Parteien gesprochen werden.

II. Nichtentstehung von Rechten

Als weitere Rechtsfolge der Obliegenheitsverletzung ist die Nichtentstehung eines oder mehrerer Rechte vorgesehen⁷. Die Entstehung des Rechts wird dabei von der Beachtung der Obliegenheit abhängig gemacht. Wird die Obliegenheit missachtet, entsteht das Recht folglich

⁴ Bernet in BaslerKomm N 3 zu Vorbemerkungen zu 91–96 OR; Gauch/Schluop/Schmid/Rey N 3194; Bucher AT S. 318 f..

⁵ Anderer Ansicht Koller N 104 f..

⁶ I.c. handelt es sich um die Tatbestände von Art. 3 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 5 Abs. 3 OR analog, Art. 5 Abs. 3 OR, Art. 6 OR, Art. 395 OR und Art. 517 Abs. 2 ZGB.

⁷ I.c. handelt es sich um die Tatbestände von Art. 201 OR, Art. 367 Abs. 1 OR, Art. 489 Abs. 1 OR, Art. 1034 ff. OR und Art. 1143 OR i.V.m. Art. 1034 ff. OR analog.

nicht. Bei Art. 201 Abs. 2 OR und Art. 370 Abs. 2 OR wird in diesem Zusammenhang von der Genehmigung der Kaufsache bzw. des Werkes gesprochen. Anzumerken ist, dass von einem Teil der Lehre bei den Genehmigungsfiktionen von Art. 201 Abs. 2 OR und Art. 370 Abs. 2 OR m.E. zu ungenau von der "Verwirkung" oder dem "Entfallen" von Rechten gesprochen wird⁸. Diese Formulierungen sind abzulehnen, da die mit den genannten Artikeln im Zusammenhang stehenden Gewährleistungsrechte vor der Beachtung der jeweiligen Mängelrüge in keinem Fall geltend gemacht werden können. Es liegt somit am nächsten, dass erst die Beachtung der Obliegenheit ihre Entstehung zur Folge hat, und nicht dass diese bereits vor der Beachtung der Obliegenheit bestehen, jedoch ihre Geltendmachung ausgeschlossen ist.

III. Verlust von Rechten

Die Missachtung einer Obliegenheit kann auch zum teilweisen oder vollständigen Verlust eines oder mehrerer Rechte führen⁹. Im Gegensatz zur Rechtsfolge der Nichtentstehung von Rechten kann der Obliegenheitsbelastete bei dieser Rechtsfolge das Recht vor der Obliegenheitsverletzung grundsätzlich geltend machen. Die Missachtung der Obliegenheit führt jedoch zur teilweisen oder vollständigen Verwirkung dieses Rechts¹⁰.

IV. Einräumung von Rechten an die Gegenpartei

Werden die Obliegenheiten zur Verhinderung des Gläubigerverzugs missachtet, wird der Gegenpartei, dem Schuldner, eines der in Art. 92 ff. OR vorgesehenen Rechte eingeräumt¹¹. Dabei handelt es sich je nach Leistungsgegenstand und teilweise weiteren Voraussetzungen um das Recht zur Hinterlegung der geschuldeten Sache, das Recht zum Selbsthilfeverkauf und das Recht zum Rücktritt vom Vertrag. Ein generelles Wahlrecht des Schuldners unter diesen Rechten besteht nicht.

⁸ Vgl. bspw. Honsell in BaslerKomm N 12 zu Art. 201 OR; Zindel/Pulver N 21 zu Art. 370 OR.

⁹ I.c. handelt es sich um die Tatbestände von Art. 44 Abs. 1 OR, Art. 415 OR, Art. 503 Abs. 1 OR und Art. 12 Abs. 1 PRG.

¹⁰ Zur Obliegenheit von Art. 44 Abs. 1 OR, wo sich die Beachtung der Obliegenheit auf einen langen Zeitraum erstrecken kann, ist jedoch anzumerken, dass es auch Sachverhalte gibt, bei denen der Zeitpunkt zur Beachtung der Obliegenheit mit dem Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs zusammenfallen kann. Bei diesen einzelnen Sachverhalten wäre es auch angebracht, sie der Rechtsfolge "Nichtentstehung von Rechten" zuzuordnen.

¹¹ Dazu siehe § 8 B. IX. 4..

§ 12 Weitere Aspekte der Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung

A. Die Bemessung der Rechtsfolgen

Neben deren Art lassen sich die Rechtsfolgen und dementsprechend die Obliegenheiten auch dadurch gruppieren, ob die Art und das Mass der Obliegenheitsverletzung bei der Bemessung der Rechtsfolgen berücksichtigt werden. Es lassen sich dabei Rechtsfolgen nach dem "Alles-oder-Nichts-Prinzip" und Rechtsfolgen, deren Bemessung variieren kann, unterscheiden.

I. Rechtsfolgen nach dem "Alles-oder-Nichts-Prinzip"

Bei den Rechtsfolgen nach dem "Alles-oder-Nichts-Prinzip"¹² ist die jeweilige Rechtsfolge gesetzlich klar bestimmt. Steht die Obliegenheitsverletzung fest, wird die gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge automatisch ausgelöst. Bezüglich der Rechtsfolge besteht für den Richter kein Ermessensspielraum. Dieser kann sich nur mit der Frage auseinandersetzen, ob eine Obliegenheitsverletzung vorliegt oder nicht. Bezüglich der untersuchten Tatbestände kommt der Vertrag somit beispielsweise zustande oder ein Recht entsteht nicht. Eine nur teilweise Nichtenstehung eines Rechts ist ausgeschlossen.

II. Rechtsfolgen, deren Bemessung variieren kann

Bei einer kleineren Anzahl von Obliegenheiten¹³ ist die Art und das Mass der Obliegenheitsverletzung bei der Bemessung der Rechtsfolgen zu berücksichtigen. Bei den genannten Tatbeständen entscheidet der Richter nicht nur, ob eine Obliegenheitsverletzung vorliegt, sondern er hat auch den Ermessensspielraum, den Anspruch des Obliegenheitsbelasteten in dessen Höhe zu kürzen, wozu die objektiven Umstände des Sachverhalts heranzuziehen sind. In engem Zusammenhang mit den hier behandelten Regelungen steht die Tatsache, dass bei den Obliegenheiten, bei denen die Bemessung der Rechtsfolgen variieren kann, nach der Lehre auch ein Verschulden notwendig ist, dessen Höhe bekanntlich ebenfalls variieren kann¹⁴. Es ist somit festzuhalten, dass bei der Obliegenheitsverletzung das Verschuldensprinzip mit der Möglichkeit der Bemessung der Rechtsfolgen einhergeht.

¹² I.c. handelt es sich um die Tatbestände von Art. 3 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 5 Abs. 3 OR analog, Art. 5 Abs. 3 OR, Art. 6 OR, Art. 91 OR, Art. 201 OR, Art. 367 Abs. 1 OR, Art. 395 OR, Art. 415 OR, Art. 489 Abs. 1 OR, Art. 1034 ff. OR, Art. 1143 OR i.V.m. Art. 1034 ff. OR analog und Art. 517 Abs. 2 ZGB.

¹³ I.c. handelt es sich um die Tatbestände von Art. 44 Abs. 1 OR, Art. 503 Abs. 1 OR und Art. 12 Abs. 1 PRG.

¹⁴ Für die generellen Ausführungen zur Frage des Verschuldens siehe § 17.

B. Die Intensität der Rechtsfolgen

Bei den Obliegenheiten ist die Intensität der Rechtsfolgen, insbesondere bei denjenigen, welche dem "Alles-oder-Nichts-Prinzip" folgen, i.d.R. sehr hoch. Ein kleines Fehlverhalten des Obliegenheitsbelasteten kann zu grossen Rechtsnachteilen, oftmals sogar zum Totalverlust beim betreffenden Geschäft führen. So hat die leicht verspätete Mängelrüge die Nichtenstehung sämtlicher Gewährleistungsansprüche zur Folge (vgl. Art. 201 Abs. 2 OR bzw. Art. 370 Abs. 2 OR), oder bei einer der zahlreichen Anzeigebliedenheiten kann bei Unterlassen der Anzeige ein völlig nachteiliger Vertrag gegen den Willen des "Akzeptanten" zustande kommen (vgl. bspw. Art. 5 Abs. 3 OR, Art. 6 OR und Art. 395 OR). Während die Rechtsfolgen nach dem Wenn-Dann-Mechanismus bei der Missachtung von Lasten weitgehend sachbezogen bedingt sind¹⁵, erscheinen die Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung gegenüber letzteren mehrheitlich verstärkt. Bei den erwähnten Beispielen wären für den Obliegenheitsbelasteten auch mildere, jedoch trotzdem noch sachbezogene Lösungen denkbar gewesen. Dazu ist bezüglich der künstlich geschaffenen Anzeigebliedenheiten festzuhalten, welche insbesondere der Verkehrssicherheit dienen, dass der durch die Anzeigebliedenheiten erzielte Effekt, der grundsätzlich im Interesse beider Parteien liegt, in einem wesentlichen Ungleichgewicht zu der für den Obliegenheitsbelasteten sehr strengen Rechtsfolge steht. Grundsätzlich wären die Anzeigebliedenheiten bzw. deren Rechtsfolgen nicht zwingend notwendig. Es wäre auch zumutbar, den Parteien die Frage nach dem Zustandekommen des Vertrages im Sinn von Art. 1 OR vorzubehalten. Die Anzeigebliedenheiten stellen aber die Entscheidung des Gesetzgebers dar, diese Sachverhalte wie vorgesehen zu lösen, wobei die Beachtung der Anzeigebliedenheiten durch die sehr strenge Rechtsfolge der Fiktion einer Willenserklärung sichergestellt wird. Ähnliches kann zu den Rügeobliedenheiten bzw. zu deren sehr strengen Rechtsfolgen festgestellt werden. Auch für diese besteht an sich keine Notwendigkeit, insbesondere auch nicht für deren überaus kurzen Rüge- und Verjährungsfristen. Im Fall einer Klage ist nämlich i.d.R. dem Obliegenheitsbelasteten der Beweis für den Mangel auferlegt (vgl. Art. 8 ZGB). Dieser fällt ihm mit zunehmender Dauer auch immer schwerer, weshalb an sich gar keine gesetzliche Lenkung notwendig wäre. Die Verletzungsrechtsfolge der Nichtenstehung der Gewährleistungs-

¹⁵ So ist es unbestritten, dass ein Recht zum Schutz der anderen Partei nach Jahren der Nichtausübung irgendwann verjähren muss. Zudem stellt auch die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts bei Missachtung der Formvorschriften eine sachbezogene Rechtsfolge dar, da die Beachtung der mit den Formvorschriften verfolgten Beweis Zwecke diese Rechtsfolge logisch-kausal bedingt. Das gleiche gilt für die Rechtsfolgen bei der Missachtung von Prozesslasten, bei welchen die Rechtsfolgen durch das Beschleunigungsgebot und teilweise die Möglichkeit der Wiederherstellung, sofern kein Verschulden vorliegt, begründet werden können.

ansprüche erscheint somit als nicht ausschliesslich sachbezogen. Als Konklusion ist festzuhalten, dass in den Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung mehrheitlich auch eine Strafkomponekte enthalten ist, durch welche der Gesetzgeber den Obliegenheitsbelasteten zusätzlich zur Beachtung der Obliegenheit nötigt. Diese Strafkomponekte stellt Teil des Zweckcharakters bzw. der Lenkungswirkung auf Beachtung der Obliegenheitstatbestände dar.

C. Die Frage der Obliegenheitsverletzung als Anwendungsfall des Verbots widersprüchlichen Verhaltens

Nach einem Teil der Lehre wird die Obliegenheitsverletzung als Anwendungsfall des Verbots widersprüchlichen Verhaltens ("venire contra factum proprium") gesehen¹⁶. Der Rechtsverlust tritt bei der Obliegenheitsverletzung gemäss dieser Ansicht deshalb ein, weil das Verhalten des Obliegenheitsbelasteten als Aufgabe des entsprechenden Rechts erscheint, dahingehend dass das Gesetz die unwiderlegbare Vermutung aufstellt, dass ein gewisses Verhalten eine Rechtsaufgabe bedeutet. Die Geltendmachung der ursprünglichen Rechtsposition wird dann als widersprüchliches Verhalten gesehen.

Dazu ist folgendes anzumerken. Fest steht, dass die Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung gesetzlich angeordnet sind. Dem Obliegenheitsbelasteten ist zudem ein bestimmtes Verhalten auferlegt. Kommt er diesem nicht ordnungsgemäss nach, führt dies zu den gesetzlich angeordneten Rechtsfolgen. Macht er die ursprüngliche Rechtsposition dennoch geltend, geniesst er dafür keinen Rechtsschutz. Die These der Obliegenheit als gesetzlicher Anwendungsfall des Verbots widersprüchlichen Verhaltens ist m.E. abzulehnen. Es scheint mir dabei eine dogmatische Überspitzung vorzuliegen, auf die ohne Verlust verzichtet werden kann. Kommt der Obliegenheitsbelastete nämlich der auferlegten Obliegenheit nicht nach, ist das Abweichen nicht als unwiderlegbare Vermutung der Rechtsaufgabe, sondern vielmehr als bewusste Rechtsaufgabe zu sehen. Der Obliegenheitsbelastete kennt nämlich die Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung zumindest als juristische Fiktion und nimmt sie in diesem Fall in Kauf. Auf die Konstruktion der unwiderlegbaren Vermutung kann verzichtet werden. Die Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung sind somit, dem Zweckcharakter der Obliegenheiten entsprechend, wie bei der Begründung eines Schadenersatzanspruches als gesetzlich

¹⁶ Dazu siehe § 5 B. V. 3. oder R. Schmidt S. 109 f., 257 f., S. 317; Wieling in ACP 176 (1976) S. 352; Hanau in ACP 165 (1965) S. 239.

angeordnete Sanktionen¹⁷ für ein bestimmtes Verhalten bzw. Unterlassen des jeweiligen Obliegenheitsbelasteten zu sehen¹⁸.

¹⁷ Die Obliegenheitsverletzung ist nicht rechtswidrig; dazu siehe § 16. Der Ausdruck Sanktion darf deshalb nicht im Sinn der Rechtsfolge eines Unwerturteils gesehen werden. Er rechtfertigt sich jedoch durch den Zweckcharakter der Obliegenheiten.

¹⁸ Abgelehnt wird die Konstruktion über das Verbot widersprüchlichen Verhaltens auch von Wilhelm Weber, welcher ebenfalls richtig argumentiert, dass seiner Natur nach nur dann ein "venire contra factum proprium" vorliegen kann, wenn sich der Handelnde mit einem tatsächlich an den Tag gelegten Verhalten, nicht mit einem gesetzlich oder vertraglich auferlegten Verhalten (wie bei der Obliegenheit) in Widerspruch setzt; vgl. Weber in Staudinger, 11. Aufl., II. Band, M 20 zu Einl. Recht der Schuldverhältnisse.

6. Kapitel: Folgerung zur Struktur der Obliegenheit

Dieses sechste Kapitel beinhaltet meine persönliche Meinung zur Struktur der Obliegenheit. Einführend wird aber noch zur Frage nach dem Pflichtcharakter der Obliegenheit Stellung bezogen.

§ 13 Die Frage nach dem Pflichtcharakter der Obliegenheit

A. Die persönliche Ansicht betreffend die Frage nach dem Pflichtcharakter einer Rechtsnorm

Bezüglich der Frage, ob eine Rechtsnorm eine Pflicht darstellt oder nicht, ist diese entsprechend auszulegen. Ergibt die Auslegung, dass die Rechtsnorm vom betroffenen Rechtsanwender beachtet werden muss, weil in ihr ein klares Rechtsgebot enthalten ist, das i.d.R. einen bestimmten Zweck verfolgt, ist m.E. von einer Pflicht auszugehen. Solche Rechtsgebote werden in den meisten Fällen durch die Androhung eines bestimmten Nachteils im Verletzungsfall geschützt.

Ist bei einem Tatbestand als Verletzungsrechtsfolge ein Schadenersatzanspruch vorgesehen, liegt in den allermeisten Fällen eine Pflicht vor¹. Die Androhung eines Nachteils allein bildet m.E. aber kein konstitutives Merkmal für die Annahme einer Pflicht. Es steht zweifellos fest, dass es Rechtsnormen gibt, bei welchen zwar Nachteile angedroht sind, die jedoch nicht beachtet werden müssen. Zu diesen sind neben den Lasten auch die Obliegenheiten zu zählen. Die Definition der Pflicht nur über die Verletzungsrechtsfolgen ist deshalb abzulehnen². Andererseits kann festgehalten werden, dass neben zahlreichen Rechtsnormen im Völker- und Verfassungsrecht³ auch im Familienrecht Rechtsnormen vorhanden sind, welche nur um ihrer selbst willen beachtet werden müssen, und deren Verletzung zu keinen, zumindest nicht unmittelbaren Sanktionen führt⁴. Diese Rechtsnormen werden jedoch nach den zahlreichen Kommentierungen dennoch als Pflichten aufgefasst⁵. Entscheidend für den Pflichtbegriff kann

¹ So R. Schmidt S. 314; Enneccerus/Nipperdey § 74 IV; von Tuhr/Peter S. 12 f.; Henss S. 95 f.. Festzuhalten ist jedoch, dass es auch Rechtsnormen ohne Pflichtcharakter gibt, welche Schadenersatzansprüche begründen können; vgl. Art. 91 OR i.V.m. Art. 95 OR i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR, Art. 52 Abs. 2 OR und Art. 701 ZGB.

² Dazu siehe § 2 A. oder Kelsen S. 47.

³ Larenz, 7. Aufl., S. 36 f..

⁴ Bei den familienrechtlichen Pflichten handelt es sich insbesondere um die Verhaltensanforderungen der Art. 159 Abs. 2 ZGB, Art. 159 Abs. 3 ZGB, Art. 163 ff. ZGB, Art. 272 ZGB, Art. 276 ff. ZGB und Art. 328 ff. ZGB; im übrigen siehe dazu § 8 B. XI..

⁵ Vgl. von Tuhr/Peter S. 14; Hegnauer/Breitschmid § 15 ff.; Weimar in BernerKomm N 6 zu Art. 477 ZGB; Bessenich in BaslerKomm N 13 zu Art. 477 ZGB.

m.E. somit nur das im Gesetz verankerte klare Rechtsgebot sein, das bei Fehlen einer Sanktionsdrohung im Verletzungsfall als ethische Verhaltensanforderung anzusehen ist. Eine rein positivistische Rechtsordnung, welche die Pflicht nur über die Sanktionsdrohung definiert, ist als inhaltslos abzulehnen und entspricht insbesondere wohl nicht dem Bedürfnis der Gesellschaft⁶. So müsste nach der rein positivistischen Betrachtungsweise beispielsweise für die familienrechtlichen Pflichten, deren Verletzung i.d.R. ohne unmittelbare Sanktion bleibt, ein neuer Begriff gesucht werden, da diese keine Pflichten mehr darstellen würden.

B. Die eigentliche Frage nach dem Pflichtcharakter der Obliegenheit

Bezüglich der Obliegenheiten steht in Übereinstimmung mit der gesamten Lehre fest, dass diese nicht beachtet werden müssen⁷. Da somit kein eigentliches Rechtsgebot der Rechtsordnung vorliegt, dass dem Obliegenheitsbelasteten als Rechtsanwender ein bestimmtes Verhalten vorschreibt, ist der Pflichtcharakter der Obliegenheit zu verneinen, auch im Sinn einer Nebenpflicht⁸.

Festzuhalten ist jedoch, dass durch die Androhung der Nachteile bzw. der Einräumung von Vorteilen an die Gegenpartei im Verletzungsfall auf den Obliegenheitsbelasteten Zwang ausgeübt wird, die Obliegenheit dennoch zu beachten. Als Teilergebnis der vorgängigen Untersuchung der Obliegenheiten ist zudem festzustellen, dass der Zwang zur Beachtung der Obliegenheit zu bestimmten Zwecken erfolgt⁹. Die Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung sind dadurch nicht nur als Folge der Tatbestand-Rechtsfolge-Relation zu sehen, sondern der Obliegenheitsbelastete wird insbesondere wegen diesen Zwecken vor die Wahl gestellt, die Obliegenheit zu beachten oder die im Vergleich zu den Lasten mehrheitlich verstärkten Rechtsfolgen¹⁰ zu tragen. Der Gesetzgeber verfolgt mit der Obliegenheit Lenkungswirkung¹¹. Da der Gesetzgeber somit die Beachtung der Obliegenheit bezweckt, obwohl sie an sich nicht beachtet werden muss, und die Verletzung rechtliche Nachteile zur Folge hat, ist von einer gewissen "faktischen Pflichtigkeit" der Obliegenheit auszugehen.

⁶ Ähnlich Esser in ACP 154 (1955) S. 50.

⁷ Dazu siehe § 5 B. und § 6.

⁸ Darauf hinzuweisen ist aber, dass in der Lehre zum Privatversicherungsrecht die Obliegenheiten vorwiegend als Nebenpflichten gesehen werden, welche neben der Bezahlung der Versicherungsprämien geschuldet sind; vgl. Kern S. 10; Nef in BaslerKomm N 3 zu Art. 45 VVG.

⁹ Dazu siehe § 8 - § 10.

¹⁰ Dazu siehe § 12 B..

¹¹ Dies führt bei R. Schmidt zur Bezeichnung der Obliegenheiten als teleologische Nötigungstatbestände; dazu siehe § 5 A. II. 5. oder R. Schmidt S. 56 ff..

§ 14 Der persönliche Standpunkt zur Struktur der Obliegenheit

A. Die Gemeinsamkeiten der Obliegenheiten im Schweizerischen Zivilrecht

Neben den im fünften Kapitel behandelten Gemeinsamkeiten der Verletzungsrechtsfolgen können als Teilergebnis der im vierten Kapitel untersuchten Obliegenheiten die nachfolgenden Schlussfolgerungen betreffend der Gegenstände *Interessenlage*, *Zweckcharakter* und *Rechtsgeschäftlicher Charakter* gezogen werden.

I. Interessenlage

Zur Interessenlage ist festzuhalten, dass die Obliegenheiten grundsätzlich sowohl im Interesse des Obliegenheitsbelasteten als auch im Interesse des Obliegenheitsbegünstigten auferlegt sind. Gleich verhält es sich mit dem Interesse an der Beachtung der Obliegenheiten. Präzisierend ist jedoch zu bemerken, dass es sowohl Obliegenheiten gibt, an denen das Interesse der einen Partei überwiegt (vgl. Art. 201 OR, Art. 367 Abs. 1 OR und Art. 415 OR), als auch Obliegenheiten, an deren Beachtung das Interesse einer Partei höher gewichtet ist (vgl. Art. 201 OR, Art. 367 Abs. 1 OR und Art. 12 Abs. 1 PRG). Bei sämtlichen Obliegenheiten kann aber insgesamt noch guten Gewissens von einer jeweils gespaltenen Interessenlage ausgegangen werden¹².

II. Zweckcharakter

Zur Frage des Zweckcharakters ist festzustellen, dass bei sämtlichen Obliegenheiten die Tatbestand-Rechtsfolge-Relation zweckbestimmt ist. Durch die Androhung der Rechtsnachteile bzw. der Einräumung von Vorteilen an die Gegenpartei wird der Obliegenheitsbelastete faktisch gezwungen, die Obliegenheit zu beachten (psychologischer Zwang). Der Gesetzgeber bezweckt dadurch im Gegensatz zur Last, bei welcher die Rechtsfolge nur eine Wirkung des Wenn-Dann-Mechanismuses darstellt, die Beachtung der Obliegenheit zu bestimmten Zwecken (Lenkungswirkung)¹³.

Der Lehrmeinung von Ballerstedt, der eine Unterscheidung zwischen "funktionellem" und "teleologischen Rechtszwang" als zu formal und abstrakt ablehnt, ist somit nicht zuzu-

¹² Zum gleichen Ergebnis kommen R. Schmidt S. 103 f., S. 314 f.; Enneccerus/Nipperdey § 74 IV; Larenz/Wolf S. 264 ff..

¹³ R. Schmidt bezeichnet diese Eigenschaft als teleologischen Charakter der Obliegenheiten; dazu siehe § 5 A. II. 5. oder R. Schmidt S. 56 ff..

stimmen¹⁴. Übereinstimmend mit Schmidt¹⁵ sind bei den verschiedenen Rechtsnormen auch verschiedene Stufen der Zwangsintensität ersichtlich. Während bei einer typischen Last wie eines Verjährungstatbestandes kein Interesse der Gegenpartei an deren Beachtung besteht und dementsprechend auch kein Zwang der Rechtsordnung auf Beachtung vorgesehen ist - die Rechtsfolgen der Nichtbeachtung der Last stellen nur eine logisch-kausale Konsequenz dar (Wenn-Dann-Mechanismus) -, liegt die Beachtung der Obliegenheit mehrheitlich¹⁶ auch im Interesse der Gegenpartei. So hat beispielsweise im Fall der Schadenminderungsobliegenheit auch der Obliegenheitsbegünstigte ein Interesse an der Beachtung der Obliegenheit, welche die Verhinderung zusätzlichen Schadens bezweckt. Dies hat zur Folge, dass die Rechtsfolge im Fall der Verletzung der Schadenminderungsobliegenheit nicht nur als Ausfluss des Wenn-Dann-Mechanismuses erscheint, sondern darüber hinaus das Verhalten des Geschädigten durch das Aufstellen der Obliegenheit zum Schutz des Schädigers gesteuert werden soll. Die Obliegenheit beinhaltet somit im Gegensatz zur Last Lenkungswirkung bzw. hat Zweckcharakter, was als mindere Stufe des Zwanges zu sehen ist. Von wirklichem Zwang ist aber erst bei der Obligation auszugehen, die dementsprechend auch nur im Interesse des Gläubigers aufgestellt ist. Es kann somit festgehalten werden, dass der Grad der Zweckbestimmtheit einer Verhaltensanforderung auch stark mit der Interessenlage zusammenhängt. Zur Obliegenheit ist speziell zu bemerken, dass diese sowohl beim Grad der Zweckbestimmtheit als auch bezüglich der Interessenlage eine Mittelstellung zwischen der Last (i.e.S.) und der Obligation einnimmt.

Betreffend der mit den einzelnen Obliegenheiten verfolgten Zwecken kann angemerkt werden, dass diese vielfältig sind. Quantitativ im Vordergrund stehen die Verkehrs- und die Beweissicherheit.

III. Rechtsgeschäftlicher bzw. rechtsgeschäftsähnlicher Charakter

Als Teilergebnis der im vierten Kapitel untersuchten Obliegenheiten steht zudem fest, dass grundsätzlich als persönliche Voraussetzung für die Obliegenheitsverletzung das Vorliegen

¹⁴ Vgl. Ballerstedt in ZHR 121 (1958) S. 85 f..

¹⁵ Vgl. R. Schmidt S. 54 ff..

¹⁶ Bei den Rügeobliegenheiten von Art. 201 OR, Art. 367 Abs. 1 OR und Art. 12 Abs. 1 PRG liegt deren Beachtung nur sehr begrenzt im Interesse des Obliegenheitsbegünstigten. Der auf die Beachtung der Obliegenheiten gerichtete Zweckcharakter ergibt sich bei diesen aber aus anderen Gründen, bei Art. 201 OR und Art. 367 Abs. 1 OR durch die äusserst strengen Sanktionen und bei Art. 12 Abs. 1 PRG aus der Natur der Sache; im übrigen siehe dazu § 8 A. III. 6., § 8 A. IV. 6. und § 10 A. I. 6..

der Handlungsfähigkeit¹⁷ oder zumindest der Urteilsfähigkeit¹⁸ des Obliegenheitsbelasteten erforderlich ist. Eine gewichtige Ausnahme bilden jedoch die Obliegenheiten des Gläubigers zur Verhinderung des Gläubigerverzugs gemäss Art. 91 OR, deren Verletzung gemäss gesetzlicher Anordnung auch bei Fehlen der Urteilsfähigkeit des Obliegenheitsbelasteten die Rechtsfolgen auslösen kann. Es liegt somit kein vollständig einheitliches Bild vor, da der rechtsgeschäftliche oder rechtsgeschäftsähnliche Charakter nur bei vielen, aber nicht bei allen Obliegenheiten ein Merkmal darstellt. Die von Wieling aufgestellte These des rechtsgeschäftlichen Charakters der Obliegenheiten¹⁹, welche von mir bezüglich der Obliegenheiten von Art. 44 Abs. 1 OR und Art. 12 Abs. 1 PRG mit dem rechtsgeschäftsähnlichen Charakter erweitert wurde²⁰, ist folglich mit dem erwähnten Vorbehalt der Obliegenheiten von Art. 91 OR zu behandeln.

B. Die Bejahung des eigenständigen Obliegenheitsbegriffes

I. Abgrenzungen

1. Abgrenzung gegenüber den Pflichten

Die Obliegenheiten können generell dadurch von den Pflichten abgegrenzt werden, dass sie im Gegensatz zu letzteren nicht beachtet werden müssen²¹. Dies ergibt sich, weil die Obliegenheiten kein eigentliches Rechtsgebot enthalten.

Von den Obligationen können die Obliegenheiten zusätzlich über die Verletzungsrechtsfolgen, bei welchen weder ein Erfüllungs- noch ein Schadenersatzanspruch der Gegenpartei vorgesehen ist, und über die gespaltene Interessenlage abgegrenzt werden, welche vom reinen Interessen des Gläubigers an den Obligationen abweicht.

2. Abgrenzung gegenüber den Lasten (i.e.S.)

Bei Betrachtung der gängigen Lasten (Formvorschriften, Prozesslasten, Verjährungs- und Verwirkungstatbestände) ist festzustellen, dass es sich bei diesen in Übereinstimmung mit der

¹⁷ I.c. handelt es sich um die Tatbestände von Art. 3 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 5 Abs. 3 OR analog, Art. 5 Abs. 3 OR, Art. 6 OR, Art. 201 OR, Art. 367 Abs. 1 OR, Art. 395 OR, Art. 415 OR, Art. 489 Abs. 1 OR, Art. 503 Abs. 1 OR, Art. 1034 ff. OR und Art. 1143 OR i.V.m. Art. 1034 ff. OR analog.

¹⁸ I.c. handelt es sich um die Tatbestände von Art. 44 Abs. 1 OR und Art. 12 Abs. 1 PRG.

¹⁹ Vgl. § 6 C. II. 2. oder Wieling in ACP 176 (1976) S. 354.

²⁰ Dazu siehe § 8 B. I. 6..

²¹ Dazu siehe § 13 B..

herrschenden Lehre um Verhaltensanforderungen im eigenen Interesse handelt²², denen kein rechtsgeschäftlicher Charakter zukommt²³. Bei den Obliegenheiten liegt dagegen jeweils eine gespaltene Interessenlage vor. Zudem weisen sie Zweckcharakter und mit Ausnahme von Art. 91 OR rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Charakter auf. Bei den Obliegenheiten handelt es sich somit um keine Lasten (i.e.S.). Insbesondere deren Zweckcharakter und die abweichende Interessenlage lässt sie gegenüber den genannten Beispielen als andersartig erscheinen.

II. Der eigenständige Obliegenheitsbegriff

Ein eigenständiger Begriff der Obliegenheit, welcher für eine eigenständige Gruppe von Rechtsnormen mit spezifischen Eigenschaften steht, ist m.E. gerechtfertigt. Die im vierten Kapitel untersuchten Obliegenheiten sind in ihrem Aufbau und in den durch sie geregelten Gegenständen zwar sehr verschieden, die erforderlichen Eigenschaften für einen eigenständigen Begriff liegen aber vor. Die Obliegenheiten sind als Verhaltensanforderungen zu sehen, bei welchen kein Anspruch auf Erfüllung besteht. Deren Missachtung hat zudem keinen Schadenersatzanspruch zur Folge, sondern die Auferlegung eines anderen Nachteils für den Belasteten bzw. die Einräumung eines Vorteils an die Gegenpartei. Als spezielle Merkmale sind die gespaltene Interessenlage und deren weitgehend rechtsgeschäftlicher bzw. rechtsgeschäftsähnlicher Charakter zu erwähnen. Weiter wurde festgestellt, dass mit den Obliegenheiten Lenkungswirkung zur Beachtung der Tatbestände verfolgt wird (Zweckcharakter). Nach der vorliegenden Definition können die Obliegenheiten auch generell von den Pflichten, den Obligationen, den Nebenpflichten und den Lasten (i.e.S.) abgegrenzt werden. Ein eigenständiger Begriff der Obliegenheit rechtfertigt sich somit.

Von zwei Autoren wird ein eigenständiger Begriff der Obliegenheit jedoch abgelehnt²⁴. Diesen Autoren ist gemeinsam, dass sie den eigenständigen Begriff der Obliegenheit als überflüssig erachten, da die entsprechenden Rechtsnormen im Einzelfall den Pflichten inkl. den Nebenpflichten oder den Lasten²⁵ bzw. den Schuldverhältnissen (i.e.S.) oder den "Nichtschuldverhältnissen"²⁶ zugeordnet werden könnten. Es wird somit von diesen Autoren der Versuch unternommen, die Rechtsordnung einfach und übersichtlich, ohne zu viele Begriffe und Institute zu behalten, was an sich zu begrüßen ist. Dennoch ist folgendes auf

²² Statt vieler vgl. Larenz/Wolf S. 266; Esser/Schmidt S. 115; R. Schmidt S. 76 ff., S. 101, S. 313 f..

²³ Wieling in ACP 176 (1976) S. 354.

²⁴ Esser in ACP 154 (1955) S. 50 f.; J. Schmidt in Staudinger N 242 zu Einl. vor § 241 ff. BGB.

²⁵ Dazu siehe § 6 A. I. oder Esser in ACP 154 (1955) S. 50 f..

²⁶ Dazu siehe § 6 A. II. oder J. Schmidt in Staudinger N 242 zu Einl. vor § 241 ff. BGB.

grundsätzlicher Ebene zu entgegnen. Die Beibehaltung einer einfachen Rechtsordnung ist nur dann gewinnbringend, wenn die Vorteile der Einfachheit der Rechtsordnung die Vorteile der Einführung eines neuen Begriffes überwiegen. Dies ist m.E. bezüglich der genannten Autoren nicht der Fall. Die aufgezeigten Eigenschaften der Rechtsnormen, welche an dieser Stelle als Obliegenheiten bezeichnet werden, rechtfertigen nämlich einen eigenständigen Begriff. Zu Esser ist zudem speziell zu bemerken, dass es fraglich ist, dass bei ihm sämtliche als Obliegenheiten bezeichneten Rechtsnormen auch bei breiten Pflicht- und Lastbegriffen jeweils einer dieser Kategorien zugeordnet werden können, und die Qualifikation dann den einzelnen Tatbeständen gerecht wird. Zu Jürgen Schmidt ist festzuhalten, dass bei ihm sogar nur eine Unterteilung in die Obligationen und die übrigen Rechtsnormen erfolgt. Bei dieser Betrachtungsweise fallen sämtliche Obliegenheiten in den Bereich der übrigen Rechtsnormen. Die Spezialität der Obliegenheiten macht m.E. jedoch aus den bereits festgehaltenen Gründen eine Unterteilung der übrigen Rechtsnormen in Untergruppen notwendig.

Zur praktischen Relevanz des eigenständigen Obliegenheitsbegriffes ist festzuhalten, dass sich dieser in der Literatur und Rechtsprechung wohl definitiv etabliert hat und insbesondere für die Verhaltensanforderungen der Art. 44 Abs. 1 OR, Art. 91 OR, Art. 201 OR sowie Art. 367 Abs. 1 OR breite Verwendung findet. Jedoch auch unabhängig von der Häufigkeit der Verwendung in der Literatur und Rechtsprechung rechtfertigt sich aus der praktischen Sicht ein eigenständiger Obliegenheitsbegriff. An die Obliegenheitsverletzung sind gewichtige Sanktionen geknüpft, die genauso schwer wiegen können wie die Rechtsfolgen des Schadenersatzes. Insbesondere bei den soeben genannten Obliegenheiten handelt es sich zudem um gewichtige Vorschriften, die auch grosse praktische Bedeutung haben. Da die Obliegenheitstatbestände, obwohl sie zum Teil völlig unterschiedliche Gegenstände regeln, gewisse Ähnlichkeiten haben, sollten diese Ähnlichkeiten so weit wie möglich herausgestrichen werden, so dass für sie auf der dogmatischen Ebene gemeinsame Regeln aufgestellt werden können, woran sicherlich ein praktisches Bedürfnis besteht²⁷. Da die Obliegenheiten zudem von den Obligationen und den Lasten (i.e.S.) abgegrenzt werden können, sollte auch aus der praktischen Sicht dem eigenständigen Begriff der Obliegenheit nichts entgegenstehen.

²⁷ Dafür siehe insbesondere den dritten Teil (§ 15 ff.).

- C. Zur eigentlichen Frage der Struktur der Obliegenheit
 - I. Die Ablehnung der Qualifikation der Obliegenheit als Last
 - 1. Die Ablehnung der Qualifikation der Obliegenheit als Last (i.e.S.)

Für die Ablehnung der Qualifikation der Obliegenheit als Last (i.e.S.) kann an dieser Stelle auf die Ausführungen unter § 14 B. I. 2. verwiesen werden.

- 2. Die Ablehnung der Qualifikation der Obliegenheit als Last (i.w.S.)

Zu untersuchen ist an dieser Stelle, wie es sich mit den Autoren verhält, welche die Obliegenheit in das weitere Umfeld der Last einordnen. Dazu interessieren insbesondere die Ansichten von Wieling und Enneccerus / Nipperdey.

Gegen die Qualifikation der Obliegenheit durch Wieling²⁸ können auf der grundsätzlichen Ebene die gleichen Argumente wie gegen die Ablehnung der Qualifikation als Last (i.e.S.) eingewendet werden. Wieling geht nämlich bei der Obliegenheit ebenfalls von einer Verhaltensanforderung im eigenen Interesse aus, was aus den beschriebenen Gründen abzulehnen ist²⁹. Weiter hat sich gezeigt, um auf Wielings Spezialität einzugehen, dass nicht alle Obliegenheiten rechtsgeschäftlichen Charakter haben, sondern einige nur rechtsgeschäftsähnlichen Charakter (Art. 44 Abs. 1 OR, Art. 12 Abs. 1 PRG), und die Obliegenheiten von Art. 91 OR nicht mal letzteren vorweisen. Das Abgrenzungskriterium zu den Lasten (i.e.S.) über den rechtsgeschäftlichen Charakter ist somit nur begrenzt wirksam. Erweitert man es auf den rechtsgeschäftsähnlichen Charakter, bleibt immer noch der Vorbehalt der wichtigen Obliegenheiten von Art. 91 OR. Aus den genannten Gründen ist die Qualifikation der Obliegenheit als Last im Sinn Wielings abzulehnen.

Nach der Ansicht von Enneccerus / Nipperdey³⁰ handelt es sich bei den Obliegenheiten um Lasten, welche im Interesse beider Parteien auferlegt sind. Bezüglich der Interessenlage herrscht somit Übereinstimmung mit der hier vertretenen Ansicht, wenn auch die damit verknüpfte Frage nach dem Zweckcharakter der Obliegenheit nicht direkt behandelt wird. Es fragt sich aber, da nach der herrschenden Lehre die Lasten Verhaltensanforderungen im eigenen Interesse sind³¹, ob der Begriff der Last auch der richtige Begriff für die Qualifikation

²⁸ Dazu siehe § 6 C. II. oder Wieling in ACP 176 (1976) S. 348 ff., insbesondere S. 354.

²⁹ Dazu siehe § 14 B. I. 2..

³⁰ Dazu siehe § 6 C. I. oder Enneccerus/Nipperdey § 74 IV; siehe auch Larenz/Wolf S. 264 f.; zudem vgl. § 6 C. III. 1. oder Koller N 98 ff., welcher zum Teil ebenfalls von einer gespaltenen Interessenlage ausgeht.

³¹ Statt vieler vgl. Larenz/Wolf S. 266; Esser/Schmidt S. 115; R. Schmidt S. 76 ff., S. 101, S. 313 f..

der Obliegenheiten ist. M.E. ist der Begriff der Last im Zusammenhang mit den Obliegenheiten abzulehnen, weil er insbesondere zu stark mit der einseitigen Interessenlage verknüpft ist. Die Ansicht von Enneccerus / Nipperdey der Qualifikation der Obliegenheit als Last (i.w.S.) ist somit ebenfalls zu verwerfen.

3. Exkurs: Der Lastbegriff im Schweizerischen Recht

Zur Frage der Obliegenheit als Last ist abschliessend noch eine Bemerkung zum Begriff der Last spezifisch im Schweizerischen Recht zu machen. Der Begriff der Last wird zwar von den Schweizer Autoren im Zusammenhang mit den Obliegenheiten verwendet³², in anderem Zusammenhang ist er in der Schweizerischen Literatur mit Ausnahme des Zivilprozessrechts aber nur vereinzelt zu finden. Eine Verankerung als eigenständiger Rechtsbegriff im Sinn eines Oberbegriffes für verschiedenartige Rechtsnormen³³ scheint mir im Schweizerischen Recht im Gegensatz zum deutschen Recht als fraglich. Wirkliche praktische Bedeutung hat er zudem wohl nur bei den Lasten des Zivilprozessrechts. Neben den bereits ausgeführten Gründen, welche die Qualifikation der Obliegenheit als Last verneinen, wäre im Schweizerischen Recht wohl auch der Begriff selbst für die Bezeichnung der Obliegenheiten ungeeignet.

II. Die Qualifikation der Obliegenheit als Pflicht minderen Grades

Die Obliegenheit muss, wie bereits mehrfach erwähnt, nicht beachtet werden. Durch die Androhung der strengen Rechtsfolgen im Fall der Obliegenheitsverletzung ist jedoch vom Gesetzgeber ein faktischer Zwang vorgesehen, mit welchem er die Beachtung der Obliegenheit bezweckt (Zweckcharakter). Auf der faktischen Ebene übt die Obliegenheit somit eine gewisse Pflichtigkeit aus, obwohl es dem Obliegenheitsbelasteten an sich offen steht, die Obliegenheit zu beachten oder nicht. Auch was die Interessenlage betrifft, ist bei der Obliegenheit mit deren gespaltener Interessenlage im Gegensatz zu den Lasten eine Annäherung an die Pflichten festzustellen, welche im Interesse des Begünstigten auferlegt sind. Da bei der Obliegenheit auf der faktischen Ebene ein gewisser Zwang zur Beachtung besteht, sich auch die festgestellte Interessenlage mit der Ansicht Reimer Schmidts deckt, und die folgenden Begriffe in der Schweizerischen Lehre schon teilweise eingeführt sind, werden

³² Vgl. bspw. Jäggi in ZürcherKomm § 78 zu Vorbemerkungen vor Art. 1 OR.

³³ Dabei handelt es sich um die Formvorschriften, die Verjährungs- und Verwirkungsvorschriften und die zivilprozessualen Lasten; dazu siehe § 5 A. II. 3..

an dieser Stelle die von Reimer Schmidt geprägten Begriffe "Pflicht minderen Grades" und "Pflicht minderer Zwangsintensität"³⁴ als die am besten geeigneten Bezeichnungen zur Qualifikation der Obliegenheit aufgefasst, insbesondere da der Begriff "Last" abgelehnt wird.

Festzuhalten ist aber bezüglich der Struktur explizit, dass es sich bei den Obliegenheiten trotz der Bezeichnung als "Pflichten" um keine eigentlichen Pflichten handelt, sondern um eine eigene Kategorie von Rechtsnormen, die bei gewissen Eigenschaften eine Annäherung zu den Pflichten aufweisen (teilweise Interessenlage, Zweckcharakter, faktischer Erfüllungszwang), bei anderen Eigenschaften jedoch von den Pflichten, insbesondere den Obligationen, abweichen (teilweise Interessenlage, kein Erfüllungsanspruch, Rechtsfolgen)^{35 36}.

III. Die Ablehnung der übrigen Qualifikationen der Obliegenheit

Die Ansicht von Spiro, der die Obliegenheiten unter anderem als eigenständige Kategorie von Rechtsnormen vornehmlich im Interesse des Obliegenheitsbegünstigten sieht³⁷ und davon ausgeht, dass diese i.d.R. keine grossen Belastungen darstellen³⁸, ist abzulehnen. Die Feststellungen Spiros stehen im Gegensatz zu den Folgerungen dieser Arbeit, nach welcher bei den Obliegenheiten eine gespaltene Interessenlage vorliegt, und die Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung den Obliegenheitsbelasteten i.d.R. genauso schwer treffen wie die Rechtsfolgen der Verletzung einer Obligation den Schuldner.

Die Ansicht von Henss, welcher in seiner Schrift davon ausgeht, dass sich die Obliegenheiten aus dem Schuldverhältnis i.w.S. ergeben als komplementäre Rechtsfigur der vertragszielbezogenen Nebenpflichten des Schuldners³⁹, wird weiterhin als eine dogmatische Über-

³⁴ Dazu siehe § 5 B. oder R. Schmidt S. 103 f., S. 315 f..

³⁵ An dieser Stelle besteht auch ein Unterschied zu Reimer Schmidt, der die "Pflichten minderer Zwangsintensität", obwohl er es wohl nirgends eindeutig ausspricht, als wirkliche Unterform der Pflichten sieht.

³⁶ Da die Struktur der Obliegenheit in dieser Arbeit nun endgültig feststeht, kann BGE 114 II 220 ff. kritisiert werden, welcher die Verhaltensanforderung im Prozessrecht, die Wiederherstellung einer Frist sofort nach Wegfall des Hindernisses bzw. nach Eintritt des die Wiederherstellung rechtfertigenden Ereignisses zu verlangen, als Obliegenheit bezeichnet. Zur Struktur der Obliegenheit werden in diesem Entscheid keine Ausführungen gemacht, weshalb nicht näher darauf eingegangen werden kann. Offenbar ist jedoch, dass der Entscheid der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht widerspricht. Bei der erwähnten Verhaltensanforderung handelt es sich nämlich um keine Obliegenheit, sondern vielmehr um eine Prozesslast; dazu siehe § 5 A. II. 3. b) oder Vogel/Spühler § 42 N 27 ff..

³⁷ Spiro S. 917, insbesondere Fn. 16.

³⁸ Spiro S. 915, Fn. 9.

³⁹ Henss S. 94, S. 105 ff., S. 109 f. und S. 113.

spitzung abgelehnt⁴⁰. Die Untersuchung der einzelnen Obliegenheiten hat keine Anhaltspunkte für die Ansicht von Henss ergeben.

Durch die Qualifikation der Obliegenheit als Pflicht minderen Grades können zudem auf ganz grundsätzlicher Ebene sowohl die Verbindlichkeits- als auch die Voraussetzungstheorie verworfen werden⁴¹.

D. Die Charakterisierung der Struktur der Obliegenheit

I. Allgemein

Zur Charakterisierung der Struktur der Obliegenheit ist anzumerken, dass neben den bereits erwähnten Eigenschaften (kein Erfüllungsanspruch, andere Rechtsnachteile anstatt ein Schadenersatzanspruch der Gegenpartei, die gespaltene Interessenlage, der faktische Zwang zur Beachtung der Obliegenheit (Zweckcharakter) und der weitgehend rechtsgeschäftliche bzw. rechtsgeschäftsähnliche Charakter) die weiteren Gemeinsamkeiten der Obliegenheiten relativ gering sind. Ihre gemeinsame Funktion besteht darin, zwischen den Parteien die beiderseitigen Risikosphären abzugrenzen⁴². Ein gewachsenes Rechtsinstitut der Obliegenheit gibt es jedoch nicht. Die Obliegenheit ist vielmehr nur als ein Rechtsbegriff zu sehen, der auf eine Sammelgruppe von Tatbeständen verweist, die wegen der oben erwähnten gemeinsamen Eigenschaften unter der Bezeichnung "Pflichten minderen Grades" oder "Pflichten minderer Zwangsintensität" als eigenständige Rechtsnormen hervorgehoben werden können. Bei den Pflichten minderen Grades handelt es sich aber insbesondere um keine eigentlichen Pflichten, da sie nicht beachtet werden müssen, sondern es ist bei ihnen nur in einigen Punkten eine Annäherung zu den Pflichten festzustellen (teilweise Interessenlage, Zweckcharakter, faktischer Erfüllungszwang). Die relativ geringe Gemeinsamkeit der verschiedenen Obliegenheiten ist darauf zurückzuführen, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung des Obligationenrechts und des Zivilgesetzbuches Anfang des 20. Jahrhunderts gar keine klare Vorstellung bezüglich der Pflichten minderen Grades hatte⁴³.

⁴⁰ Dazu siehe § 7 C. III..

⁴¹ Dazu siehe auch § 5 B. V. 2. oder R. Schmidt S. 317.

⁴² Esser/Schmidt S. 115.

⁴³ Dazu siehe § 4 B. II. und III..

II. Untergruppen von Obliegenheiten

Eine Unterteilung der Obliegenheiten in verschiedene Untergruppen ist begrenzt möglich. Es bietet sich m.E. folgende Unterteilung an. Auf der grundlegendsten Stufe unterteilen sich die Obliegenheiten in die Erklärungs- und die Mitwirkungsobliegenheiten. Bei den Erklärungsobliegenheiten kann dann wiederum zwischen den Anzeige- und den Rügeobliegenheiten unterschieden werden. Eine Unterteilung der Mitwirkungsobliegenheiten ist nicht ersichtlich.

1. Erklärungsobliegenheiten

Bei der Gruppe der Erklärungsobliegenheiten ist dem Obliegenheitsbelasteten auferlegt, innerhalb eines bestimmten Zeitraums gegenüber dem Obliegenheitsbegünstigten eine Erklärung abzugeben. Unterlässt er diese Erklärung, treten die im Gesetz vorgesehenen Rechtsfolgen ein.

a) Anzeigeobliegenheiten

Bei den Anzeigeobliegenheiten⁴⁴ beschränkt sich die Erklärung gegenüber der Gegenpartei im Gegensatz zu den Rügeobliegenheiten auf die Anzeige einer einfachen Tatsache (bspw. die Ablehnung des Vertrages).

b) Rügeobliegenheiten

Bei den Rügeobliegenheiten⁴⁵ werden an die Erklärung gegenüber der Gegenpartei höhere Anforderungen gesetzt. Es ist nicht nur eine bestimmte Tatsache anzuzeigen (Mangel), sondern es sind weitere, darüber hinausgehende Feststellungen zu machen (substantiierte Begründung der Vertragswidrigkeit).

⁴⁴ I.c. handelt es sich um die Tatbestände von Art. 3 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 5 Abs. 3 OR analog, Art. 5 Abs. 3 OR, Art. 6 OR, Art. 395 OR, Art. 489 Abs. 1 OR, Art. 1034 ff. OR, Art. 1143 OR i.V.m. Art. 1034 ff. OR analog und Art. 517 Abs. 2 ZGB.

⁴⁵ I.c. handelt es sich um die Tatbestände von Art. 201 OR, Art. 367 Abs. 1 OR und Art. 12 Abs. 1 PRG.

2. Mitwirkungsobliegenheiten

Bei der Gruppe der Mitwirkungsobliegenheiten⁴⁶ ist dem Obliegenheitsbelasteten die Vornahme bestimmter Handlungen mit Ausnahme der Abgabe von Erklärungen bzw. die Unterlassung bestimmter Verhaltensweisen auferlegt.

3. Grenzfälle

Ein Teil der Obliegenheiten weist sowohl Eigenschaften der Erklärungs- als auch der Mitwirkungsobliegenheiten auf. Diese stellen somit Grenzfälle dar.

So ist bei den Obliegenheiten des Wechsel- und Checkinhabers gemäss Art. 1034 ff. OR und Art. 1143 OR i.V.m. Art. 1034 ff. OR analog die Qualifikation als Erklärungs- oder Mitwirkungsobliegenheiten nicht völlig klar. Die Erhebung des Protests gegenüber der zuständigen Amtsstelle kann nämlich sowohl als Abgabe einer Erklärung als auch als Mitwirkung gesehen werden. Da der eigentliche Protest, d.h. die Erklärung, dass das Wertpapier nicht eingelöst wurde, gegenüber dem Gang zur Amtsstelle und den übrigen Formalien wohl jedoch im Vordergrund steht, rechtfertigt sich m.E. die Qualifikation als Anzeigeobliegenheiten.

Schon bei der Untersuchung der einzelnen Obliegenheiten im vierten Kapitel wurde ausgeführt, dass bei Art. 201 OR und Art. 367 Abs. 1 OR neben den Rügeobliegenheiten auch Untersuchungsobliegenheiten vorgesehen sind⁴⁷. Diese stehen jedoch gegenüber den Rügeobliegenheiten im Hintergrund, weshalb die Tatbestände von Art. 201 OR und Art. 367 Abs. 1 OR insgesamt als Rügeobliegenheiten qualifiziert werden können.

Abschliessend zu erwähnen ist die Obliegenheit des Konsumenten bezüglich eines Mangels der Pauschalreise gemäss Art. 12 Abs. 1 PRG. Diese stellt gemäss Tatbestand an sich eine klare Rügeobliegenheit dar. Der Zeitpunkt und die Substanziierung der Rüge bilden aber die Basis für die Festsetzung der Höhe des Minderungsanspruches, da der ganze Tatbestand gemäss der Lehre ein Anwendungsfall der Schadenminderungsobliegenheit darstellt⁴⁸. Erklärungs- und Mitwirkungscharakter sind bei dieser Obliegenheit somit wiederum vermischt. Da die auferlegte Handlung, die Obliegenheit, jedoch nur in einer Rüge besteht, rechtfertigt sich m.E. deren Qualifikation als Rügeobliegenheit.

⁴⁶ I.c. handelt es sich um die Tatbestände von Art. 44 Abs. 1 OR, Art. 91 OR, Art. 415 OR und Art. 503 Abs. 1 OR.

⁴⁷ Dazu siehe § 8 A. III. 2. und § 8 A. IV. 2..

⁴⁸ Dazu siehe § 10 A. I. 2. oder Hangartner S. 116; Roberto in BaslerKomm N 7 zu Art. 12 PRG.

Dritter Teil: Die Anwendung der allgemeinen Haftungsvoraussetzungen auf die Obliegenheitsverletzung und Spezialfragen

7. Kapitel: Die Anwendung der allgemeinen Haftungsvoraussetzungen auf die Obliegenheitsverletzung

Dieses Kapitels widmet sich der Frage, ob - und wenn ja wie weit - die allgemeinen Haftungsvoraussetzungen auf die Obliegenheitsverletzung anwendbar sind. In der Schweizerischen Lehre besteht die Ansicht, dass diese je nach konkretem Fall allenfalls analog auf die Obliegenheiten angewendet werden können¹. Im folgenden wird die Anwendbarkeit der Haftungsvoraussetzungen Kausalität, Rechtswidrigkeit und Verschulden einzeln untersucht.

§ 15 Die Frage der Kausalität bei der Obliegenheitsverletzung

Bezüglich der Frage der Kausalität zwischen der Verletzungshandlung bzw. der Unterlassung und dem tatbestandsmässigen Erfolg, der Obliegenheitsverletzung, ist nach der Untersuchung der einzelnen Obliegenheitstatbestände festzuhalten, dass die behandelten Obliegenheiten nicht einem einheitlichen Muster folgen. Der bereits behandelten Bemessung der Rechtsfolgen entsprechend² richtet sich das kausale Verhältnis zwischen der Verletzungshandlung bzw. der Unterlassung und dem tatbestandsmässigen Erfolg einerseits nach dem "Alles-oder-Nichts-Prinzip", andererseits besteht bei einem kleineren Teil der Obliegenheiten zwischen der Art und dem Mass der Verletzungshandlung bzw. der Unterlassung und der Bemessung der Rechtsfolgen ein Kausalzusammenhang.

A. Die Frage der Kausalität bei den Obliegenheiten nach dem "Alles-oder-Nichts-Prinzip"

Bei den Obliegenheiten, welche sich nach dem "Alles-oder-Nichts-Prinzip" richten³, ist die gebotene Handlung oder Unterlassung gesetzlich klar vorgegeben. Die mögliche Handlungsweise des Obliegenheitsbelasteten beschränkt sich deswegen auf die Beachtung oder Nichtbeachtung der Obliegenheit. Eine teilweise Beachtung der Obliegenheit ist nicht möglich. Als Beispiel kann die Mängelrüge des Kaufrechts dienen (Art. 201 OR), welche

¹ Kramer in BernerKomm N 115 in Allgemeine Einleitung in das Schweizerische OR.

² Dazu siehe § 12 A..

³ I.c. handelt es sich um die Tatbestände von Art. 3 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 5 Abs. 3 OR analog, Art. 5 Abs. 3 OR, Art. 6 OR, Art. 91 OR, Art. 201 OR, Art. 367 Abs. 1 OR, Art. 395 OR, Art. 415 OR, Art. 489 Abs. 1 OR, Art. 1034 ff. OR, Art. 1143 OR i.V.m. Art. 1034 ff. OR analog und Art. 517 Abs. 2 ZGB.

formgerecht erklärt oder nicht erklärt werden kann. Dementsprechend sind auch die Rechtsfolgen gestaltet, welche nur eintreten oder ganz unterbleiben können, und bei denen keine quantitative Abstufung vorgesehen ist. Da sich somit nur die Frage stellt, ob das Verhalten des Obliegenheitsbelasteten eine Obliegenheitsverletzung darstellt, welche dann die gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolgen auslöst, ist bezüglich der Kausalität festzuhalten, dass nicht wie beim Schadenersatzrecht von einem eigentlichen Kausalzusammenhang zwischen der Verletzungshandlung und dem tatbestandsmässigen Erfolg gesprochen werden kann. Die Frage nach dem Kausalzusammenhang erübrigt sich bei diesen Fällen.

B. Die Kausalität bei den Obliegenheiten, deren Rechtsfolgen variieren können

I. Allgemein

Bei den hier behandelten Fällen⁴ ist die gebotene Handlungsweise des Obliegenheitsbelasteten durch den Gesetzgeber offener gestaltet worden als bei den Fällen, welche nach dem "Alles-oder-Nichts-Prinzip" ablaufen. Diesem stehen i.d.R. mehrere Möglichkeiten offen sich gemäss der jeweiligen Obliegenheit zu verhalten, wodurch sich auch bezüglich der Obliegenheitsverletzung eine Unterscheidung zwischen den dem Obliegenheitsbelasteten zuzurechnenden Handlungen bzw. Unterlassungen und dem durch diese Handlungen bzw. Unterlassungen kausal verursachten Erfolg ergibt. Dementsprechend sind die Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung gestaltet, welche quantitativ unterschiedlich ausfallen können, wodurch auch eine teilweise Beachtung der Obliegenheit möglich ist. Als prominentestes Beispiel ist die Schadenminderungsobliegenheit zu nennen, bei welcher zuletzt der Richter zu entscheiden hat, ob die dem Geschädigten zuzurechnenden Handlungen bzw. Unterlassungen zu einer Schadensvergrösserung geführt haben, und der Schadenersatzanspruch des Geschädigten deswegen zu kürzen ist. Bezüglich der an dieser Stelle behandelten Obliegenheiten liegt es somit nahe, für die Auslösung der Rechtsfolgen ein Kausalitätserfordernis zu fordern. Dieses besteht darin, dass die tatsächlichen Handlungen des Obliegenheitsbelasteten bzw. dessen Unterlassungen den tatbestandsmässigen Erfolg, die Obliegenheitsverletzung, zumindest teilweise verursachen.

⁴ I.c. handelt es sich um die Tatbestände von Art. 44 Abs. 1 OR, Art. 503 Abs. 1 OR und Art. 12 Abs. 1 PRG, für welche auch ein Verschulden notwendig ist; dazu siehe § 17 C..

II. Art der Kausalität

Für die Art der Kausalität kann m.E. analog auf die Lehre zur Kausalität des Schadenersatzrechts verwiesen werden, das im Vertragsrecht und im ausservertraglichen Haftpflichtrecht Anwendung findet. Bezüglich des Kausalitätserfordernisses zwischen einer Handlung und dem tatbestandsmässigen Erfolg muss somit sowohl der natürliche Kausalzusammenhang⁵ als auch der adäquate Kausalzusammenhang⁶ gegeben sein. Stellt eine Unterlassung die Obliegenheitsverletzung dar, ist auf den adäquaten Kausalzusammenhang bei Unterlassung⁷ abzustellen.

§ 16 Die Frage der Rechtswidrigkeit der Obliegenheitsverletzung

Unabhängig davon, ob die Obliegenheiten als Lasten oder als Pflichten minderen Grades qualifiziert werden, besteht in der Lehre die einheitliche Meinung, dass die Obliegenheiten nicht beachtet werden müssen⁸, m.a.W. deren Verletzung kein Unwerturteil nach sich zieht⁹. Die Rechtswidrigkeit der Obliegenheitsverletzung wird deshalb einstimmig verneint¹⁰. Dem ist zuzustimmen, da die Verletzung einer Pflicht, eines Rechtsgebotes, die Voraussetzung für die Rechtswidrigkeit bildet¹¹, und die Obliegenheit, wie bereits festgestellt wurde, keine Pflicht, sondern nur eine Annäherung zu dieser darstellt¹².

Aus dem gleichen Grund ist auch der Gedanke Reimer Schmidts der "analogen Rechtswidrigkeit" der Obliegenheitsverletzung zu verwerfen¹³, bringt er zudem auch nur eine

⁵ Unter dem natürlichen Kausalzusammenhang ist das Verhalten zu verstehen, das nicht weggedacht werden kann, ohne dass der eingetretene Erfolg entfällt ("conditio sine qua non"); statt vieler vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Rey N 2751 m.w.Nw..

⁶ Der adäquate Kausalzusammenhang ist dann gegeben, wenn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung die tatsächliche Handlung geeignet ist, den tatbestandsmässigen Erfolg herbeizuführen; statt vieler vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Rey N 2752 f. m.w.Nw..

⁷ Beim adäquaten Kausalzusammenhang bei Unterlassung wird die Adäquanz dahingehend berücksichtigt, indem hypothetisch gefragt wird, ob bei der gebotenen Handlung der eingetretene Erfolg nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung hätte vermieden werden können; statt vieler vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Rey N 2754 f. m.w.Nw..

⁸ Statt vieler vgl. Wieling in ACP 176 (1976) S. 348; R. Schmidt S. 315.

⁹ Hanau in ACP 165 (1965) S. 239.

¹⁰ Esser/Schmidt S. 115; Wieling in ACP 176 (1976) S. 345; Hanau in ACP 165 (1965) S. 239; R. Schmidt S. 318.

¹¹ Dazu siehe § 13 A..

¹² Dazu siehe § 13 B. und § 14 C. II..

¹³ Reimer Schmidt begründet die "analoge Rechtswidrigkeit" auch mit dem Gedanken des Verbots widersprüchlichen Verhaltens ("venire contra factum proprium"); dazu siehe § 5 B. V. 3. oder R. Schmidt S. 109 f., S. 257 f., S. 318; ähnlich auch Wieling in ACP 176 (1976) S. 352. Für die Kritik am Gedanken des Verbots widersprüchlichen Verhaltens siehe § 12 C..

begrifflich nicht gewünschte Komplizierung. Zu beachten ist jedoch in diesem Zusammenhang, dass die Obliegenheitsverletzung bekanntlich Rechtsfolgen mit sich bringt, welche den Obliegenheitsbelasteten genauso schwer treffen können wie bei einer Pflichtverletzung. Durch die Androhung der Rechtsfolgen wird faktisch der Obliegenheitsbelastete auch ähnlich stark wie bei einer Pflicht zur Beachtung des Tatbestandes gezwungen. Die Obliegenheitsverletzung könnte somit als "faktisch rechtswidrig" bezeichnet werden. Jedoch handelt es sich auch bei diesem Ansatz wie bei der "analogen Rechtswidrigkeit" um eine nicht erwünschte begriffliche Komplizierung.

§ 17 Die Frage des Verschuldens bei der Obliegenheitsverletzung

A. Allgemeine Ausführungen zum Verschuldensbegriff bei der Obliegenheitsverletzung

Zur Frage des Verschuldens kann nach der Untersuchung der Obliegenheitstatbestände im vierten Kapitel einleitend festgehalten werden, dass es sowohl Obliegenheiten gibt, welche für die Obliegenheitsverletzung kein Verschulden voraussetzen, als auch eine kleinere Anzahl von Obliegenheiten vorhanden ist, für deren Verletzung ein Verschulden erforderlich ist¹⁴.

Diese Zweispurigkeit wird von einem Teil der Lehre als Parallele zu den Tatbeständen der Gefährdungshaftung und der Verschuldenshaftung gesehen¹⁵. Kritisiert wird die gezogene Parallele jedoch von Ballerstedt, der ein Verschulden auch bei der Verletzung einer "minderen Pflicht" verlangt¹⁶. Er führt aus, dass eine *zumindest generelle Vorwerfbarkeit*¹⁷ begrifflich notwendig sei, wenn eine Pflicht, sei sie auch von schwächerer Intensität, verletzt werde¹⁸. Es würden sich insbesondere auf der rechtstheoretischen Ebene Zweifel ergeben, wenn die unverschuldete Verletzung einer Pflicht i.d.R. ohne Sanktion bliebe, die unverschuldete Verletzung einer "Pflicht minderen Ranges" jedoch teilweise schärfer sanktioniert würde. Dazu ist anzumerken, dass es sich nach der hier vertretenen Auffassung entgegen der Meinung Ballerstedts bei der "minderen Pflicht" um keine echte Pflicht handelt. Es wird in

¹⁴ Vgl. auch R. Schmidt S. 318; Wieling in ACP 176 (1976) S. 347; von Tuhr/Peter S. 13, welche wohl als einzige Schweizer Autoren zu diesem Schluss kommen.

¹⁵ Vgl. R. Schmidt S. 257 ff. und S. 318; Weber in Staudinger, 11. Aufl., II. Band, M 25 zu Einl. Recht der Schuldverhältnisse.

¹⁶ Ballerstedt in ZHR 121 (1958) S. 82 f..

¹⁷ Die "generelle Vorwerfbarkeit" wird nicht näher erläutert. Es liegt jedoch nahe, dass er die Verletzung einer moralischen Pflicht im Sinn der Vorwerfbarkeit nach der Kantischen Ethik meint; vgl. dazu Henss S. 53 f..

¹⁸ Ein Verschulden im technischen Sinn des § 276 BGB findet er aber nicht notwendig.

dieser Arbeit vielmehr nur von einer Annäherung zur Pflicht ausgegangen¹⁹. Ein Verschulden, auch nur in der Form einer zumindest generellen Vorwerfbarkeit, ist somit nicht zwingend notwendig. Weiter ist an Ballerstedts Ausführungen zu kritisieren, dass er zu den Gefährdungstatbeständen, bei denen auch kein Verschulden erforderlich ist, konkret keine Stellung bezieht²⁰.

Weiter ist zum Verschulden bei der Obliegenheitsverletzung festzuhalten, dass von Wieling gegenteilig zu Ballerstedt der eigentliche Verschuldensbegriff abgelehnt wird, da die Obliegenheit keine echte Rechtspflicht begründe, und bei ihrer Verletzung somit auch kein Vorwurf gemacht werden könne²¹. Der Ansicht Wielings kann auf der rein dogmatischen Ebene zugestimmt werden. Der Verschuldensbegriff ist aber dennoch in Übereinstimmung mit letzterem, der in praxi ebenfalls zwischen Obliegenheiten mit und ohne Verschuldens-erfordernis unterscheidet²², untechnisch, im Sinn einer einfachen, je nach Tatbestand zu erfüllenden oder nicht zu erfüllenden Voraussetzung für die Obliegenheitsverletzung zu verwenden.

B. Obliegenheiten, für deren Verletzung kein Verschulden erforderlich ist

I. Allgemein

Bei der grösseren Anzahl der untersuchten Obliegenheiten ist für deren Verletzung kein eigentliches Verschulden erforderlich. Es handelt sich dabei um die Obliegenheiten, deren Rechtsfolgen sich nach dem "Alles-oder-Nichts-Prinzip" richten²³. Der Ausschluss des Verschuldens ist so zu verstehen, dass die Handlung bzw. Unterlassung des Obliegenheitsbelasteten keine Verletzung nach einem objektivierten Sorgfaltsmassstab darstellen muss, damit die Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung ausgelöst werden. Die Rechtsfolgen treten vielmehr schon ein, wenn die im Tatbestand genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Dennoch zu beachten ist aber grundsätzlich die subjektive Seite des Verschuldens. Damit die

¹⁹ Dazu siehe § 13 B. und § 14 C. II..

²⁰ Für die Koppelung des Pflichtbegriffes mit dem Verschuldensbegriff siehe im übrigen § 4 B. I. 4. oder von Tuhr AT DBR S. 98 f.

²¹ Wieling in ACP 176 (1976) S. 351. Wieling geht aber davon aus, dass man insofern von einem Verschulden sprechen kann, als dass die Geltendmachung des Rechts ein "venire contra factum proprium" darstellt; vgl. dazu auch R. Schmidt S. 109 ff.. M.E. genügt es, den Begriff "Verschulden" untechnisch zu gebrauchen, weshalb auf die Figur des "venire contra factum proprium" auch beim Verschulden verzichtet werden kann; dazu siehe sogleich.

²² Vgl. Wieling in ACP 176 (1976) S. 347.

²³ I.c. handelt es sich um die Tatbestände von Art. 3 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 5 Abs. 3 OR analog, Art. 5 Abs. 3 OR, Art. 6 OR, Art. 91 OR, Art. 201 OR, Art. 367 Abs. 1 OR, Art. 395 OR, Art. 415 OR, Art. 489 Abs. 1 OR, Art. 1034 ff. OR, Art. 1143 OR i.V.m. Art. 1034 ff. OR analog und Art. 517 Abs. 2 ZGB.

Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung nämlich eintreten können, muss die Handlungsfähigkeit des Obliegenheitsbelasteten vorliegen²⁴. Einzige Ausnahme bilden die Obliegenheiten des Gläubigers zur Verhinderung des Gläubigerverzugs, deren Rechtsfolgen auch bei Fehlen der Urteilsfähigkeit des Obliegenheitsbelasteten eintreten können²⁵.

II. Die Obliegenheitsverletzung als Verschulden gegen sich selbst

Nach einem Teil der Lehre wird bei der Obliegenheitsverletzung, auch wenn kein eigentliches Verschulden erforderlich ist, von einem Verschulden gegen sich selbst ausgegangen²⁶. Das Verschulden gegen sich selbst wird als ein Verhalten beschrieben, nach welchem bei der Verwaltung der eigenen Angelegenheiten diejenige Sorgfalt ausser Acht gelassen wird, die jedem ordentlichen Menschen obliegt, um sich vor Schaden zu bewahren²⁷. Es sei nicht rechtswidrig, sondern bestehe vielmehr in der Verletzung der Interessen des Belasteten, indem eine Voraussetzung ausser Kraft gesetzt werde, von welcher das objektive Recht, ohne das gegenteilige Verhalten zu befehlen, rechtliche Vorteile oder die Vermeidung rechtlicher Nachteile abhängig mache²⁸. Die Lehrmeinung über das Verschulden gegen sich selbst kann somit grundsätzlich bejaht werden, da feststeht, dass die Obliegenheitsverletzung nicht rechtswidrig ist, jedoch durch sie (auch) die Interessen des Obliegenheitsbelasteten beeinträchtigt werden. Festzuhalten ist aber, dass das Verschulden gegen sich selbst keine Voraussetzung für die Auslösung der Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung, sondern nur eine Beschreibung des gesetzlich normierten Ablaufs darstellt. Auf das Verschulden gegen sich selbst könnte deswegen an sich auch verzichtet werden, m.E. passt jedoch die Bezeichnung²⁹.

²⁴ Bei den in dieser Arbeit untersuchten Tatbeständen gibt es keine Obliegenheiten, für deren Verletzung kein Verschulden erforderlich ist und gleichzeitig aber nur die Urteilsfähigkeit vorliegen muss.

²⁵ Dazu siehe § 8 B. IX. 7..

²⁶ Zitelmann S. 152 ff.; R. Schmidt S. 318.

²⁷ Wieling in ACP 176 (1976) S. 348 m.w.Nw..

²⁸ Zitelmann S. 152 f..

²⁹ Kritisch steht einem Verschulden gegen sich selbst wie auch beim allgemeinen Verschuldensbegriff Wieling gegenüber; vgl. Wieling in ACP 176 (1976) S. 349. Er begründet seine kritische Ansicht dadurch, dass es keine rechtliche und moralische Pflicht gibt, sich nicht selbst zu schädigen, weshalb dem Selbstschädiger auch kein Vorwurf gemacht werden kann. Der Schuldbegriff, selbst in der Form des Verschuldens gegen sich selbst, sei daher fehl am Platz. Den Ausführungen Wielings, dass es keine rechtliche und moralische Pflicht gibt, sich nicht selbst zu schädigen, kann grundsätzlich zugestimmt werden. Dies hindert jedoch wiederum nicht daran, auch diesen Begriff unter Beachtung des ausgeführten Vorbehalts in einem untechnischen Sinn zu verwenden.

C. Obliegenheiten, für deren Verletzung ein Verschulden erforderlich ist

I. Allgemein

Bei einem kleineren Teil der Obliegenheitstatbestände, den Obliegenheiten, deren Rechtsfolgen variieren können, stellt das Verschulden bei der Obliegenheitsverletzung eine echte Voraussetzung für die Auslösung der Rechtsfolgen dar³⁰. Das Verschulden richtet sich dabei gegen sich selbst und den Obliegenheitsberechtigten³¹. Die Handlung bzw. Unterlassung des Obliegenheitsbelasteten muss somit vorsätzlich oder fahrlässig erfolgen, damit die Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung ausgelöst werden. Bei der Fahrlässigkeit hat sich dabei der Sorgfaltsmassstab wie im ganzen Privatrecht üblich nach objektiven Kriterien zu richten³². Daneben muss selbstverständlich auch die subjektive Seite des Verschuldens gegeben sein, m.a.W. muss je nach Tatbestand die Urteilsfähigkeit oder sogar die Handlungsfähigkeit des Obliegenheitsbelasteten vorliegen³³.

II. Beweislast

Kein einheitliches Bild liegt bezüglich der Beweislast des Verschuldens vor. M.E. ist dafür grundsätzlich auf Art. 8 ZGB abzustellen, wonach derjenige eine behauptete Tatsache, somit auch das Verschulden bei der Obliegenheitsverletzung, zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableitet. In diesem Sinn hat bei der Schadenminderungsobliegenheit von Art. 44 Abs. 1 OR der Schädiger, der Obliegenheitsbegünstigte, zu beweisen, dass ein Teil des Schadens durch Selbstverschulden des Geschädigten entstanden ist, wodurch dessen Anspruch zu kürzen ist. Bei Art. 12 Abs. 1 PRG hat jedoch der Konsument als Obliegenheitsbelasteter die rechtzeitige Mängelrüge zu beweisen. Somit ergibt sich bezüglich des Verschuldens der Beweis seines Nichtverschuldens, was als Beweislastumkehr gesehen werden kann. Bei Art. 503 Abs. 1 OR wird von der Lehre sogar die in der Sache richtige Anwendung von Art. 97 Abs. 1 OR gefordert³⁴, wodurch sich der Gläubiger als Obliegenheitsbelasteter bezüglich der Aufgabe der Sicherungsrechte zu exkulpieren hat.

³⁰ I.c. handelt es sich um die Tatbestände von Art. 44 Abs. 1 OR, Art. 503 Abs. 1 OR und Art. 12 Abs. 1 PRG. Für das Verschuldenserfordernis siehe Oftinger/Stark § 5 N 137 ff.; Rey N 401 ff.; BGE 64 II 28 f.; Giovanoli in BernerKomm N 13 zu Art. 503 OR; Schönenberger in ZürcherKomm N 21 zu Art. 503 OR; Schwerdtner in Staudinger N 24 zu § 651d BGB; Führich N 258; Hangartner S. 117.

³¹ R. Schmidt S. 318.

³² Dazu vgl. Rey N 843 ff. m.w.Nw..

³³ Bei Art. 44 Abs. 1 OR und Art. 12 Abs. 1 PRG genügt das Vorliegen der Urteilsfähigkeit; bei Art. 503 Abs. 1 OR ist das Vorliegen der Handlungsfähigkeit erforderlich.

³⁴ Giovanoli in BernerKomm N 13 zu Art. 503 OR; Schönenberger in ZürcherKomm N 21 zu Art. 503 OR.

8. Kapitel: Spezialfragen

In diesem letzten Kapitel werden noch einige Spezialfragen wie die Verantwortlichkeit des Obliegenheitsbelasteten für Hilfspersonen, die vertragliche Begründung von Obliegenheiten und die Frage der Konkurrenzen untersucht.

§ 18 Die Verantwortlichkeit für Hilfspersonen

A. Im Fall von Unterlassungen

Der weitaus grösste Teil der Obliegenheitsverletzungen, insbesondere bei allen Erklärungsobliegenheiten, wird durch die Unterlassung der dem Obliegenheitsbelasteten auferlegten Handlungen begangen. Da schon die Unterlassung der gebotenen Handlung die Obliegenheitsverletzung darstellt, ändert sich auch nichts daran, dass eine Obliegenheitsverletzung vorliegt, wenn die Erfüllung der Obliegenheit einer bevollmächtigten Hilfsperson übertragen wurde, die nicht oder ungenügend tätig geworden ist¹. Für die Risiken der Übertragung und die Handlungsweise der Hilfsperson hat selbstverständlich der Obliegenheitsbelastete einzustehen, da diese Risiken in seine Gefahrensphäre fallen. Ist für die Obliegenheitsverletzung eine Verschulden erforderlich, ergibt sich dieses grundsätzlich schon aus der Unterlassung selbst. Ausgeschlossen wird das Verschulden i.d.R. wohl nur bei einem zufälligen Ereignis² oder bei Dritteinwirkung, wobei aber jeweils auf den konkreten Sachverhalt abzustellen ist.

B. Im Fall aktiven Handelns

I. Allgemein

Führt aktives Handeln einer Hilfsperson zu einer Obliegenheitsverletzung, stellt sich ebenfalls die Frage, in welchen Fällen der eigentliche Obliegenheitsbelastete für den tatbestandsmässigen Erfolg einzustehen hat. Im Fall der Schadenminderungs- bzw. Schadenabwendungsobliegenheit wird dafür von der Judikatur und der Lehre auf die analoge Anwendung von Art. 55 Abs. 1 OR im ausservertraglichen und Art. 101 Abs. 1 OR im vertraglichen Bereich verwiesen³. Die analoge Anwendung der genannten Bestimmungen ist m.E. auf die Verletzung der übrigen Obliegenheitstatbestände durch aktives Handeln auszudehnen, denn

¹ Ähnlich auch Spiro, *Erfüllungsgehilfen* S. 432 f..

² Spiro, *Erfüllungsgehilfen* S. 432 f..

³ BGE 95 II 53 ff., BGE 99 II 199; Rey N 405; Oftinger/Stark § 5 N 154, § 6 N 47, § 7 N 28; Merz in *SPR/VI* S. 226 f..

der Obliegenheitsbelastete hat selbstverständlich auch bei letzteren für die Risiken der Übertragung und die Handlungsweise der Hilfsperson einzustehen. Im Gegensatz zur Obliegenheitsverletzung durch Unterlassungen, wo auf die Voraussetzungen von Art. 55 Abs. 1 OR bzw. Art. 101 Abs. 1 OR zumindest in der Praxis verzichtet werden kann, sind diese im Fall aktiven Handelns analog, angepasst an die Struktur der Obliegenheit, zu beachten.

II. Vertraglicher Bereich

Für die Auslösung der Rechtsfolgen im vertraglichen Bereich hat die Obliegenheitsverletzung unter der analogen Anwendung von Art. 101 Abs. 1 OR durch eine bevollmächtigte Hilfsperson in Ausübung der Verrichtung zu geschehen⁴. Ist für die Obliegenheitsverletzung ein Verschulden erforderlich, ist das Verhalten der Hilfsperson dem eigentlichen Obliegenheitsbelasteten, dem Geschäftsherrn, zuzurechnen und zu prüfen, ob in diesem hypothetisch Fall ein Verschulden vorliegt (Kriterium der hypothetischen Vorwerfbarkeit)⁵.

III. Ausservertraglicher Bereich

Im ausservertraglichen Bereich sind ausser der Schadenminderungsobliegenheit von Art. 44 Abs. 1 OR keine Obliegenheiten ersichtlich. Bei der Schadenminderungsobliegenheit im ausservertraglichen Bereich richtet sich die Verantwortlichkeit des Obliegenheitsbelasteten für die in Ausübung der Verrichtung tätigen Hilfspersonen gemäss der Lehre nach Art. 55 Abs. 1 OR analog⁶. Die Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn wird bei der Anwendung von Art. 55 Abs. 1 OR vermutet, sofern dieser nicht in der Lage ist, den befreienden Exzeptionsbeweis zu erbringen⁷. Bezüglich der Obliegenheitsverletzung stellt sich m.E. jedoch ernsthaft die Frage, ob der Exzeptionsbeweis nicht generell ausgeschlossen werden sollte. Im Gegensatz zum Haftpflichtrecht, wo dem Geschädigten im Fall der Exzeption des Geschäftsherrn immerhin noch ein direkter Anspruch gegen die Hilfsperson nach Art. 41 OR zusteht, bleibt der Obliegenheitsbegünstigte in der gleichen Konstellation, da in der Mehrzahl der Fälle ein Vermögensschaden vorliegt, ungeschützt und hat die durch die Hilfsperson

⁴ Vgl. statt vieler Gauch/Schluép/Schmid/Rey N 2874 ff.; Schwenger N 23.09.

⁵ Vgl. BGE 119 II 337 f. oder statt vieler Gauch/Schluép/Schmid/Rey N 2884 ff.; Schwenger N 23.10 f. m.w.Nw..

⁶ BGE 95 II 53 ff., BGE 99 II 199; Rey N 405; Oftinger/Stark § 5 N 154, § 6 N 47, § 7 N 28; Merz in SPR/VI S. 226 f..

⁷ Vgl. statt vieler Rey N 924 ff.; Schwenger N 23.12 f..

verursachte Schadensvergrößerung selbst zu tragen. Die Möglichkeit der Befreiung des Geschäftsherrn erscheint mir deswegen als unangemessen. Auf die Möglichkeit der Exzeption sollte somit bei der analogen Anwendung von Art. 55 Abs. 1 OR verzichtet werden⁸. In diesem Fall wäre die Verantwortlichkeit des Obliegenheitsbelasteten für Hilfspersonen im ausservertraglichen Bereich stark an den vertraglichen Bereich nach Art. 101 Abs. 1 OR angenähert, was sachgerecht wäre.

§ 19 Weitere Fragen

A. Die vertragliche Begründung von Obliegenheiten

Es können nicht nur im Gesetz vorgesehene Obliegenheiten vertraglich abgeändert werden, sondern es besteht auch die Möglichkeit, Obliegenheiten vollständig auf der Basis eines Rechtsgeschäfts zu begründen⁹. Üblich ist dies vor allem in Versicherungsverträgen. In diesen werden insbesondere Obliegenheiten des Versicherungsnehmers begründet, von deren Beachtung der Anspruch auf die Versicherungsleistung abhängt. Grundsätzlich ist die vertragliche Begründung von Obliegenheiten aber auch im Zivilrecht ausserhalb des Privatversicherungsrechts möglich¹⁰. Zu beachten sind dabei aber selbstverständlich die allgemeinen Schranken der Dispositionsfreiheit (Art. 19 Abs. 2 OR, Art. 20 OR, Art. 27 ZGB) und spezifisch zwingendes Recht.

B. Erfüllungsort und Erfüllungszeit

Bei der Bestimmung des Erfüllungsortes und der Erfüllungszeit der jeweiligen Obliegenheit ist auf folgende Reihenfolge abzustellen. An erster Stelle steht wegen der weitgehend dispositiven Natur der Obliegenheitstatbestände die Vereinbarung zwischen den Parteien, sofern nicht ausnahmsweise zwingendes Rechts vorliegt. An zweiter Stelle ist auf die gesetzliche Regelung des jeweiligen Obliegenheitstatbestandes abzustellen. Ist diese lückenhaft, so sind an dritter Stelle die allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts über

⁸ Vgl. auch BGE 110 II 456 ff. für das Haftpflichtrecht, wo die Anforderungen an den Sorgfaltsbeweis sehr hoch angesetzt wurden.

⁹ Vgl. auch R. Schmidt S. 214 ff., S. 316, S. 320.

¹⁰ Ein Beispiel für eine vertraglich begründete Obliegenheit stellt die Obliegenheit der Vertragspartner einer Kreditkartenorganisation dar, die Kreditkartennehmer und deren Bonität bei Benützung der Kreditkarte zu überprüfen. Von deren Beachtung hängen dann auch die Zahlungen der Kreditkartenorganisation an die Vertragspartner ab; vgl. BGE 113 II 174 ff..

den Erfüllungsort und die Erfüllungszeit analog anzuwenden, somit für den Erfüllungsort Art. 74 OR und für die Erfüllungszeit Art. 75 ff. OR.

C. Die Möglichkeit der Irrtumsanfechtung bei den Erklärungsobliegenheiten

Nach der neueren Lehre findet die Irrtumsanfechtung gemäss Art. 23 ff. OR nicht nur Anwendung auf Verträge, sondern auch auf einseitige Rechtsgeschäfte und rechtsgeschäftsähnliche Handlungen¹¹. Die bei der Beachtung der Erklärungsobliegenheiten vorzunehmenden Erklärungen stellen einseitige Rechtsgeschäfte oder zumindest rechtsgeschäftsähnliche Handlungen dar, wodurch letztere ebenfalls der Irrtumsanfechtung gemäss Art. 23 ff. OR unterliegen.

D. Keine Einrede des nicht erfüllten Vertrages im Fall einer Obliegenheitsverletzung

Wie festgestellt wurde, muss die Obliegenheit nicht beachtet werden¹². Sie stellt deswegen keine Pflicht dar. Der Schutz des Obliegenheitsbegünstigten erfolgt durch die gesetzliche Anordnung spezieller Rechtsfolgen. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäss Art. 82 OR kann im Fall der Obliegenheitsverletzung somit nicht erhoben werden¹³. Eine Ausnahme dazu dürfte nur bestehen, wenn die Beachtung der Obliegenheit durch eine explizite vertragliche Regelung zu einer Vertragspflicht erhoben wurde.

E. Kein Retentionsrecht im Fall einer Obliegenheitsverletzung

Aus den gleichen Gründen wie bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, insbesondere da die Beachtung der Obliegenheit keine Pflicht darstellt¹⁴, ist im Fall der Obliegenheitsverletzung auch die Einräumung eines Retentionsrechts an den Obliegenheitsbegünstigten gemäss Art. 895 ZGB zu verneinen¹⁵.

¹¹ Schwenzer in BaslerKomm N 4 zu Vorbemerkungen zu Art. 23-31 OR; Schmidlin in BernerKomm N 174 zu Art. 23/24 OR; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey N 937.

¹² Dazu siehe § 13 B..

¹³ Vgl. auch R. Schmidt S. 319.

¹⁴ Dazu siehe § 19 D..

¹⁵ Vgl. auch R. Schmidt S. 319.

F. Konkurrenzen

Wie beim Tatbestand von Art. 415 OR dargestellt wurde¹⁶, kann es auch zur Konkurrenz zwischen Obliegenheiten und Obligationen kommen¹⁷. Die Obliegenheit bleibt in diesem Fall bestehen und tritt nicht vor der Obligation zurück. Sowohl die Obliegenheit als auch die Obligation entfalten trotz der Konkurrenz ihre Rechtswirkungen, m.a.W. besteht bei dieser Konstellation keine echte Konkurrenz.

¹⁶ Dazu siehe § 8 B. XIII. 6..

¹⁷ Vgl. auch die Verhaltensanforderungen von Art. 249 Ziff. 2 OR und Art. 477 Ziff. 2 ZGB, bei welchen die Parallele von Obliegenheit und Obligation zwar verworfen wurde, aber nach den dortigen Ausführungen zumindest denkbar wäre; dazu siehe § 8 B. XI. und § 9 B..

Vierter Teil: Zusammenfassung

1. Bei den Obliegenheiten handelt es sich um nach ihrem Gegenstand unterschiedliche Tatbestände die neben dem Privatversicherungsrecht auch im Obligationenrecht, im Zivilgesetzbuch und in der übrigen Gesetzgebung des Privatrechts vorkommen. Die bekanntesten Beispiele dieser Obliegenheiten sind die Schadenminderungs- bzw. Schadenabwendungsobliegenheit gemäss Art. 44 Abs. 1 OR, die Obliegenheiten des Gläubigers zur Verhinderung des Gläubigerverzugs gemäss Art. 91 OR und die Rügeobliegenheiten aus dem Kauf- bzw. Werkvertragsrecht gemäss Art. 201 OR bzw. Art. 367 Abs. 1 OR. In der genannten Gesetzgebung, insbesondere im Obligationenrecht, sind aber noch zahlreiche weitere Tatbestände zu finden, die m.E. ebenfalls als Obliegenheiten zu qualifizieren sind (vgl. Art. 3 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 5 Abs. 3 OR analog, Art. 5 Abs. 3 OR, Art. 6 OR, Art. 395 OR, Art. 415 OR, Art. 489 Abs. 1 OR, Art. 503 Abs. 1 OR, Art. 1034 ff. OR, Art. 1143 OR i.V.m. Art. 1034 ff. OR analog, Art. 517 Abs. 2 ZGB und Art. 12 Abs. 1 PRG). Darüber hinaus können Obliegenheiten innerhalb des dispositiven Rechts auch vertraglich begründet werden.

2. Vergleicht man die Obliegenheiten untereinander, können insbesondere die folgenden Gemeinsamkeiten festgestellt werden: Kein Erfüllungsanspruch des Obliegenheitsbegünstigten; kein Schadenersatzanspruch desselben im Verletzungsfall, sondern die gesetzliche Anordnung anderer rechtlicher Nachteile zuungunsten des Obliegenheitsbelasteten bzw. die Einräumung rechtlicher Vorteile zugunsten des Obliegenheitsbegünstigten; der faktische Zwang zur Beachtung der Obliegenheit durch die gesetzlich angedrohten, gegenüber den Lasten z.T. verstärkten Verletzungsrechtsfolgen; das Vorliegen einer gespaltenen Interessenlage bezüglich des Bestandes und mehrheitlich auch bezüglich der Beachtung der Obliegenheiten, der Zweckcharakter und der weitgehend rechtsgeschäftliche bzw. rechtsgeschäftsähnliche Charakter (Ausnahme: Art. 91 OR).

Über diese Gemeinsamkeiten können die Obliegenheiten von den Pflichten, insbesondere auch den Obligationen, und den Lasten abgegrenzt werden, welche teilweise andere Eigenschaften aufweisen.

Die erwähnten Gemeinsamkeiten rechtfertigen es zudem, die Obliegenheitstatbestände als eigenständige Gruppe von Rechtsnormen zu betrachten, welche unter dem Rechtsbegriff der Obliegenheit zusammengefasst werden können, was auch bei Berücksichtigung der praktischen Relevanz durchaus Sinn macht. Mit Verweis auf die Mittelposition zwischen den Pflichten und den Lasten und die erwähnten Eigenschaften können die Obliegenheiten sodann als "Pflichten minderen Grades" oder "Pflichten minderer Zwangsintensität" qualifiziert

werden. Festzuhalten ist aber explizit zu deren Struktur, dass die Obliegenheiten trotz der gewählten Bezeichnungen keine eigentlichen Pflichten sind, sondern bei ihnen nur in einigen Punkten eine Annäherung zu den Pflichten festzustellen ist (faktischer Erfüllungszwang, teilweise Interessenlage, Zweckcharakter), in anderen Punkten die für die Pflichten, insbesondere die Obligationen, typischen Eigenschaften aber fehlen (kein Erfüllungsanspruch, teilweise Interessenlage, Rechtsfolgen).

Die gemeinsame Funktion der Obliegenheitstatbestände besteht darin, zwischen den Parteien die beiderseitigen Risikosphären abzugrenzen.

3. Bezüglich der weiteren Eigenschaften der Obliegenheiten besteht kein vollkommen einheitliches Bild. Während bei allen Tatbeständen die Obliegenheitsverletzung sowohl nicht widerrechtlich ist als auch durch Hilfspersonen ausgelöst werden kann, gibt es bei der Bemessung der Rechtsfolgen, der Kausalität und der Frage des Verschuldens Unterschiede. Die Obliegenheiten können dazu in zwei Gruppen aufgeteilt werden. So gibt es einerseits eine grössere Gruppe von Obliegenheiten, deren Verletzungsrechtsfolgen sich nach dem "Alles-oder-Nichts-Prinzip" richten, und für deren Auslösung kein Verschulden des Obliegenheitsbelasteten erforderlich ist, andererseits ist bei einer kleineren Gruppe von Obliegenheiten die Art und das Mass der Verletzungshandlung bzw. der Unterlassung kausal für die Rechtsfolgen, wobei sich die Bemessung letzterer nach der Höhe des Verschuldens des Obliegenheitsbelasteten richtet (vgl. Art. 44 Abs. 1 OR, Art. 503 Abs. 1 OR und Art. 12 Abs. 1 PRG).

4. Als Verletzungsrechtsfolgen der untersuchten Obliegenheiten konnten die gesetzliche Fiktion einer Willenserklärung, die Nichtentstehung von Rechten, der Verlust von Rechten und die Einräumung von Rechten an die Gegenpartei festgestellt werden. Eine einzigartige Ausnahme unter den Rechtsfolgen der Obliegenheitsverletzung stellt die mittelbare Begründung eines Schadenersatzanspruches bei der Verletzung der Obliegenheiten zur Verhinderung des Gläubigerverzugs im Fall einer Schuld auf eine Dienstleistung oder ein Unterlassen dar (Art. 91 OR i.V.m. Art. 95 OR i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR).

5. Betreffend der Unterteilung der Obliegenheiten in Untergruppen kann ausgeführt werden, dass diese je nach auferlegter Handlung oder Unterlassung in die Erklärungs- und die Mitwirkungsobliegenheiten unterteilt werden können. Die Erklärungsobliegenheiten können wiederum in die Anzeige- und die Rügeobliegenheiten gegliedert werden. Bei den Mitwirkungsobliegenheiten ist dagegen keine weitere Unterteilung ersichtlich.

Curriculum vitae

Geboren wurde ich am 5. Juni 1974 in Zürich. Meine Kindheit verbrachte ich in Meilen (ZH), wo ich auch die Primarschule besuchte. Von 1988 bis 1995 absolvierte ich die Mittelschule in Zürich, die ich mit der Matura Typus B abschloss. Im Wintersemester 1995/96 immatrikulierte ich mich an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich und erlangte im Juni 2000 das Lizentiat. Vom Oktober 2000 bis Mai 2001 war ich als Auditor am Bezirksgericht Zürich tätig. Im Anschluss hatte ich von Juni 2001 bis Februar 2002 eine Anstellung als Substitut bei Neupert & Partner Rechtsanwälte inne, wo ich mich mit Fragen des Vertrags- und des Wirtschaftsrechts befasste. Nach angemessener Vorbereitung erlangte ich im Januar 2003 das Rechtsanwaltspatent des Kantons Zürich und bin seitdem gelegentlich als freischaffender Rechtsanwalt tätig. Im März 2003 habe ich zudem mit der Erarbeitung der Dissertation "Strukturen und Verletzungen von Obliegenheiten im Schweizerischen Privatrecht" begonnen, welche nun vorliegt.

Zürich, im Juni 2004

Thomas Ehrensperger