

Vorlesung Obligationenrecht Besonderer Teil

Rechtsanwalt Prof. Dr. Arnold F. Rusch LL.M.

Universität Zürich

Innominatkontrakte, 9. Dezember 2019

Albert schliesst mit der Kinderkrippe einen Vertrag über die Betreuung seines Kindes während vier Tagen in der Woche.

- *Was ist, wenn das Kind aufgrund des schlechten Essens eine Magenverstimmung erleidet?*
- *Was ist, wenn sich die Krippe in baulicher Hinsicht als gefährlich erweist?*
- *Wie kann man diesen Vertrag beenden, wenn die Parteien nichts regeln?*

ZGB 300 Pflegeeltern

1 Wird ein Kind Dritten zur Pflege anvertraut, so vertreten sie, unter Vorbehalt abweichender Anordnungen, die Eltern in der Ausübung der elterlichen Sorge, soweit es zur gehörigen Erfüllung ihrer Aufgabe angezeigt ist.

2 Vor wichtigen Entscheidungen sollen die Pflegeeltern angehört werden.

Innominatkontrakte: Rechtsanwendung

- Absorptionstheorie
- Kombinationstheorie
- Theorie der gesetzlichen Einzelanordnungen
- Theorie der analogen Rechtsanwendung des OR BT
- Kreationstheorie
- Diskurstheorie

Innominatkontrakte: Absorptionstheorie

«Nach der Absorptionstheorie ist ein Innominatkontrakt nach dem Recht des dominanten Vertragstypus auszulegen und zu ergänzen. Die Bestimmungen des weniger bedeutenden Typus werden «absorbiert». Die Absorptionstheorie versucht, ein Vertragsgebilde als Ganzes in ein vorbestimmtes Schema zu legen. Dies ist dann sachgerecht und naheliegend, wenn lediglich untergeordnete atypische Elemente in diesem Gebilde enthalten sind (...). Stellen die atypischen Elemente indessen mehr als nur Nebenpflichten dar, führt die Absorptionstheorie bisweilen zu schwer vertretbaren Ergebnissen. Sie verkommt dann zu einer Bauanleitung für ein Prokrustesbett.»

Huguenin, N 3697 f.

Innominatkontrakte: Kombinationstheorie

«Die Kombinationstheorie sieht den gemischten Vertrag als Verbindung von gesetzlich geregelten Tatbestandselementen an. Zu diesem Zweck zerlegt sie Nominattypen in einzelne Teile, an die sich die entsprechenden Rechtsfolgen knüpfen. Diese wendet sie sodann auf die einzelnen Vertragselemente an. Die Problematik dieser Methode liegt darin, dass ein Zerlegen der Nominatverträge die Typenmerkmale aus dem Gesamtkontext und damit aus einem fein austarierten Gleichgewicht reisst. Sie versagt vollends, wenn sich die Rechtsfolgen der zu «kombinierenden» Normen oder Normgruppe widersprechen.»

Huguenin, N 3699 f.

Innominatkontrakte: Theorie der Übernahme gesetzlicher Einzelanordnungen

«Diese Theorie ist eine Weiterentwicklung der Kombinationstheorie und setzt statt auf der Stufe des Typus auf der Stufe der Einzelanordnung an. Sie soll ermöglichen, auf einen konkreten Fall bloss jene Typennormen anzuwenden, die zu einem sachgerechten Ergebnis führen. Ausserdem erlaubt sie, auf einen Innominatvertrag, der in Beziehung zu mehreren gesetzlichen Typen steht, gleichzeitig Einzelanordnungen verschiedener Nominatkontrakte anzuwenden.»

Huguenin, N 3701

Innominatkontrakte: Theorie der analogen Rechtsanwendung des OR BT [und direkte Anwendung des OR AT]

«Diese Theorie wendet (...) die Regeln der Nominattypen nicht unmittelbar, sondern analog an. Sie will dem Vertrag als ganzheitlichem Gebilde entsprechen. Eine Lösung bietet sie allerdings nur an, wenn eine Ähnlichkeit mit einer bestehenden Regel gefunden werden kann. Richtig an dieser Theorie ist, dass die Anwendung von Typenrecht auf Innominatkontrakte (nicht hingegen auf typische Verträge mit Beimischung und grundsätzlich nicht auf zusammengesetzte Verträge) stets nur eine analoge sein kann. Direkte Anwendung finden hingegen in der Regel die Bestimmungen des Allgemeinen Teils (...). Auch von diesem Grundsatz bestehen angesichts des Modells eines Austauschvertrages Ausnahmen. Überdies sind einige Normen nur auf synallagmatische Verträge zugeschnitten.» Huguenin, N 3703.

Innominatkontrakte: Kreationstheorie

«Bei der Kreationstheorie ist das Gericht dazu aufgerufen, die fehlenden Regeln selber zu setzen. Die Kreationstheorie folgt also der Aufforderung von Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB: Fehlt Gewohnheitsrecht (was die Regel ist), so muss das Gericht bei der Beurteilung eines Innominatkontrakts die gesuchte Norm selbst setzen.»

Huguenin, N 3704

ZGB 1 Anwendung des Rechts

1 Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.

2 Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.

3 Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.

Viktor macht mit Kurt am Telefon ab, dass er ihm seinen Renault Clio im Wert von Fr. 20'000 für Fr. 10'000 verkaufe und im Umfang des Rests schenke.

- *Ist dieser Vertrag gültig?*
- *Was ist, wenn der Wagen aufgrund eines Mangels nur einen Wert von Fr. 15'000 aufweist?*

«Verträge, die keine eigene Regelung erfahren haben.»

Abgrenzung

Gesetzlich geregelte Mischverträge, Beispiel:
Werklieferungsvertrag, OR 365 I

Verträge mit Beimischung, Beispiel: Kauf mit untergeordneter Montage- oder Versandungspflicht

Zusammengesetzte Verträge: Verknüpfung verschiedener Verträge aneinander, gemeinsames Schicksal aller Verträge:
Leihe einer Hotdog-Maschine bei gleichzeitigem Verkauf von Würsten.

Typen von Innominatkontrakten

Gemischte Verträge

- *Kombinationsverträge*: Fitness- und Gastaufnahmevertrag
- *Zwitterverträge*: Abwarsvertrag mit Wohnung (BGer, 4A_102/2013, E. 2.2)
- *Verträge mit Typenverschmelzung*: Gemischte Schenkung

Verträge sui generis

Beispiel: Leasing

Wie kann man einen kombinierten Abwärts- und Wohnungsvertrag kündigen?

BGE 131 III 566 E. 3.1: *«Cette convention constitue un contrat mixte qui combine des prestations du contrat individuel de travail et du contrat de bail à loyer, en sorte qu'elle est régie par le droit du contrat de travail pour ce qui a trait à l'activité de conciergerie et par le droit du bail pour la cession de l'usage du logement mis à disposition du concierge. C'est seulement pour la résiliation que le régime contractuel applicable dépendra de la prestation prépondérante.»*

BGer, 4A_102/2013, E. 2.2: «De toute manière, comme on l'a vu, la résiliation du contrat de conciergerie dépend du droit qui régit la prestation prépondérante (...). Pour certains auteurs, la prestation prépondérante se détermine, entre autres critères, suivant qu'il incombe au propriétaire ou au concierge de verser une soulte; en d'autres termes, la résiliation du contrat de conciergerie ressortit à la réglementation du contrat de travail si le salaire est plus élevé que le loyer (...). Cette opinion, qui avance un facteur économique d'application aisée, doit être suivie. Dans le cas présent, le montant du salaire (800 fr. brut par mois) était supérieur au montant du loyer avec les charges (640 fr. par mois). En fonction de ce qui précède, la résiliation du contrat du 7 octobre 2002 obéissait en conséquence aux règles applicables en matière de droit du travail.»

§ 576b BGB

Entsprechende Geltung des Mietrechts bei Werkdienstwohnungen

(1) Ist Wohnraum im Rahmen eines Dienstverhältnisses überlassen, so gelten für die Beendigung des Rechtsverhältnisses hinsichtlich des Wohnraums die Vorschriften über Mietverhältnisse entsprechend, wenn der zur Dienstleistung Verpflichtete den Wohnraum überwiegend mit Einrichtungsgegenständen ausgestattet hat oder in dem Wohnraum mit seiner Familie oder Personen lebt, mit denen er einen auf Dauer angelegten gemeinsamen Haushalt führt.

(2) Eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung ist unwirksam.

Vertrag über die Erstellung eines Baugerüsts

Die Ulrich AG muss für die Beat AG ein Gerüst erstellen, damit sie in den nächsten drei Jahren eine Brücke über einen Fluss bauen kann. Nach 27 Monaten kracht das Baugerüst zusammen.

BGE 113 II 264

Beispiel: Exklusivvertrag

Die Parteien Herbert Meier AG (nachfolgend: Meier) und Albert Tanner (nachfolgend: Tanner) schliessen folgenden Exklusivvertrag:

1. Tanner übernimmt in seinen vier Baumarktgeschäften den Verkauf der Meier-Gartengeräte (Rasenmäher, Kleintraktoren, Hacken, Schaufeln, Rechen, Bewässerungsanlagen, Insektizidsprüher, Düngerverteiler etc.) auf mindestens 20m² pro Geschäft. Tanner kauft und verkauft die Meier-Gartengeräte im eigenen Namen und auf eigene Rechnung.
2. Meier gewährt Tanner den Exklusivvertrieb der Meier-Gartengeräte für die Kantone ZH, SG, TG, AI, AR, TI, GR. Tanner verpflichtet sich, keine aktiven Verkäufe ausserhalb dieser Kantone abzuschliessen. Meier verpflichtet sich, in den genannten Kantonen keine Meier-Gartengeräte aktiv zu verkaufen oder durch Dritte aktiv verkaufen zu lassen.

Exklusivvertrag

3. Tanner verpflichtet sich, in diesen Kantonen eine konsequente Absatzförderung zu betreiben. Er benutzt dafür die kostenlos zur Verfügung gestellten Werbebroschüren, Verkaufsgestelle und Marken von Meier. Meier organisiert einen kostenlosen und obligatorischen Kurs für Tanners Angestellte.
4. Tanner kauft alle Geräte von Meier zu einem Preis, der 30% unter dem von Meier empfohlenen Listenpreis liegt. Dieser Preis ist innert fünf Tagen nach Ankunft der Ware in den Geschäften Tanners zu begleichen. Tanner verkauft die Geräte zum Listenpreis.
5. Dieser Vertrag dauert fünf Jahre. Tanner verpflichtet sich bei Vertragsablauf, die Kunden- und Absatzlisten unaufgefordert Meier auszuhändigen.

1. Meier: Tanner verkauft seit drei Monaten auch Konkurrenzprodukte eines chinesischen Rasengeräteherstellers, die alle bedeutend billiger sind. Viele Kunden, die Tanners ganzes Sortiment sehen, entscheiden sich für die chinesischen Produkte. Ich verliere in den von Tanner kontrollierten Kantonen Marktanteile. Was kann ich tun?

2. Tanner: Der Exklusivvertreiber Schmid, der mit einem Exklusivvertrag für die Kantone OW, NW, UR, ZG, SZ, SO, AG, BL, BS zuständig ist, verkauft Geräte an die beiden Gartenbaubetriebe und andere Liegenschaftsverwaltungen in St. Gallen. Er schnappt mir so meine Grosskunden weg. Kann ich die Bezahlung der letzten Lieferung Meiers deswegen verweigern? Was kann ich sonst tun?

3. Tanner: Ich habe soeben ein Urteil des Bezirksgerichts Zürich bekommen, das den Vertrieb eines Teils der Gartengeräte von Meier vollumfänglich verbietet, weil sie ein Patent verletzen. Das Urteil ist rechtskräftig. Es geht um die Rasenmäher, mit denen ich durchschnittlich jeden Monat Fr. 30'000 Umsatz gemacht habe, also monatlich Fr. 10'000 verdient habe. Das macht ca. 53% des Umsatzes/Verdienstes mit Meier-Geräten aus. Ich habe noch zehn Rasenmäher auf Lager, die ich nicht verkaufen kann. Ich möchte mich von diesem Vertrag lösen und verlange Ersatz für den entgangenen Umsatz. Was kann ich tun?

4. Tanner (am 15. Mai 2018): Ich habe in fünf Jahren eine riesige Kundschaft für Meier-Geräte aufgebaut. Jetzt ist die Vertragsdauer abgelaufen. Ich will, dass Meier dafür bezahlen muss. Was kann ich tun?

	einmalige Tätigkeit	Dauervertrag	Nachweis von Abschlüssen	Vermittlung von Abschlüssen	Abschluss von Verträgen		
					in fremdem Namen und auf fremde Rechnung (direkte Stellvertretung)	in eigenem Namen und auf fremde Rechnung (indirekte Stellvertretung)	in eigenem Namen und auf eigene Rechnung
Nachweismäkler (Art. 412 OR)	✓		✓				
Vermittlungsmäkler (Art. 412 OR)	✓			✓			
Vermittlungsagent (Art. 418a Abs. 1 OR)		✓		✓			
Handelsreisender ohne Abschlussvollmacht (Art. 347 Abs. 1 OR)		✓		✓			
Handelsreisender mit Abschlussvollmacht (Art. 347 Abs. 1 i.V.m. 348 Abs. 1 und Abs. 2 OR)		✓			✓		
Abschlussagent (Art. 418a Abs. 1 OR)		✓			✓		
Kommissionär (Art. 425 OR)	✓					✓	
Spediteur (Art. 439 OR)	✓					✓	
Alleinvertriebshändler		✓					✓
Trödler	✓						✓

Alleinvertriebsvertrag

Huguenin, N 3835: *«Beim Alleinvertriebsvertrag verpflichtet sich die Lieferantin, dem Händler (Alleinvertreter) ein örtlich, sachlich und eventuell zeitlich begrenztes, ausschliessliches Bezugsrecht für die an ihn gelieferten Waren einzuräumen. Im Gegenzug verpflichtet sich der Händler, die entsprechende Ware (allenfalls ausschliesslich) bei der Lieferantin zu beziehen und den Verkauf im Vertragsgebiet zu fördern.»*

Trödelvertrag

Huguenin, N 4009: *«Vertragsinhalt bildet die Übergabe eines Gegenstands zum Zweck der Weiterveräußerung an einen Dritten mit der Vereinbarung, dass die Trödlerin die Veräußerung in eigenem Namen und auf eigene Rechnung vornimmt und sich verpflichtet, dem Vertrödler entweder den zwischen ihnen vereinbarten Schätzungspreis zu zahlen oder den Gegenstand zurückzugeben.»*

Doppelsynallagma

Alleinvertriebsrecht

Herbert Meier AG

Lieferpflicht



Absatzförderungspflicht

Tanner



Abnahme- und
Zahlungspflicht



OR 82?



OR 82



OR 82

Art. 418u OR

1 Hat der Agent durch seine Tätigkeit den Kundenkreis des Auftraggebers wesentlich erweitert, und erwachsen diesem oder seinem Rechtsnachfolger aus der Geschäftsverbindung mit der erworbenen Kundschaft auch nach Auflösung des Agenturverhältnisses erhebliche Vorteile, so haben der Agent oder seine Erben, soweit es nicht unbillig ist, einen unabdingbaren Anspruch auf eine angemessene Entschädigung.

2 Dieser Anspruch beträgt höchstens einen Nettojahresverdienst aus diesem Vertragsverhältnis, berechnet nach dem Durchschnitt der letzten fünf Jahre oder, wenn das Verhältnis nicht so lange gedauert hat, nach demjenigen der ganzen Vertragsdauer.

3 Kein Anspruch besteht, wenn das Agenturverhältnis aus einem Grund aufgelöst worden ist, den der Agent zu vertreten hat.