



Prüfung Obligationenrecht (Übergangsmodul) FS 2023

Lösungsskizze

Anmerkungen:

- Subsumptionspunkte werden nur erteilt für saubere, d.h. begründete Ausführungen mit Bezug zum Sachverhalt.
- Die Quellenangaben im Lösungsschema dienen der Orientierung und erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit.
- Die Musterlösung wurde aus didaktischen Gründen sehr ausführlich gehalten. Ausführungen in dieser Ausführlichkeit werden zum Erreichen der Bestnote selbstredend nicht erwartet.

Fall 1: Miete

<u>Frage: Stehen Anna Mängelrechte aus dem Mietvertrag zu und wenn ja, welche?</u>	
<u>Obersatz:</u> Anna könnten Mängelrechte gegenüber ihrer Vermieterin aus Art. 259a ff. OR zustehen.	[-]
Das gültige Zustandekommen des Mietvertrags ist erstellt.	
Damit Anna Mängelrechte geltend machen kann, müssen verschiedene Voraussetzungen erfüllt sein. Die allgemeinen Voraussetzungen der Mieterrechtsbehelfe nach Art. 259a Abs. 1 OR sind: <ul style="list-style-type: none"> - Es muss ein Mangel vorliegen, der während der Mietdauer aufgetreten ist oder es müssen die Voraussetzungen von Art. 258 Abs. 2 oder 3 OR erfüllt sein (I.) - Die Mieterin trägt keine Verantwortung für den Mangel (II.). - Die Mängelbeseitigung hat nicht auf Kosten der Mieterin zu erfolgen (III.). 	
I. Mangel an der Mietsache während der Mietdauer	
Das Gesetz definiert den Mangel an einer Mietsache nicht explizit. Es umschreibt den Mangel lediglich indirekt als verminderte, mehr oder minder beeinträchtigte oder fehlende Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch (vgl. Art. 258 Abs. 1 und 3, Art. 259b	7



<p>lit. a und b und Art. 259d OR). Der zum vorausgesetzten Gebrauch taugliche Zustand entspricht dem Zustand der Mietsache, den die Vermieterin gemäss Art. 256 Abs. 1 OR schuldet. Ein Mangel liegt somit vor, wenn der Ist-Zustand vom vertraglich geschuldeten Soll-Zustand der Mietsache abweicht. Beurteilt wird dies nach objektiven Kriterien. Subjektive Vorstellungen bleiben vorbehalten, soweit die Parteien diese zum Vertragsgegenstand erhoben haben.¹</p>	
<p><i>Im Falle einer Mietwohnung, die zu Wohnzwecken dient, ist bei einem brüchigen Fugenkitt entlang der Fenster, durch den Nässe eindringt, von einem Mangel der Mietsache auszugehen. Dies wird Anna auch von einer Expertin attestiert. Zwar hat Anna bei der Besichtigung der Wohnung gesehen, dass die Fenster alt sind. Nichtsdestotrotz ist damit bei alten Fenstern nicht die Erwartung verbunden, dass bei einem Schneesturm Wasser durchs Fenster eintritt. Im Gegenteil haben Fenster mitunter den Zweck, vor Kälte und Nässe zu schützen.</i></p>	
<p>Der Mangel muss ferner im laufenden Mietverhältnis aufgetreten sein oder es müssen die Voraussetzungen von Art. 258 Abs. 2 oder 3 OR vorliegen, damit die Mieterin nach Art. 259a ff. OR vorgehen kann.</p>	
<p><i>Gemäss Sachverhalt tritt rund zwei Monate nach Annas Einzug, mithin nach der Übernahme der Wohnung, infolge eines Schneesturms Wasser durch den brüchigen Fugenkitt entlang der Fenster ins Schlafzimmer ein. Es handelt sich dementsprechend um einen Sachmangel, der nach der Übergabe der Wohnung entstanden und somit während der Mietdauer aufgetreten ist.</i></p> <p><i>[Alternativ kann argumentiert werden, dass der Mangel wohl schon bei Übernahme bestand. Da es sich allerdings um einen mittelschweren Mangel handelt, stehen gemäss dem Verweis in Art. 258 Abs. 3 lit. a OR ebenfalls die Rechtsbehelfe von Art. 259a ff. OR offen.]</i></p>	
<p>II. Keine Verantwortung der Mieterin für den Mangel</p>	
<p>Unter von der Mieterin zu verantwortenden Mängeln sind Mängel zu verstehen, die die Mieterin oder Personen, für die sie einstehen muss, vorsätzlich oder fahrlässig verursacht haben.²</p>	3

¹ HULLIGER URBAN, Mietrecht in a nutshell, Zürich/St.Gallen 2020, 49 f. m.w.H.

² BSK OR I-WEBER, Art. 259a N 2.



<p><i>Vorliegend ist der Fugenkitt durch Zeitablauf brüchig geworden, denn die Fenster in der Wohnung sind alt. Aus dem Sachverhalt ist nicht zu entnehmen, dass Anna sich in irgendeiner Weise am Fugenkitt zu schaffen gemacht hätte. Insofern kann davon ausgegangen werden, dass sie die Wohnung stets sorgfältig gebraucht hat. Mangels anderweitiger Angaben im Sachverhalt ist somit davon auszugehen, dass Anna die brüchigen Stellen am Fugenkitt, durch die die Feuchtigkeit dringen konnte, nicht zu verantworten hat.</i></p>	
III. Mangel ist nicht von der Mieterin zu beheben	
1. Kleiner Unterhalt gemäss Art. 259 OR?	
<p>Ausnahmsweise sind Mängel unter den Voraussetzungen von Art. 259 OR von der Mieterin zu beheben. Dabei muss es sich um Mängel handeln, die sich im Rahmen des sog. kleinen Unterhalts beseitigen lassen. Der kleine Unterhalt wird der Mieterin auferlegt, wenn sie die Ausbesserung selbst vornehmen kann, die Beseitigung also kein Fachwissen erfordert, und sich die Kosten auf nicht mehr als CHF 150–200 belaufen.³</p>	3.5
<p><i>Hier geht die Mangelbeseitigung über den kleinen Unterhalt hinaus. Eine Fensterreparatur benötigt entsprechendes Fachwissen und die Kosten werden CHF 150–200 übersteigen.</i></p>	
2. Nichtigkeit des Haftungsausschlusses (Art. 256 Abs. 1 und 2 lit. b OR)?	
<p>Fraglich ist schliesslich, ob die Vermieterin die Instandhaltungspflicht auf die Mieterin überwälzen darf. Art. 256 Abs. 1 OR normiert die Pflicht der Vermieterin zur Übergabe und Instandhaltung der Mietsache. Die Mietsache muss sich in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand befinden und in demselben erhalten werden. Die Übergabe- und Instandhaltungspflicht der Vermieterin wird durch die Meldepflicht des Mieters gem. Art. 257g OR und die Duldungspflicht nach Art. 257h Abs. 1 OR ergänzt. Demzufolge hat die Vermieterin die ggfs. von der Mieterin gemeldeten, notwendig gewordenen Reparaturen zu veranlassen und die Instandstellungsarbeiten zu bezahlen. Demgegenüber hat die Mieterin die normale Abnutzung und Alterung der Mietsache hinzunehmen, soweit sie nicht auf vernachlässigten Unterhalt zurückzuführen sind.⁴</p>	5.5

³ BSK OR I-WEBER, Art. 259 N 2.

⁴ OFK OR-PERMAN, Art. 256 N 1.



<p>Die Pflicht der Vermieterin, die Sache in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu erhalten, ist für Mietverträge über Wohn- oder Geschäftsräume nicht abdingbar. Eine in Mietverträgen über Wohn- und Geschäftsräume getroffene, zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung ist nichtig (Art. 256 Abs. 2 lit. b OR).</p>	
<p><i>Dem Sachverhalt ist zu entnehmen, dass die Vermieterin nicht auf Annas Begehren, den Mangel innert angemessener Frist zu beseitigen, eintritt. Sie beruft sich auf die Klausel im Mietvertrag, nach welcher ihre Pflicht zum Erhalt des gebrauchstauglichen Zustandes der Wohnung ausgeschlossen worden sei. Wie erwähnt, handelt es sich bei Art. 256 OR um eine teilzwingende Bestimmung, von der unter den Voraussetzungen von Abs. 2 nicht zulasten der Mieterin abgewichen werden darf. Vorliegend mietet Anna eine Wohnung, in der sie wohnt. Insofern ist von einer Wohnraummiete auszugehen. Die Vermieterin kann sich deshalb nicht auf den Vertrag berufen, um sich von ihrer gesetzlichen Instandhaltungspflicht zu befreien.</i></p>	
IV. Zwischenfazit	
<p>Alle kumulativen Voraussetzungen zur Entstehung der Rechtsbehelfe nach Art. 259a lit. a–d OR sind vorliegend erfüllt, weshalb Anna einen oder mehrere Rechtsbehelfe – je nach Belieben – gegen die Vermieterin geltend machen kann.</p>	1
<p>Da Anna in der Wohnung verbleiben möchte, sind im Weiteren keine Rechtsbehelfe zu prüfen, die zur Beendigung des Mietverhältnisses führen.</p>	[-]
V. Beseitigung des Mangels auf Kosten der Vermieterin (Art. 259b lit. b OR)	
1. Voraussetzungen	
<p>Gestützt auf Art. 259b lit. b OR kann die Mieterin einen Mangel «auf Kosten des Vermieters [...] beseitigen lassen, wenn dieser die Tauglichkeit der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch zwar vermindert, aber nicht erheblich beeinträchtigt.» Voraussetzung dafür ist, dass die Vermieterin den Mangel kennt und ihn nicht innert angemessener Frist beseitigt. Vorbehalten bleibt Art. 259c OR, der anordnet, dass der Anspruch der Mieterin dann nicht besteht, wenn die Vermieterin innert angemessener Frist vollwertigen Ersatz</p>	9



<p>leistet. Die Angemessenheit der Frist hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab (Art und Schwere des Mangels, Dringlichkeit und Zeitbedarf der auszuführenden Arbeiten etc.).⁵</p>	
<p><i>Gemäss Sachverhalt attestiert die diplomierte Immobilienbewirtschafterin Anna, dass es sich beim durchlässigen Fugenkitt am Schlafzimmerfenster und dem damit verbundenen Nässe- und Kälteeintritt um einen mittelschweren Mangel handelt. Weil zumindest das Schlafzimmer nur noch eingeschränkt benützt werden kann, ist davon auszugehen, dass die Gebrauchstauglichkeit der Mietwohnung zwar vermindert, aber nicht erheblich beeinträchtigt ist. [Andere Argumentation möglich bei einer Zwei-Zimmerwohnung.]</i></p> <p><i>Dem Sachverhalt ist zu entnehmen, dass Anna der Vermieterin ein Einschreiben zukommen lässt, in dem sie um die Beseitigung des Mangels innert fünf Wochen ersucht. Eine fünfwöchige Frist erscheint angemessen, um Fachkräfte aufzubieten, die an einem einzigen Fenster den Fugenkitt ausbessern. Mangels anderweitiger Angaben ist davon auszugehen, dass Anna die Vermieterin in diesem Schreiben auch über den Mangel hinreichend in Kenntnis setzt. Nichtsdestotrotz bleibt die Vermieterin untätig und verweist auf den nichtigen Haftungsausschluss, woraus gefolgert werden kann, dass sie auch nicht mehr tätig werden wird.</i></p> <p><i>Dem Sachverhalt sind überdies keine Hinweise zu entnehmen, dass die Vermieterin Anna eine Ersatzwohnung angeboten hätte.</i></p>	
<p>2. Zwischenergebnis</p>	
<p>Da die kumulativen Voraussetzungen von Art. 259b vorliegen und der Ausnahmetatbestand von Art. 259c OR nicht erfüllt ist, kann Anna den Mangel am Fenster auf Kosten der Vermieterin beseitigen lassen.</p>	<p>2</p>
<p>VI. Mietzinsherabsetzung (Art. 259d OR)</p>	
<p>1. Voraussetzungen</p>	
<p>Wird die Tauglichkeit der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigt oder vermindert, so kann die Mieterin von der Vermieterin verlangen, dass sie den Mietzins vom Zeitpunkt, in dem sie vom Mangel erfahren hat, bis zur Behebung des Mangels entspre-</p>	<p>6</p>

⁵ HULLIGER, 85.



<p>chend herabsetzt (Art. 259d OR). Der Mietzinsherabsetzungsanspruch beschlägt sämtliche Mängel gemäss Art. 259a OR.⁶ Zur Vermeidung von gerichtlichen Auseinandersetzungen über jede Kleinigkeit ist es bei sehr untergeordneten Mängeln, die die Gebrauchstauglichkeit der Sache um weniger als 5 % tangieren, zusätzlich erforderlich, dass sich die Beeinträchtigung über eine längere Dauer erstreckt.⁷ Die Minderung greift erst ein, wenn der Vermieter vom Mangel erfahren hat. Die Kenntnis des Vermieters kann sowohl auf entsprechender Anzeige des Mieters beruhen als auch auf seiner eigenen Wahrnehmung oder jener einer Hilfsperson wie eines Hauswartes.⁸</p>	
<p><i>In casu wurde die Mangelhaftigkeit der Sache im Sinne von Art. 259a OR bereits festgestellt (s.o.). Zudem wurde die Vermieterin per Einschreiben über den Mangel in Kenntnis gesetzt. Da vorliegend ein ganzes Zimmer in einer Zwei-Zimmerwohnung vom Mangel betroffen ist, ist die Erheblichkeitsschwelle von 5 % überschritten.</i></p>	
<p>2. Rechtsnatur und Umfang des Herabsetzungsanspruchs</p>	
<p>Dem Gesetzeswortlaut lässt sich nur entnehmen, dass die Mieterin einer im erwähnten Sinne mangelhaften Sache das Recht hat, von der Vermieterin eine Minderung des Mietzinses zu verlangen. Die Mieterin muss zur Durchsetzung ihres Anspruchs nicht das Gericht anrufen.⁹ Zudem bedarf es auch keiner Zustimmung der Vermieterin.</p> <p>Bezüglich der Höhe der Mietzinsherabsetzung können die Grundsätze, die bei der Preisminderung im Kaufrecht gelten, sinngemäss auf das Mietverhältnis übertragen werden. Nach der relativen Berechnungsmethode ist daher der Wert der mangelhaften Sache ins Verhältnis zu setzen zu demjenigen der gebrauchstauglichen. Dabei ist auf objektive Kriterien abzustellen, namentlich auf Art und Beschaffenheit des Mietobjektes und des Mangels und auf den Vertragsinhalt.</p>	4
<p><i>In casu kann Anna einen angemessenen Abzug von ihrer Mietzinszahlungspflicht machen. Da sie vorliegend zumindest in den kalten Wintermonaten ein Zimmer ihrer Zwei-Zimmerwohnung nicht nutzen kann, rechtfertigt sich je nach Grösse der sonstigen Räume eine Herabsetzung von mindestens 30 %. Sie braucht für diesen Abzug keine Zustimmung der Vermieterin. Allerdings muss sie aufpassen, dass der Betrag nicht</i></p>	

⁶ BSK OR I-WEBER, Art. 259d N 2.

⁷ BSK OR I-WEBER, Art. 259d N 2.

⁸ BSK OR I-WEBER, Art. 259d N 2.

⁹ BSK OR I-WEBER, Art. 259d N 3.



<p><i>übermässig ist, weil sie sonst in Zahlungsrückstand gerät (vgl. Art. 257d OR). [andere Argumentation möglich]</i></p>	
VII. Mietzinshinterlegung (Art. 259g OR)	
1. Voraussetzungen	
<p>Gestützt auf Art. 259g Abs. 1 OR kann die Mieterin künftig fällig werdende Mietzinse bei einer vom Kanton bezeichneten Stelle hinterlegen, sofern es sich um einen Mietvertrag über eine unbewegliche Sache handelt, nach herrschender Lehre die Mängelbeseitigung noch möglich und zumutbar ist,¹⁰ die Mieterin der Vermieterin vorgängig – verbunden mit der Androhung der Hinterlegung – schriftlich eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung angesetzt hat und nach Fristenablauf erneut schriftlich die Hinterlegung ankündigt. Sind die Voraussetzungen von Art. 259g Abs. 1 OR erfüllt, gelten die Mietzinse mit der Hinterlegung als bezahlt (Art. 259g Abs. 2 OR). Sodann muss die Mieterin ihre Ansprüche innert 30 Tagen seit Fälligkeit des ersten hinterlegten Mietzinses bei der Schlichtungsbehörde anmelden. Ansonsten fallen sie der Vermieterin zu (Art. 259h Abs. 1 OR).</p>	7
<p><i>Vorliegend ist Gegenstand des Mietvertrags eine Wohnung, womit es sich um eine unbewegliche Sache handelt. Die Mängelbeseitigung ist im Übrigen noch möglich und zumutbar. Der Austausch eines Fensters ist als relative kleine Renovation zu qualifizieren. Anna hat der Vermieterin hierzu eine angemessene Frist von fünf Wochen angesetzt. Allein dieses Schreiben, in dem Anna die Vermieterin auffordert, den Mangel zu beseitigen, reicht allerdings als Hinterlegungsandrohung noch nicht aus. Vielmehr muss Anna der Vermieterin schriftlich androhen, dass sie nach Fristablauf den Mietzins beim vom Kanton bezeichneten Stelle hinterlegen wird. Zudem muss sie auch die Hinterlegung der Vermieterin schriftlich anzeigen. Zudem muss Anna innert 30 Tagen seit Fälligkeit des ersten hinterlegten Mietzinses ihre Ansprüche bei der Schlichtungsbehörde anmelden. Ansonsten fallen die hinterlegten Mietzinse der Vermieterin zu.</i></p>	
2. Zwischenergebnis	
<p>Sind die Voraussetzungen erfüllt, so hinterlegt Anna die Mietzinsen gestützt auf Art. 259g Abs. 2 OR mit befreiender Wirkung.</p>	1

¹⁰ BSK OR I-WEBER, Art. 259d N 4 m.w.H.



VIII. Ergebnis	
Anna kann gestützt auf Art. 259b lit. b OR die Mängelbeseitigung auf Kosten der Vermieterin vornehmen. Zudem kann sie seit Kenntnis des Mangels durch die Vermieterin bis zur Mängelbeseitigung eine angemessene Mietzinsherabsetzung verlangen (Art. 259d OR). Schliesslich kann sie, soweit sie der Vermieterin die Hinterlegungsandrohung und die Hinterlegung schriftlich anzeigt, auch die Mietzinshinterlegung nach Art. 259g OR anstreben.	1
Total mögliche Inhaltspunkte	50

Fall 2: GoA / unzulässige Untermiete

Frage: Kann die Vermieterin den Gewinn, den Anna durch die unzulässige Untervermietung erzielt hat, bei ihr abschöpfen?	
<u>Obersatz:</u> Die Vermieterin könnte einen Anspruch auf Gewinnherausgabe nach Art. 423 OR gegen Anna haben.	[-]
Art. 423 OR regelt die Gewinnabschöpfung bei bösgläubiger Eigengeschäftsführung. ¹¹ Danach muss derjenige, der nicht mit Rücksicht auf das Interesse des Geschäftsherrn widerrechtlich dessen Geschäfte geführt (z.B. eine unzulässige Untervermietung ¹²) und einen Gewinn erzielt hat, diesen Gewinn an den Geschäftsherrn herausgeben, soweit er diesen ohne den widerrechtlichen Eingriff nicht erzielt hätte und der Gewinn dem Geschäftsherrn zusteht.	[-]
I. Voraussetzungen von Art. 423 OR	
Um den Anspruch auf Gewinnherausgabe nach Art. 423 Abs. 1 OR zu begründen, müssen folgende Voraussetzungen kumulativ vorliegen:	1
1. Eingriff in eine fremde Rechtssphäre	

¹¹ HUGUENIN, N 2163.

¹² BGE 126 III 69 E. 2b = Pra 2001 Nr. 11; bestätigt in BGE 4A_456/2010 E. 4; anders noch BGE 39 II 702 E. 4 und E. 5; HUGUENIN, N 2172.



<p>Zunächst muss es sich um einen Eingriff der Geschäftsführerin in eine fremde Rechtsphäre handeln.¹³ Unter welchen Voraussetzungen dogmatisch besehen ein Eingriff in eine fremde Rechtsphäre vorliegt, ist strittig. Das Bundesgericht und ein Teil der Lehre folgen der Widerrechtlichkeitstheorie. Andere Lehrmeinungen plädieren für die Zuweisungstheorie. Dieser Lehrstreit ist dann unerheblich, wenn es sich um einen Eingriff in absolute Rechte handelt. Auch die unzulässige Vermietung einer fremden Wohnung gilt als Eingriff in absolute Rechte.¹⁴</p>	7
<p><i>Gemäss Sachverhalt zieht Anna zurück in ihren Heimatkanton und vermietet die von ihr gemietete Wohnung im Niederdörfli jeweils übers Wochenende an Feriengäste. Sie schliesst demzufolge regelmässig Untermietverträge ab und greift dadurch in die Rechtsphäre – konkret in das Eigentum als absolutes dingliches Recht – der Vermieterin ein.</i></p>	
<p>Fraglich ist, ob die von der Mieterin geschlossenen Untermietverträge mit Blick auf ihren eigenen Mietvertrag als vertragswidrig bzw. unzulässig zu beurteilen sind. Grundsätzlich steht es der Mieterin gestützt auf Art. 262 Abs. 1 OR offen, die Mietsache weiterzuvermieten, sofern die Vermieterin zustimmt. Die Vermieterin darf ihrerseits die Zustimmung nur verweigern, wenn eine der Voraussetzungen in Art. 262 Abs. 2 lit. a–c OR gegeben ist.</p>	
<p><i>Anna vermietet gemäss Sachverhalt ihre Wohnung bewusst heimlich, mithin ohne das Wissen der Vermieterin. Sie holt die Zustimmung der Vermieterin also nicht ein. Mangels Einholung der Zustimmung ist dementsprechend die Untervermietung durch Anna als vertragswidrig bzw. unzulässig zu qualifizieren.</i></p>	
2. Eigengeschäftsführungswillen	
<p>Bei ihrem Eingriff fehlt es der Geschäftsführerin am Fremdgeschäftsführungswillen. Mit anderen Worten wird die Geschäftsführerin eigennützig, jedenfalls aber nicht im Interesse der Geschäftsherrin tätig (vgl. Marginalie und Wortlaut von Art. 423 Abs. 1 OR). Die sog. Eigengeschäftsführerin ist sich also bewusst, dass sie ein fremdes Geschäft führt.</p>	2.5

¹³ HUGUENIN, N 2165 ff.

¹⁴ HUGUENIN, N 2172.



<p><i>Anna sieht den Nettogewinn aus der Untervermietung gemäss Sachverhalt als gerechtfertigten Lohn für ihren Aufwand (Koordination und Kommunikation mit den Gästen) und hat kein schlechtes Gewissen. Damit ist erstellt, dass sie keinen Fremdgeschäftsführungswillen hat.</i></p>	
3. Widerrechtlichkeit/Auftragslosigkeit	
<p>Aus der Überschrift des vierzehnten Titels und aus dem systematischen Zusammenhang ist auch bei Art. 423 OR zu fordern, dass die Eigengeschäftsführung «ohne Auftrag» erfolgt. Dies lässt sich bejahen, wenn eine vertragliche oder gesetzliche Veranlassung fehlt, die den Eingriff der Eigengeschäftsführerin zu rechtfertigen vermag. Auftragslosigkeit bedeutet in diesem Zusammenhang mithin: Widerrechtlichkeit des Eingriffs.¹⁵</p>	2.5
<p><i>Wie bereits gesehen, verlangt die Untervermietung gemäss Art. 262 OR die Zustimmung der Vermieterin. Anna holt diese Zustimmung nicht ein. Mangels Angaben im Sachverhalt ist im Übrigen davon auszugehen, dass der zwischen der Vermieterin und Anna geschlossene Mietvertrag auch keine Klausel enthält, die Anna berechtigen würde, die Wohnung im Niederdörfli an den Wochenenden an Feriengäste weiterzuvermieten. Dem Gesagten entsprechend sind weder gesetzliche noch vertragliche Rechtfertigungsgründe für Annas Eingriff in die fremde Rechtssphäre ersichtlich.</i></p>	
4. Bösgläubigkeit	
<p>Der Wortlaut von Art. 423 OR setzt auf Seiten der Geschäftsführerin kein Verschulden voraus. Verlangt wird als ungeschriebenes Tatbestandserfordernis allerdings die Bösgläubigkeit.¹⁶ Damit gemeint ist ein Unrechtsbewusstsein, das sich auf die Fremdheit des besorgten Geschäfts oder auf die Widerrechtlichkeit des Eingriffs (oder auf beides) bezieht. Bösgläubig ist also jene Person, die weiss oder hätte wissen müssen, dass sie eigennützig ein fremdes Geschäft führt und sich für ihr Eingreifen auf keinen Rechtfertigungsgrund zu stützen vermag.¹⁷ Teilweise wird in der Lehre der Standpunkt vertreten, Bösgläubigkeit sei nicht allgemein mit Verschulden gleichzusetzen, sondern nur mit Vorsatz oder Eventualvorsatz.¹⁸</p>	3

¹⁵ ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 19.

¹⁶ HUGUENIN, N 2176 m.w.H.

¹⁷ ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 23.

¹⁸ HUGUENIN, N 2176 m.w.H.



<p><i>Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass Anna zufolge des zerrütteten Verhältnisses nicht mehr auf die Zustimmung der Vermieterin für die geplanten Untervermietungen hofft. Allein aus diesem Grund schaltet sie die Wohnung heimlich, mithin ohne Wissen der Vermieterin, zur Vermietung auf den Buchungsplattformen auf. Dementsprechend wusste sie, dass sie ohne Rechtfertigungsgrund, namentlich ohne die Zustimmung der Vermieterin, in deren Rechtssphäre eingreift. Damit ist ihre Bösgläubigkeit erstellt.</i></p>	
5. Erzielen eines kausalen Verletzergewinns	
<p>Des Weiteren bedingt der Anspruch auf Gewinnabschöpfung das Erzielen eines Verletzergewinns bei der Geschäftsführerin. Dieser ist zu bejahen, wenn die Geschäftsführerin überhaupt einen Gewinn durch ihre Handlung erzielt und dieser kausal zum Eingriff in die fremde Rechtssphäre steht.¹⁹ Da dieser Kausalzusammenhang oft schwer zu beweisen ist, reicht überwiegende Wahrscheinlichkeit.²⁰</p>	2
<p><i>Gemäss Sachverhalt erzielt Anna während mehreren Monaten aus den Untervermietungen einen satten Gewinn. Dieser Gewinn wäre Anna nicht entstanden, wenn sie nicht widerrechtlich in die Rechtssphäre der Vermieterin eingegriffen hätte. Mit anderen Worten sind die von Anna ohne Zustimmung der Vermieterin geschlossenen Untermietverträge der Grund für den von ihr erzielten Gewinn. Dementsprechend geht der Gewinn kausal aus dem Eingriff in die fremde Rechtssphäre hervor.</i></p>	
6. Zwischenergebnis	
<p>Vorliegend sind sämtliche Voraussetzungen zur Begründung des Gewinnherausgabeanspruchs der Vermieterin gegeben.</p>	1
II. Umfang des Herausgabeanspruchs	
<p>Im Rahmen des Gewinnabschöpfungsanspruchs abzugsfähig ist nur der sog. Nettogewinn. Der Nettogewinn (synonym: «Reingewinn») lässt sich umschreiben als Bruttogewinn plus Zinsen minus Aufwendungen, die für die gewinnbringende Tätigkeit objektiv</p>	3

¹⁹ HUGUENIN, N 2178.

²⁰ BGE 133 III 153 E. 3.3.



erforderlich waren. ²¹ Keine abzugsfähige Aufwendung ist die Vergütung für die Arbeitsleistung der Geschäftsführerin. ²²	
<i>In casu ist aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich, wie viel Anna durch die Untervermietung tatsächlich eingenommen hat. Nicht abzugsfähig ist hier jedoch ihr Aufwand für Koordination und Kommunikation mit den Gästen.</i>	
III. Verjährung	
<p>Fraglich ist, ob der entstandene Gewinnherausgabeanspruch der Vermieterin gestützt auf Art. 423 Abs. 1 OR verjährt ist.</p> <p>Die Verjährung des Gewinnabschöpfungsanspruchs ist in der Lehre umstritten. Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass die zehnjährige Verjährungsfrist gem. Art. 127 OR gilt. Begründet wird dies damit, dass die Geschäftsführerin bei einer bösgläubigen Eigengeschäftsführung nicht bessergestellt werden soll, als bei der Fremdgeschäftsführung.²³</p> <p>Das Bundesgericht und der andere Teil der Lehre ist der Ansicht, dass Art. 60 OR mit dessen dreijährigen Frist zur Anwendung gelangen muss. Dies aufgrund der deliktischen Natur der bösgläubigen Eigengeschäftsführung.²⁴</p>	2
<i>Ungeachtet welcher Lehrmeinung man folgt, hat in diesem Fall die Vermieterin bereits nach eineinhalb Jahren von Annas unzulässiger Untervermietung erfahren. Dementsprechend ist ihr Gewinnabschöpfungsanspruch noch nicht verjährt.</i>	
IV. Konkurrenzen	
Da vorliegend nur Ansprüche des OR BT inklusive Spezialgesetze zu prüfen sind und keine Ansprüche aus diesem Bereich in Konkurrenz zu Art. 423 OR stehen, erübrigt sich diese Prüfung.	[-]
V. Fazit	

²¹ ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 102.

²² ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 118.

²³ HUGUENIN, N 2184.

²⁴ HUGUENIN, N 2185.



Die Vermieterin kann gestützt auf Art. 423 Abs. 1 OR den aus den Untervermietungen entsprungenen Nettogewinn von Anna herausverlangen.	1
Total mögliche Inhaltspunkte	25

Fall 3: Fracht und Auftrag

Frage: Auf welcher Grundlage kann Anna von Max Auskunft verlangen?	
<u>Obersatz:</u> Anna könnte einen Anspruch auf Rechenschaftsablegung aus Art. 440 Abs. 2 i.V.m. 400 Abs. 1 OR haben.	[-]
Vorliegend könnte es sich um einen Frachtvertrag handeln. Ein Frachtvertrag regelt das Verhältnis zwischen der Absenderin eines Frachtgutes und dem Frachtführer. Dabei wird der Frachtführer verpflichtet, gegen eine Vergütung (sog. Frachtlohn) Sachen zu transportieren (Art. 440 Abs. 1 OR). ²⁵ Nur der Transport von Sachen kann Gegenstand eines Frachtvertrages i.S.v. Art. 440 Abs. 1 OR sein. ²⁶ Die Absenderin und die Empfängerin des Frachtguts können dieselbe Person sein; ein Dreiparteienverhältnis ist für die Qualifikation des Rechtsverhältnisses als Frachtvertrag nicht zwingend. ²⁷	2
I. Zustandekommen und Qualifikation des Vertrags	
Damit ein Frachtvertrag im Sinne von Art. 440 ff. OR gemäss Art. 1 Abs. 1 OR zustande kommt, müssen sich die Parteien über die <i>essentialia negotii</i> einigen. Beim Frachtvertrag sind dies die Bestimmung des Frachtguts, die Bekanntgabe des Namens der Empfängerin und der Ablieferungsort. Dabei ist auch die Vereinbarung eines Frachtlohns begriffsnotwendig, ansonsten die Bestimmungen des Auftrages i.S.v. Art. 394 ff. OR zur Anwendung gelangen. ²⁸ Für die gehörige Verpackung des Frachtgutes hat die Absenderin zu sorgen (Art. 442 Abs. 1 OR).	9

²⁵ HUGUENIN, N 3488.

²⁶ HUGUENIN, N 3494.

²⁷ HUGUENIN, N 3492.

²⁸ HUGUENIN, N 3497.



<p>Für das gültige Zustandekommen des Frachtvertrags sind keine besonderen Formvorschriften vorgesehen. Der Frachtvertrag kann somit auch formfrei abgeschlossen werden.</p>	
<p><i>Gemäss Sachverhalt beauftragt Anna Max, ihre Möbel aus der Wohnung im Niederdörfli in ihre Bleibe im Heimatkanton zu verfrachten. Bei den Möbeln handelt es sich um Sachen, die von Max von einem Ort zum anderen transportiert werden sollen. Anna hat die Möbel dazu fachgerecht verpackt. Demnach obliegt Max tatsächlich nur das Beladen, der Transport und das Abladen der Ware. Dementsprechend sind vorliegend das Frachtgut, der Name der Empfängerin (Anna) und der Ablieferungsort (ihr neues Zuhause) bestimmt. Zudem vereinbaren sie gemäss Sachverhalt gültig, dass Max die von Anna verpackten Möbel gegen einen Stundenlohn von CHF 45.-- von Zürich zu ihr nach Hause transportiert. Somit wurde auch ein Frachtlohn als Vergütung vereinbart.</i></p>	
II. Zwischenfazit	
<p>Das zwischen Anna und Max gültig zustande gekommene Rechtsverhältnis ist als Frachtvertrag i.S.v. Art. 440 Abs. 1 OR zu qualifizieren.</p>	1
III. Pflicht zur Rechenschaftsablegung (Art. 400 Abs. 1 OR)	
<p>Fraglich ist, ob Anna gegen Max einen Anspruch auf Rechenschaftsablegung aus dem Frachtvertrag hat.</p> <p>Gemäss Art. 440 Abs. 2 OR kommen für den Frachtvertrag die Vorschriften über den Auftrag (Art. 394 ff. OR) zur Anwendung, soweit nicht die Bestimmungen zum Frachtvertrag etwas anderes enthalten.</p> <p>Das Frachtvertragsrecht enthält keine eigenen Bestimmungen, die einen Anspruch zur Rechenschaftsablegung enthalten. Dementsprechend sind subsidiär die Bestimmungen des Auftragsrechts zu konsultieren.</p> <p>Nach Art. 400 Abs. 1 OR muss der Beauftragte gegenüber der Auftraggeberin auf Verlangen jederzeit über seine Geschäfte Rechenschaft ablegen.²⁹ Die Verpflichtung des Beauftragten umfasst die vollständige und wahrheitsgetreue Information gegenüber der Auftraggeberin.³⁰ Bei einer Rechnungsstellung nach Zeitaufwand sind Angaben über die</p>	11.5

²⁹ HUGUENIN, N 3275.

³⁰ HUGUENIN, N 3276.



erbrachten Bemühungen zu machen. Die Umschreibung der erbrachten Leistung muss dabei so detailliert sein, dass sie überprüfbar ist. ³¹	
<p><i>Wie bereits festgestellt, ist zwischen Anna und Max ein gültiger Frachtvertrag i.S.v. Art. 440 Abs. 1 OR zustande gekommen. Sie haben einen Stundensatz von CHF 45.-- für den Möbeltransport vereinbart. Gemäss Sachverhalt vermutet Anna Ungereimheiten, als Max ihr eine Rechnung in Höhe von CHF 225.-- stellt. Dies würde bedeuten, dass er für das Be- und Entladen ihrer Möbel zzgl. der Fahrzeit zu ihrer neuen Bleibe insgesamt fünf Stunden gebraucht hat. Zumal Anna gemäss Sachverhalt nur eine Stunde Fahrzeit zu ihr nach Hause benötigt und ihr dementsprechend die in Rechnung gestellten CHF 225.-- als (zu) hoch erscheinen, möchte sie einen Arbeitsrapport von Max sehen. Max ist aufgrund seines Zügelauftrages verpflichtet, auf Verlangen eine detaillierte Abrechnung seiner Leistungen zu liefern. Diese sollte gemäss Lehre und Rechtsprechung die erbrachte Arbeitsleistung in Form von Stundenaufzeichnungen und Angaben zu den erbrachten Leistungen sowie deren Umfang und Zeitpunkt enthalten. Der Arbeitsrapport muss somit die Fahrzeit und die Zeit für das Be- und Entladen der Möbel aufführen. Auf diese Weise kann Anna überprüfen, ob die erbrachten Leistungen dem vereinbarten Umfang und dem in Rechnung gestellten Betrag entsprechen.</i></p>	
IV. Fazit	
Anna kann gestützt auf Art. 440 Abs. 2 i.V.m. Art. 400 Abs. 1 OR von Max einen detaillierten Arbeitsrapport verlangen.	1
Total mögliche Inhaltspunkte	24.5

Fall 4: KKG

Frage: Beraten Sie Anna hinsichtlich des Vertragsabschlusses.	
<u>Obersatz:</u> Der Vertragsabschluss könnte den besonderen Vorschriften des KKG unterstehen.	[-]
I. Anwendbarkeit des KKG	

³¹ BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 400 N 4; Bundesgerichtsentscheid 4A_147/2014 vom 19. November 2014, E. 5.2.1; 4A_459/2013 vom 22. Januar 2014, E. 5.2.2; 4P.28/1996 vom 1. Juli 1997, E. 4b/aa.



<p>Das KKG (Konsumkreditgesetz) enthält Bestimmungen zum Schutz von Konsumentinnen und Konsumenten bei der Vergabe von Krediten und anderen Finanzierungshilfen. Es regelt beispielsweise die Pflichten des Kreditgebers und die Informationsansprüche, die der Kreditnehmer hat.</p> <p>Ein Konsumkreditvertrag nach Art. 1 Abs. 1 KKG liegt vor, wenn eine Kreditgeberin (natürliche oder juristische Person; Art. 2 KKG) gewerbsmässig einer Konsumentin einen Kredit für private Zwecke (Art. 3 KKG) in Form eines Zahlungsaufschubs, eines Darlehens oder einer ähnlichen Finanzierungshilfe gewährt oder zu gewähren verspricht.³²</p> <p>Art. 7 KKG enthält eine Liste mit Ausschlussgründen, bei deren Vorliegen das KKG trotz der Eröffnung des persönlichen und sachlichen Geltungsbereichs i.S.v. Art. 1 ff. nicht zur Anwendung gelangt. Von Bedeutung sein könnten im vorliegenden Fall insbesondere die Schwellenwerte in lit. e. Hiernach gilt das KKG nicht für Verträge über Kredite von weniger als CHF 500 oder mehr als CHF 80'000, wobei die koordiniert an die gleiche Konsumentin oder den gleichen Konsumenten vermittelten Konsumkredite zusammengezählt werden.</p>	10.5
<p><i>Vorliegend möchte Anna, eine natürliche Person, bei der Monetas Bank AG ein Darlehen zum Kauf eines Autos aufnehmen. Der Vertrag sieht vor, dass Anna einen Betrag in Höhe von CHF 24'000 erhält, welchen sie innert drei Jahren zu einem effektiven Jahreszins von 16 % zurückzubezahlen hat. Mangels anderweitiger Angaben im Sachverhalt und aufgrund des Firmennamens ist davon auszugehen, dass die Monetas Bank AG gewerbsmässig solche Finanzierungshilfen anbietet. Anna benötigt den Kredit zur Finanzierung ihres Privatautos, um in ihrer Freizeit etwas mobiler zu sein. Zumal dem Gesagten entsprechend Anna in ihrer Rolle als Konsumentin für private Zwecke von einem gewerbsmässigen Darlehensgeber, der Monetas AG, eine Finanzierungshilfe in Anspruch zu nehmen gedenkt und in casu keine Ausschlussgründe bezüglich der Anwendung des KKG im Sinne von Art. 7 gegeben sind, ist der Anwendungsbereich des KKG eröffnet.</i></p>	
<p>II. Zwischenfazit</p>	
<p>Der Anwendungsbereich des KKG ist vorliegend eröffnet.</p>	1
<p>III. Form- und Inhaltsvorschriften des KKG (Art. 9–16 KKG)</p>	

³² HUGUENIN, N 3095 und N 3098 ff.



Konsumkreditverträge unterliegen strengen gesetzlichen Formvorschriften. Sie sind schriftlich abzuschliessen und es muss der Kreditnehmerin eine Vertragskopie ausgehändigt werden (Art. 9 Abs. 1 KKG). Sinn und Zweck dieser Bestimmungen ist es, der Konsumentin (spätestens) vor bzw. bei Abschluss des Vertrages detaillierte Informationen zu garantieren, insbesondere betreffend die Kosten des Kredits.³³

Die zwingenden Inhaltsvorschriften unterscheiden sich je nachdem, ob es sich um einen «Barkredit» (Art. 9 KKG), um einen Kredit zur «Finanzierung des Erwerbs von Waren» (Art. 10 KKG), «Leasing» (Art. 11 KKG) oder einen Überziehungskredit (Art. 12 KKG) handelt.³⁴

Generell muss der Vertrag– unabhängig davon, um welche Art der oben genannten Kreditverträge es sich handelt – Auskunft geben über:³⁵

- den Nettobetrag des Kredits (Art. 9 Abs. 2 lit. a KKG);
- den effektiven Jahreszins (Art. 9 Abs. 2 lit. b KKG);
- die Bedingungen zur Abänderung des Zinssatzes und der Kosten nach lit. b (Art. 9 Abs. 2 lit. c KKG);
- die Gesamtkosten des Kredits (Art. 9 Abs. 2 lit. d KKG);
- die allfällige Höchstgrenze des Kreditbetrags (Art. 9 Abs. 2 lit. e KKG);
- die Rückzahlungsmodalitäten (Art. 9 Abs. 2 lit. f KKG);
- die Kostenfolge der vorzeitigen Rückzahlung (Art. 9 Abs. 2 lit. g KKG);
- das Widerrufsrecht und die Widerrufsfrist (Art. 9 Abs. 2 lit. h KKG mit Verweis auf Art. 16 KKG);
- allfällig verlangte Sicherheiten (Art. 9 Abs. 2 lit. i KKG) und
- die Festlegung des pfändbaren Einkommensteils der Konsumentin (Art. 9 Abs. 2 lit. j KKG).

Der effektive Jahreszins drückt gem. Art. 6 KKG die Gesamtkosten des Kredits in Jahresprozenten des gewährten Kredits aus. Art. 14 KKG ermächtigt den Bundesrat zur Festsetzung eines maximal zulässigen Jahreszinssatzes. Diese Kompetenz hat der Bundesrat an das EJPD delegiert. Dieses hat den Maximalzins für Kredithilfen nach Art. 9–11

³³ HUGUENIN, N 3102.

³⁴ HUGUENIN, N 3103.

³⁵ HUGUENIN, N 3103.



KKG bei 11 % und für Überziehungskredite bei maximal 13 % pro Jahr festgelegt (Art. 1 Verordnung des EJPD über den Höchstzinssatz für Konsumkredite).³⁶

Bei Verträgen zur Finanzierung des Erwerbs von Waren oder Dienstleistungen sind darüber hinaus folgende Angaben zwingend:

- Beschrieb der Waren oder Dienstleistungen (Art. 10 lit. a KKG);
- Nennung des Barzahlungspreises und des Preises, der im Rahmen des Kreditvertrags zu bezahlen ist;
- die Modalitäten von Anzahlungen und Teilzahlungen der Waren oder Dienstleistungen (Art. 10 lit. b KKG);
- der Name der Produkteigentümerin, falls nicht bei der Konsumentin (Art. 10 lit. d KKG) und
- allfällige Hinweise auf verlangte Versicherungen und ggfs. Versicherungskosten (Art. 10 lit. e KKG).

Eine Verletzung der Form- und Inhaltsvorschriften der Art. 9–11 KKG führt grundsätzlich zur Nichtigkeit des Vertrages (Art. 15 Abs. 1 KKG).³⁷ Dies gilt auch für den Fall, dass der gesetzlich vorgeschriebene Höchstzinssatz überschritten wird (Art. 14 i.V.m. Art. 15 Abs. 1 KKG). Ist der Konsumkreditvertrag nichtig, so hat die Konsumentin die bereits empfangene oder beanspruchte Kreditsumme bis zum Ablauf der Kreditdauer zurückzuzahlen, schuldet aber weder Zinsen noch Kosten (Art. 15 Abs. 2 KKG). Die Kreditsumme ist in gleich hohen Raten zurückzuzahlen. Wenn der Vertrag keine längeren Zeitabstände vorsieht, werden diese Raten jeweils monatlich fällig (Art. 15 Abs. 3 KKG).

Gemäss Sachverhalt beabsichtigt Anna sich mit dem Geld aus dem Kredit ein Privatauto zu kaufen. Dementsprechend handelt es sich vorliegend um einen Kredit zur Finanzierung des Erwerbs von Waren i.S.v. Art. 10 KKG. Dieser Kreditvertrag ist gestützt auf Art. 9 Abs. 1 i.V.m. Art. 10 KKG schriftlich abzuschliessen und es ist eine Vertragskopie auszuhändigen. Darüber hinaus sind die zwingenden Inhaltsangaben im Sinne von Art. 9 f. KKG in den Vertrag aufzunehmen. Tut die Monetas Bank AG dies nicht, ist der Vertrag nichtig und Anna hat die bereits empfangene Kreditsumme in Höhe von CHF 24'000 bis zum Ablauf der vereinbarten Kreditdauer von drei Jahren also über 36 Monate in gleich hohen Teilen zurückzubezahlen. Darüber hinaus schuldet sie weder Zinsen noch Kosten.

³⁶ <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2021/791/de> (zuletzt besucht am: 16. Juni 2023).

³⁷ HUGUENIN, N 3107.



<p><i>Problematisch ist vorliegend insbesondere, dass die Geschäftsführerin der Monetas Bank AG einen effektiven Jahreszinssatz von 16 % vorschlägt. Wird der gesetzlich vorgeschriebene Höchstzinssatz für einen Vertrag zum Erwerb von Waren oder Dienstleistungen von 11 % überschritten, führt dies ebenfalls zur Nichtigkeit des Vertrags im Sinne von Art. 15 KKG.</i></p>	
IV. Zwischenfazit	
<p>So wie der Vertrag von der Geschäftsführerin der Monetas Bank AG vorgeschlagen wird, gilt er als nichtig im Sinne von Art. 15 Abs. 1 KKG. Wenn Anna den Vertrag trotzdem unterzeichnet, muss sie dafür weder Zinsen noch Kosten bezahlen, sondern die Kreditsumme in gleich hohen Teilzahlungen während 36 Monaten zurückerstatten.</p>	1
V. Kreditfähigkeitsprüfung	
<p>Ferner muss die Kreditgeberin vor Vertragsabschluss die Kreditfähigkeit der Konsumentin prüfen (Art. 27a KKG). Die Konsumentin gilt dann als kreditfähig, wenn sie den Konsumkredit zurückzahlen kann, ohne den nicht pfändbaren Teil des Einkommens nach Art. 93 Abs. 1 SchKG beanspruchen zu müssen (Art. 28 Abs. 2 KKG). Verstösst die Kreditgeberin gegen die Vorgaben zur Kreditfähigkeitsprüfung nach Art. 27a ff. KKG, so verliert sie bei einem schwerwiegenden Verstoss die Kreditsumme inkl. Zinsen und Kosten (Art. 32 Abs. 1 KKG). Bei einem geringfügigen Verstoss verliert sie lediglich Zinsen und Kosten (Art. 32 Abs. 2 KKG).</p>	8.5
<p><i>In casu ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen, dass die Geschäftsführerin der Monetas Bank AG eine Kreditfähigkeitsprüfung von Anna vorgenommen hätte. Das vollständige Unterlassen der Prüfung gilt als schwerwiegender Verstoss im Sinne von Art. 32 Abs. 1 KKG, wodurch die Monetas Bank AG ihren Anspruch auf Rückzahlung der Kreditsumme samt Zinsen und Kosten verlieren würde.</i></p>	
VI. Fazit	
<p>In der von der Monetas Bank AG vorgeschlagenen Fassung wäre der Konsumkreditvertrag nichtig und Anna hätte weder Zinsen noch Kosten zu bezahlen. Sofern die Monetas Bank AG auch die Kreditfähigkeitsprüfung unterlässt, verliert diese auch die Kreditsumme.</p>	1
Total mögliche Inhaltspunkte	49