recht

1/15
www.recht.recht.ch

Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis

33. Jahrgang

Inhalt

Abhandlungen

1 *Markus Vischer*
Der Mangelbegriff im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht

10 *Annina Wirth/Herbert Wohlmann*
Zum Umgang der Unternehmen mit dem Wertewandel

19 *René Wiederkehr*
Das rechtlich geschützte Interesse nach Art. 115 lit. b BGG

32 *Pascal Wirz*
Das Sondernutzungsrecht im Stockwerkeigentum – inhaltliche Unterschiede zum Sonderrecht

40 *Micha Nydegger*
«Sexting» bei Jugendlichen – eine strafrechtliche Analyse

Stämpfli Verlag

Impressum

Schriftleitung: Anja Hasler MLaw
Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1
Postfach 5662, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 36, Fax 031 300 66 88
E-Mail: Redaktion@recht.ch

www.recht.recht.ch

Adressänderungen und Inseratauftäge sind ausschliesslich an den Stämpfli Verlag AG, Postfach 5662, 3001 Bern, zu richten.

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der Zeitschrift «recht» vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags.

Die Zeitschrift erscheint viermal jährlich, im März, Juni, September und Dezember.

Abonnementspreise 2015
AboPlus
(Zeitschrift + Onlinezugang)
Schweiz: Normalpreis CHF 178.–,
für immatrikulierte Studenten CHF 143.–
Ausland: CHF 185.–
Onlineabo: CHF 137.–
Einzelheft: CHF 39.– (exkl. Porto)
Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten, wenn nicht anders angegeben, und 2,5% resp. für Onlineangebote 8% MWSt.

Abonnemente:
Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88,
periodika@staempfli.com

Inserate:
Tel. 031 300 63 82, Fax: 031 300 63 90,
inserate@staempfli.com

© Stämpfli Verlag AG Bern 2015

Gesamtherstellung: Stämpfli AG, Bern
Printed in Switzerland, ISSN 0253-9810

Herausgeber und Redaktion

Privatrecht

WOLFGANG ERNST
Professor für Römisches Recht und Privatrecht, Universität Zürich

ROLAND FANKHAUSER
Professor für Zivilrecht und Zivilprozessrecht, Universität Basel

PETER JUNG
Professor für Privatrecht, Universität Basel

ALEXANDRA RUMO-JUNGO
Professorin für Zivilrecht, Universität Freiburg

Wirtschaftsrecht

PETER JUNG
Professor für Privatrecht, Universität Basel

PETER V. KUNZ
Professor für Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung, Universität Bern

ROGER ZÄCH
Professor em. für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht, Universität Zürich

Strafrecht

FELIX BOMMER
Ordinarius für Strafrecht, Strafprozessrecht und Internationales Strafrecht, Universität Luzern

SABINE GLESS
Ordinaria für Strafrecht und Strafprozessrecht, Universität Basel

Öffentliches Recht

MARTINA CARONI
Ordinaria für öffentliches Recht, Völkerrecht und Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, Universität Luzern

BERNHARD RÜTSCHE
Ordinarius für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie, Universität Luzern

DANIELA THURNHERR
Professorin für Öffentliches Recht, insb. Verwaltungsrecht und öffentliches Prozessrecht, Universität Basel

Markus Vischer

Der Mangelbegriff im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht

Im Folgenden wird versucht, einen gemeinsamen Mangelbegriff im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht herauszuschälen. Ausgangspunkt ist dabei das Kaufrecht, wo gezeigt wird, dass entgegen der wohl herrschenden Lehre ein vertragliches Verständnis der Gewährleistung und damit des Mangelbegriffs und der Begriffe der zugesicherten Eigenschaften und der vorausgesetzten Eigenschaften vorzuziehen ist. Anschliessend wird gezeigt, dass dieses Verständnis entgegen der wohl herrschenden Lehre auch im Miet- und Werkvertragsrecht der Gewährleistung und damit dem Mangelbegriff zugrunde liegt.

Inhaltsübersicht

A. Der Mangelbegriff im Kaufrecht
  I. Grundsatznorm
  II. Auslegungsschwierigkeiten
  III. Erste Mangelart: Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft
  IV. Zweite Mangelart: Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft
  V. Zusammenfassung: der Mangelbegriff im Kaufrecht
B. Der Mangelbegriff im Mietrecht
  I. Grundsatznorm
  II. Auslegungsschwierigkeiten
  III. Ausgangslage
  IV. Folgerungen
  V. Zusammenfassung: der Mangelbegriff im Mietrecht
C. Der Mangelbegriff im Werkvertragsrecht
  I. Ausgangslage
  II. Lehre und Rechtsprechung
  III. Folgerungen
  IV. Zusammenfassung: der Mangelbegriff im Werkvertragsrecht
D. Gefahren des subjektiv-objektiven Mangelbegriffs
E. Schranken des subjektiv-objektiven Mangelbegriffs
F. Zusammenfassung und Thesen

A. Der Mangelbegriff im Kaufrecht

I. Grundsatznorm

Die hier einschlägige Grundsatznorm im Kaufrecht ist Art. 197 Abs. 1 OR, welche besagt, dass der Verkäufer «dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch dafür [haftet], dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel habe, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufhebt oder erheblich mindern».

Dr. iur. *Markus Vischer,* LL. M., Rechtsanwalt, Partner bei Walder Wyss AG.

II. Auslegungsschwierigkeiten

Die Lehre tut sich mit der Auslegung von Art. 197 Abs. 1 OR schwer. Ein Grund dafür ist ein Streit über die Rechtsnatur der Gewährleistung. Nach der einen Meinung erfüllt der Verkäufer nicht gehörig, wenn er eine mangelhafte Sache liefert. Der Verkäufer haftet entsprechend aufgrund einer (zustimmungsbedürftigen) Willenserklärung vertraglich für die Mängelfreiheit der Sache (Erfüllungstheorie). Nach der anderen, wohl herrschenden Meinung ist die Qualität nicht Gegenstand des Vertragsinhalts, weshalb eine Haftung des Verkäufers bei Lieferung einer mangelhaften Sache nur besteht, wenn er aufgrund einer Wissens- bzw. Vorstellungsäusserung für die Mängelfreiheit der Sache extra Gewähr geleistet hat. Der Verkäufer haftet entsprechend gesetzlich für die Mängelfreiheit (Gewährleistungstheorie).[1]

III. Erste Mangelart: Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft

Bei der ersten in Art. 197 Abs. 1 OR angeführten Mangelart, dem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft, ist nach der hier vertretenen Meinung von einer vertraglichen Natur der Haftung auszugehen.[2] Damit ist die Zusicherung i. S. von Art. 197 Abs. 1

[1] S. zum Meinungsstreit z. B. *Claire Huguenin,* Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N 2549; BSK OR I-*Honsell*, Art. 197 OR N 14; *Katja Bähler,* Das Verhältnis von Sachgewährleistungs- und allgemeinem Leistungsstörungsrecht, Basel/Genf/München 2005, 28 ff.; BK-*Giger,* Vorbemerkungen zu Art. 197–210 OR N 13 ff.

[2] Z. B. *Huguenin* (Fn. 1), N 2600: «Sie [die Zusicherung] bildet … Teil des Vertrages»; *Bähler* (Fn. 1), 34 ff.; BK-*Giger,* Art. 221 OR N 53: «Die zugesicherten Eigenschaften gehören zum Vertragsinhalt.»; BK-*Giger,* Vorbemerkungen zu Art. 197–210 OR N 13 ff., Art. 197 OR N 10 f.; a. M. die wohl herrschende Lehre: s. Nachweise z. B. bei CHK-*Müller-Chen,* Art. 197 OR N 16 und bei BSK OR I-*Honsell,* Art. 197 OR N 14.

OR eine Vereinbarung von Verkäufer und Käufer über das Vorhandensein einer bestimmten Eigenschaft der Kaufsache. Sie ist keine lediglich einseitige Willenserklärung des Verkäufers, auch wenn der Wortsinn der Zusicherung dies vielleicht nahelegt.

Entsprechend ist die im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR zugesicherte Eigenschaft eine vereinbarte Eigenschaft und die erste in Art. 197 Abs. 1 OR angeführte Mangelart das Fehlen einer vereinbarten Eigenschaft. Das entspricht der Erfüllungstheorie.

Weil es um eine Vereinbarung geht, sind die allgemeinen Regeln massgebend, die entscheiden, ob eine Zusicherung vorliegt und welchen Inhalt sie hat. Insbesondere entscheiden sie, ob bezüglich einer Zusicherung ein tatsächlicher (natürlicher) oder ein normativer (rechtlicher Konsens) vorliegt[3] und wie entsprechende Willenserklärungen des Verkäufers und des Käufers auszulegen und zu ergänzen sind.[4] Diese Willenserklärungen können ausdrücklich oder konkludent und insbesondere auch stillschweigend sein.[5]

Bei der Auslegung steht, entsprechend der Willenstheorie[6], die subjektive (empirische) Auslegung, d. h. die Rekonstruktion des wirklichen Parteiwillens, im Vordergrund.[7] Erst wenn der wirkliche Parteiwille nicht festgestellt werden kann, kommt entsprechend der Erklärungs- bzw. Vertrauenstheorie[8] die objektive (normative) Auslegung, d. h. die Konstruktion des Parteiwillens, zum Zug.[9] Diese besteht in der Bestimmung des hypothetischen Parteiwillens nach dem Vertrauensprinzip, also des Willens, den die Parteien unter den gegebenen Umständen als vernünftig und redlich handelnde Personen nach Treu und Glauben[10] gehabt hätten.[11]

Entsprechend ist die Auslegung in (prioritäre) subjektive und (subsidiäre) objektive Auslegung zweigeteilt.[12]

Die Ergänzung erfolgt wie die objektive Auslegung mittels einer Konstruktion des Parteiwillens. Wie bei der objektiven Auslegung besteht diese in der Bestimmung des hypothetischen Parteiwillens nach dem Vertrauensprinzip.[13]

Bei der Auslegung wird i. d. R. statt vom hypothetischen Parteiwillen vom mutmasslichen Parteiwillen gesprochen, was aber dasselbe ist.[14]

Vertragsauslegung und Vertragsergänzung gehen ineinander über[15] und sind entsprechend theoretisch nicht wirklich zu trennen.[16] Das zeigt sich z. B. bei der Verkehrsübung bzw. Verkehrsauffassung[17], der gewisse Autoren im Gewährleistungsrecht v. a. bei der Vertragsergänzung Bedeutung verleihen[18], während andere Autoren ihr Gewicht v. a. der Vertragsauslegung beimessen und entsprechend stillschweigende Zusicherungen annehmen.[19]

In Bezug auf die Zusicherung i. S. von Art. 197 Abs. 1 OR bedeutet dies, dass zuerst zu ermitteln ist, ob aufgrund einer subjektiven Auslegung eine Zusicherung besteht. Anschliessend ist zu ermitteln, ob aufgrund einer objektiven Auslegung oder Ergänzung nach dem Vertrauensprinzip eine solche Zusicherung besteht.

Zusicherungen sind damit nicht nur aufgrund einer subjektiven Auslegung ermittelte Eigenschaftsvereinbarungen, sondern auch solche, die durch

[3] Zu diesen Begriffen z. B. *Huguenin* (Fn. 1), 245 ff.

[4] *Davide Giampaolo/David Henseler/Markus Vischer,* Gedanken zum gewährleistungsrechtlichen (Werk-)Mangelbegriff, in: dRSK, publiziert am 19. 12. 2014, Rz. 11; *Huguenin* (Fn. 1), N 2602; ZK-*Schönle/Higi,* Art. 197 OR N 62; im Allgemeinen z. B. *Huguenin* (Fn. 1), N 273 ff.

[5] Urteil des Bundesgerichts 4A_480/2007 vom 27. 3. 2008, E. 3.1; *Huguenin* (Fn. 1), N 2601; *Markus Vischer,* Das Nachbesserungsrecht des Käufers beim Unternehmenskauf, AJP *2011* 1170; BSK OR I-*Honsell,* Art. 197 OR N 14; im Allgemeinen z. B. *Huguenin* (Fn. 1), N 172 ff.; mit anderer Begrifflichkeit *Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid,* Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Bd. I, Zürich/Basel/Genf 2014, N 188 ff.

[6] Zur Geschichte der Willenstheorie z. B. BK-*Kramer/Schmidlin,* Art. 1 OR N 39 f.

[7] Art. 18 OR, *Giampaolo/Henseler/Vischer* (Fn. 4), Rz. 13; im Allgemeinen z. B. BGE *140* III 391, E. 2.3; BGE *138* III 659, E. 4.2.1; *Huguenin* (Fn. 1), N 278 ff.; *Gauch/Schluep/Schmid* (Fn. 5), N 1200.

[8] Zur Geschichte der Erklärungs- bzw. Vertrauenstheorie BK-*Kramer/Schmidlin,* Art. 1 OR N 39 f.

[9] *Giampaolo/Henseler/Vischer* (Fn. 4), Rz. 13; im Allgemeinen z. B. BGE *140* III 391, E. 2.3; BGE *138* III 659, E. 4.2.1; *Huguenin* (Fn. 1), N 282 ff.; BK-*Hausheer/Aebi-Müller,* Art. 2 ZGB N 95 ff.

[10] Art. 2 Abs. 1 ZGB.

[11] *Giampaolo/Henseler/Vischer* (Fn. 4), Rz. 13; im Allgemeinen z. B. *Huguenin* (Fn. 1), N 282; *Gauch/Schluep/Schmid* (Fn. 5), N 1201.

[12] Neueren Datums ablehnend und für eine einheitliche (objektive) Auslegung plädierend *Bernhard Stehle,* Vom wirklichen Willen der Vertragsparteien, recht *2014* 257 ff.

[13] *Giampaolo/Henseler/Vischer* (Fn. 4), Rz. 14 f.; im Allgemeinen z. B. *Huguenin* (Fn. 1), N 306 ff., 437 f.; a. M. *Peter Gauch,* Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, N 1408, welcher für eine Vertragsergänzung «modo legislatoris» plädiert; s. zur Anwendung dieser an sich für den Bereich der Gesetzesauslegung bzw. -ergänzung konzipierten Regel von Art. 1 Abs. 2 ZGB im Bereich der Vertragsergänzung im Sonderfall, wo der konkrete Vertrag hinsichtlich der zu entscheidenden Frage «keine individuelle Eigenart» mehr aufweist, im Allgemeinen z. B. *Gauch/Schluep/Schmid* (Fn. 5), N 1261, 1265.

[14] ZK-*Jäggi/Gauch/Hartmann,* Art. 18 OR N 559 ff., 639; wohl auch BK-*Hausheer/Aebi-Müller,* Art. 2 ZGB N 102, 126; a. M. BK-*Kramer/Schmidlin,* Art. 18 OR N 238.

[15] Z. B. ZK-*Jäggi/Gauch/Hartmann,* Art. 18 OR N 355, 638; *Huguenin* (Fn. 1), N 301; BK-*Kramer/Schmidlin,* Art. 18 OR N 236.

[16] BK-*Merz,* Art. 2 ZGB N 137; a. M. ZK-*Jäggi/Gauch/Hartmann,* Art. 18 OR N 633; *Gauch/Schluep/Schmid* (Fn. 5), N 1263; BK-*Kramer/Schmidlin,* Art. 18 OR N 220 ff.

[17] S. dazu D.

[18] Z. B. *Gauch* (Fn. 13), N 1406 ff., insbesondere N 1408 mit einer von ihm offengelegten Meinungsänderung gegenüber der Vorauflage (Werkvertragsrecht).

[19] Z. B. BSK OR I-*Honsell,* Art. 197 OR N 14 (Kaufrecht).

eine objektive Auslegung oder Ergänzung gewonnen wurden.[20]

Infolge des Anwendens der subjektiven Auslegung und anschliessend der objektiven Auslegung oder Ergänzung kann gesagt werden, dass der ersten, in Art. 197 Abs. 1 OR angeführten Mangelart, dem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft, ein subjektiv-objektiver Mangelbegriff zugrunde liegt.[21]

IV. Zweite Mangelart: Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft

Bei der zweiten, in Art. 197 Abs. 1 OR angeführten Mangelart, dem Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft, ist wie bei der ersten Mangelart von einer vertraglichen Natur der Haftung auszugehen.[22] Das entspricht erneut der Erfüllungstheorie.

Infolge der vertraglichen Haftung bei der ersten und zweiten Mangelart stellt sich die Frage, ob die zweite Mangelart überhaupt noch eine eigenständige Bedeutung neben der ersten Mangelart hat.[23]

Diese Frage ist zu verneinen.[24] Entsprechend ist die zweite Mangelart identisch mit der ersten Mangelart und die vorausgesetzte Eigenschaft wie die zugesicherte Eigenschaft eine vereinbarte Eigenschaft.[25]

Immerhin wird mittels der zweiten Mangelart betont, dass eine vereinbarte Eigenschaft nicht nur infolge einer subjektiven Auslegung, sondern auch infolge einer objektiven Auslegung oder Ergänzung nach dem Vertrauensprinzip vorliegen kann.[26]

Dabei spielen, worauf Art. 197 Abs. 1 OR hinweist, neben weiteren Kriterien zwei Hilfskriterien, nämlich der Wert der Kaufsache und die Tauglichkeit der Kaufsache zum vorausgesetzten Gebrauch, eine herausragende Rolle. Denn es ist bei der objektiven Auslegung und Ergänzung anzunehmen, dass die Parteien als vernünftig und redlich handelnde Personen nach Treu und Glauben i. d. R. diejenigen Eigenschaften vereinbart haben, welche den Wert der Kaufsache ausmachen[27] oder welche die Tauglichkeit der Kaufsache zum vorausgesetzten Gebrauch ermöglichen.[28]

Art. 197 Abs. 1 OR statuiert in diesem Zusammenhang ein Wesentlichkeitskriterium. Entsprechend dürfen bei der objektiven Auslegung oder Ergänzung i. d. R. nicht Eigenschaften als vereinbart angenommen werden, die den Wert der Kaufsache und die Tauglichkeit der Kaufsache zum vorausgesetzten Gebrauch nicht aufheben oder erheblich mindern.

Der Wert der Kaufsache ist der vereinbarte Wert der Kaufsache, während der vorausgesetzte Gebrauch der Kaufsache der vereinbarte Gebrauch der Kaufsache ist.[29] Beides, also der vereinbarte Wert und der vereinbarte Gebrauch der Kaufsache, wird erneut nach den allgemeinen Regeln ermittelt, also subjektiv-objektiv in Bezug auf den Konsens, die Auslegung und die Ergänzung.[30] Der

---

[20] A. M. *Gauch* (Fn. 13), N 1408, welcher, m. E. in Verkennung des Begriffs des normativen Konsenses, eine durch Vertragsergänzung gewonnene Eigenschaft nicht als vereinbarte (aber immerhin wohl als vertragliche) Eigenschaft betrachtet und so letztlich zwischen vereinbartem Vertragsrecht und ergänzendem Vertragsrecht (N 1407) unterscheidet (Werkvertragsrecht) und *Peter Gauch,* Mängelhaftung des Vermieters und mangelhafte Mietsache – einige Gedanken zum neuen Mietrecht, ZBJV *1992* 191, welchen einen durch Vertragsergänzung gewonnenen Gebrauch nicht als vereinbarten Gebrauch qualifiziert (Mietrecht); a. M. auch *Huguenin* (Fn. 1), N 2608 (Kaufrecht) und ZK-*Higi,* Art. 256 OR N 16 (Mietrecht), welche, m. E. ebenfalls in Verkennung des Begriffs des normativen Konsenses, zwischen vereinbartem und üblichem bzw. normalem Gebrauch unterscheiden; s. auch ZK-*Higi,* Art. 256 OR N 15, welcher ergänzendes Vertragsrecht als Gesetzesrecht betrachtet (Mietrecht); s. demgegenüber *Huguenin* (Fn. 1), N 312 ff. zum Verhältnis von hypothetischem Parteiwillen und dispositivem Recht inkl. Verkehrsübung bzw. Verkehrsauffassung bzw. zum Vorrang des hypothetischen Parteiwillens, woraus erhellt, dass auch ergänzendes Vertragsrecht Vertragsrecht und damit vereinbartes Recht und nicht Gesetzesrecht ist.

[21] *Markus Vischer,* Die fünfjährige Gewährleistungsfrist für bewegliche Sachen im Kaufrecht, Jusletter vom 11. 3. 2013, Rz. 7; *Vischer* (Fn. 5), 1169.

[22] Z. B. BGE *114* II 239, E. 5a/aa: «Mithin beurteilt sich ausschliesslich nach Massgabe des konkreten Vertragsinhaltes, ob ein Mangel vorliegt oder nicht»; *Bähler* (Fn. 1), 10; ZK-*Schönle/Higi,* Art. 197 OR N 65 ff. BK-*Giger,* Art. 197 OR N 52.

[23] Zu dieser Fragestellung auch *Bähler* (Fn. 1), 21 ff.; BK-*Giger,* Art. 197 OR N 79 f.

[24] Ähnlich *Bähler* (Fn. 1), 23, und BK-*Giger,* Art. 197 OR N 80.

[25] A. M. *Gauch* (Fn. 13), N 1408, welcher, m. E. in Verkennung des Begriffs des normativen Konsenses, eine durch Vertragsergänzung gewonnene Eigenschaft nicht als vereinbarte Eigenschaft betrachtet, und welcher für solche durch Vertragsergänzung gewonnene Eigenschaften den Begriff vorausgesetzte Eigenschaften reserviert.; s. schon A.III.

[26] S. auch die Definition der zweiten Mangelart (im Kauf- und Werkvertragsrecht) durch das Bundesgericht, z. B. BGE *114* II 139, E. 5a/aa: «Mangelhaft ist der Leistungsgegenstand, wenn […] ihm eine […] nach dem Vertrauensprinzip vorausgesetzte und voraussetzbare Eigenschaft fehlt.»; bestätigt (im Kaufvertragsrecht) in Urteil des Bundesgerichts 4A_619/2013 vom 20. 5. 2014, E. 4.1, und (im Werkvertragsrecht) in Urteil des Bundesgerichts 4A_173/2014 vom 10. 6. 2014, E. 5.2, in Urteil des Bundesgerichts 4A_109/2014 vom 21. 5. 2014, E. 3.3.1, und in Urteil des Bundesgerichts 4A_428/2007 vom 2. 12. 2008, E. 3.1; s. auch CR CO I-*Venturi/Zen-Ruffinen,* Art. 197 OR N 17 ff. mit dem Titel: «Les qualités attendues de bonne foi».

[27] Urteil des Bundesgerichts 4A_619/2013 vom 20. 5. 2014, E. 4.1; BSK OR I-*Honsell,* Art. 197 OR N 14; BK-*Giger,* Art. 221 OR N 69; s. zum Verhältnis von Leistung und Gegenleistung als ergänzendes Auslegungsmittel im Allgemeinen z. B. *Peter Forstmoser/Hans-Ueli Vogt,* Einführung in das Recht, 5. Aufl., Bern 2012, § 20 N 56; s. auch BK-*Hausheer/Aebi-Müller,* Art. 2 ZGB N 107.

[28] S. zum Vertragszweck als ergänzendes Auslegungsmittel im Allgemeinen z. B. ZK-*Jäggi/Gauch/Hartmann,* Art. 18 OR N 402 ff.; *Forstmoser/Vogt* (Fn. 27), § 20 N 56; BK-*Kramer/Schmidlin,* Art. 18 OR N 35.

[29] *Diana Akikol,* Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf, Obligationenrecht und UN-Kaufrecht (CISG), Zürich/Basel/Genf 2008, N 346, *Bähler* (Fn. 1), 12, und BK-*Giger,* Art. 197 OR N 70, bezüglich Gebrauch.

[30] BK-*Giger,* Art. 197 OR N 70 ff., bezüglich Gebrauch; s. auch Urteil des Bundesgerichts 4C.16/2005 vom 13. 7. 2005, E. 1.5 [gemäss im Internet publizierter Nummerierung], bezüglich Gebrauch: «Welcher Gebrauch als vertraglich vorausgesetzt gelten muss, ist nach dem Vertrauensprinzip aufgrund der Absprachen der Parteien, den Umständen und der Natur des Geschäfts sowie den für den Verkäufer erkennbaren Bedürfnissen des Käufers zu bestimmen.»

vereinbarte Wert ist dabei i. d. R. der vereinbarte Kaufpreis und nicht ein objektiver Wert, ein iustum pretium, das es so oder so nicht gibt.[31]

Ist z. B. ein Pferd Kaufsache und wird es als Reitpferd verkauft, so darf bei der objektiven Auslegung oder Ergänzung i. d. R. angenommen werden, das Pferd weise diejenigen Eigenschaften auf, die im Wesentlichen seinen Wert, d. h. den Kaufpreis, ausmachen bzw. im Wesentlichen die Tauglichkeit zum Gebrauch als Reitpferd ermöglichen. Wird dasselbe Pferd als Schlachtpferd (Pferd zum Schlachten) verkauft, so darf entsprechend i. d. R. angenommen werden, das Pferd weise diejenigen Eigenschaften auf, die im Wesentlichen seinen Wert, d. h. den Kaufpreis, ausmachen bzw. im Wesentlichen die Tauglichkeit zum Gebrauch als Schlachtpferd ermöglichen.

Das gleiche Beispiel lässt sich auch mit einem Raum bilden, der mit verschiedenen Eigenschaften verkauft werden kann, z. B. als Keller oder als Party- oder Hobbyraum.[32]

Weiter spielt bei der objektiven Auslegung oder Ergänzung, worauf Art. 200 Abs. 2 OR hinweist, ein weiteres Hilfskriterium eine Rolle, nämlich ob der Käufer den Mangel bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen sollen. Denn es ist bei der objektiven Auslegung oder Ergänzung anzunehmen, dass die Parteien als vernünftig und redlich handelnde Personen nach Treu und Glauben i. d. R. nicht Eigenschaften vereinbart haben, welche der Käufer bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen sollen.[33]

V. Zusammenfassung: der Mangelbegriff im Kaufrecht

Der Mangel im Kaufrecht besteht also im Fehlen einer vereinbarten Eigenschaft. Der Mangel ist damit eine negative Vertragsabweichung[34], d. h. eine negative Abweichung der Ist- von der vertraglichen Sollbeschaffenheit.[35]

Der Mangel ist subjektiv-objektiv zu ermitteln, weshalb im Kaufrecht von einem subjektiv-objektiven Mangelbegriff auszugehen ist.

B. Der Mangelbegriff im Mietrecht

I. Grundsatznorm

Die hier einschlägige Grundsatznorm im Mietrecht ist Art. 256 Abs. 1 OR, welche besagt, dass der «Vermieter […] verpflichtet ist, die Sache zum vereinbarten Zeitpunkt in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und in demselben zu erhalten.»

II. Auslegungsschwierigkeiten

Die Lehre und Rechtsprechung tun sich mit der Auslegung von Art. 256 Abs. 1 OR schwer. Ein Grund dafür ist sicher, dass Art. 256 Abs. 1 OR, ja das Mietrecht überhaupt, politisches Recht im Sinne von politisch umstrittenem Recht[36] ist und Vorverständnisse die Auslegung beeinflussen.[37]

III. Ausgangslage

Es ist offensichtlich, dass sich der Wortlaut von Art. 256 Abs. 1 OR an den Wortlaut von Art. 197 Abs. 1 OR anlehnt. Art. 197 Abs. 1 OR war denn auch das Vorbild für Art. 256 Abs. 1 OR.[38]

IV. Folgerungen

Damit ist auch nach Art. 256 Abs. 1 OR das Fehlen einer vereinbarten Eigenschaft ein Mangel der Mietsache. Daran ändert nichts, dass Art. 256 Abs. 1 nur die zweite kaufrechtliche Mangelart er-

[31] Im Allgemeinen *Huguenin* (Fn. 1), N 309.

[32] BK-*Giger,* Art. 221 OR N 70.

[33] S. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_445/2013 vom 2. 12. 2014, E. 2.2, Urteil des Bundesgerichts 4A_619/2013 vom 20. 5. 2014, E. 4.1, und CR CO I-*Venturi/Zen-Ruffinen,* Art. 200 OR N 1, wonach an sich nicht von einem Mangel gesprochen werden kann, wenn der Käufer den Mangel kennt oder kennen sollte.

[34] Urteil des Bundesgerichts 4A_173/2014 vom 10. 6. 2014, E. 5.2; BGE *114* II 239, E. 5a/aa; *Akikol* (Fn. 29), N 164.

[35] Z. B. *Huguenin* (Fn. 1), N 2597, 2608; *Vischer* (Fn. 5), 1169; *Akikol* (Fn. 29), N 164; BK-*Giger,* Art. 197 OR N 52.

[36] *Helen Rohrbach,* Die Entwicklung des schweizerischen Mietrechts von 1911 bis zur Gegenwart, mp *2014* 89: «Das Mietrecht ist stets politisch umstritten, …»; BK-*Giger,* Grundsatzanalyse zum Mietrecht N 156; im Allgemeinen *Christoph Gusy,* Ansichten zum Thema «Politisches Recht», JP (Jus Politicum – Revue de droit politique), *2008* http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP.Gusy.deutsch.pdf, III.3; s. aber auch *Gerd Burck,* Objektives oder politisches Recht?, JZ *1971* 678 f., mit der richtigen Aussage, dass jedes Recht zu einem gewissen Grade politisches Recht ist.

[37] Zum Vorverständnis in der Jurisprudenz im Allgemeinen *Ernst A. Kramer,* Juristische Methodenlehre, 4. Aufl., Bern 2013, 325 ff.; *Forstmoser/Vogt* (Fn. 27), § 19 N 162 ff.

[38] S. Botschaft zur Volksinitiative «für Mieterschutz», zur Revision des Miet- und Pachtrechts im Obligationenrecht und zum Bundesgesetz über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechts) vom 27. März 1985, BBl *1985* I 1414; *Irene Biber,* Die Rohbaumiete, Zürich/St. Gallen 2014, Rz. 135; *Moritz Vischer,* Die Rohbaumiete, Zulässigkeit und Grenzen, Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 115; a. M. wohl ZK-*Higi,* Art. 256 OR N 16, weil er, der Gewährleistungstheorie folgend, Art. 197 OR zu Unrecht als Gewährleistungsnorm statt, der Erfüllungstheorie folgend, wie Art. 256 OR als (Gewährleistungs- und) Erfüllungsnorm versteht; s. zum Charakter von Art. 197 OR als (Gewährleistungs- und) Erfüllungsnorm A.III. und IV.; s. zum Charakter von Art. 256 OR als (Gewährleistungs- und) Erfüllungsnorm z. B. BK-*Giger,* Art. 253 OR N 8.

wähnt, sind doch bei Art. 197 Abs. 1 OR die erste und die zweite Mangelart identisch.[39]

An diesem Resultat ändert auch Art. 256 Abs. 2 OR nichts, welche Norm vom Referenzpunkt des gemäss Art. 256 Abs. 1 OR vertraglich vereinbarten abweichende Bestimmungen für nichtig erklärt und damit ins Leere greift und irrelevant ist.[40]

Ob eine Eigenschaft vereinbart wurde, entscheidet sich nach den allgemeinen Regeln, also subjektiv-objektiv.[41]

Bei der objektiven Auslegung und Ergänzung spielt, worauf Art. 256 Abs. 1 OR hinweist, neben weiteren Kriterien (wie z. B. analog Art. 197 Abs. 1 OR die Höhe des Mietzinses[42]) ein Hilfskriterium, nämlich die Tauglichkeit der Mietsache zum vorausgesetzten Gebrauch, eine herausragende Rolle.

Denn es ist bei der objektiven Auslegung und Ergänzung anzunehmen, dass die Parteien als vernünftig und redlich handelnde Personen nach Treu und Glauben i. d. R. diejenigen Eigenschaften vereinbart haben, welche den vorausgesetzten Gebrauch der Mietsache (im Wesentlichen) ermöglichen.[43] Daran ändert die in Art. 258 OR vorgenommene Differenzierung zwischen «Mängeln, welche die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch ausschliessen oder erheblich beeinträchtigen», und «Mängeln, welche die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch zwar vermindern, aber weder ausschliessen noch erheblich beeinträchtigen», nichts.

Der vorausgesetzte Gebrauch der Mietsache ist dabei der vereinbarte Gebrauch der Mietsache.[44] Der vereinbarte Gebrauch der Mietsache wird erneut nach den allgemeinen Regeln ermittelt, also subjektiv-objektiv in Bezug auf den Konsens, die Auslegung und die Ergänzung.[45]

Ist also z. B. ein Auto Mietsache und wird es zum Fahren vermietet, so darf bei der objektiven Auslegung i. d. R. angenommen werden, das Auto weise diejenigen Eigenschaften auf, die seinen Gebrauch als Auto zum Fahren ermöglichen. Wird dasselbe Auto als Ausstellungsauto vermietet, so darf entsprechend i. d. R. angenommen werden, das Auto weise diejenigen Eigenschaften auf, die seinen Gebrauch als Ausstellungsauto ermöglichen.[46]

Das gleiche Beispiel lässt sich auch bei einem Raum bilden, der in verschiedenster Eigenschaft vermietet werden kann, z. B. als Wohnung, als Büro, als Lagerraum, als Ladengeschäft, als Laboratorium etc.[47]

V. Zusammenfassung: der Mangelbegriff im Mietrecht

Der Mangel im Mietrecht besteht also wie im Kaufrecht im Fehlen einer vereinbarten Eigenschaft. Erneut ist der Mangel damit eine negative Vertragsabweichung, d. h. eine negative Abweichung der Ist- von der vertraglichen Sollbeschaffenheit.[48]

Der Mangel ist subjektiv-objektiv zu ermitteln, weshalb auch im Mietrecht von einem subjektiv-objektiven Mangelbegriff auszugehen ist.

C. Der Mangelbegriff im Werkvertragsrecht

I. Ausgangslage

Im Werkvertragsrecht gibt es keine explizitere Definition des Mangels wie im Kauf- und Mietrecht. Verschiedene Bestimmungen verwenden aber den Begriff des Mangels.[49] Für den Sonderfall des Werklieferungsvertrags verweist Art. 365 Abs. 1 OR bezüglich Gewährleistung explizit auf die kaufrechtlichen Regeln.

[39] S. A.IV.; s. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_159/2014 vom 18. 6. 2014, E. 4.1, BGE *135* III 345, E. 3.2, Urteil des Bundesgerichts 4C.384/2005 vom 22. 3. 2006, E. 2.1, in denen auch das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft als Mangel betrachtet wird.

[40] *Moritz Vischer,* Die Bedeutung von Art. 256 OR für das Mietvertragsrecht, AJP *2014* 1229; widersprüchlich Urteil des Bundesgerichts 4A_159/2014 vom 18. 6. 2014, E. 4.1, 5, wo bezüglich Mangelbegriff zwar auf das vertraglich Vereinbarte abgestellt wird, aber trotzdem für eine Abweichung davon eine Kompensation in der Form eines tieferen Mietzinses oder einer anderweitigen geldwerten Leistung des Vermieters verlangt wird; widersprüchlich auch ZK-*Higi,* Art. 256 OR N 31, wonach eine vertragliche Vereinbarung vom Üblichen nach «unten» zulässig sein soll, z. B. durch Vermietung eines Geschäftsraums in einer Baracke oder einer Wohnung in einem Abbruchobjekt, versus N 66, wonach eine solche Vereinbarung nicht zulässig sein soll bzw. nur gegen Entschädigung.

[41] *Moritz Vischer* (Fn. 40), 1228; *Moritz Vischer* (Fn. 38), Rz. 138.

[42] Z. B. BSK OR I-*Weber,* Art. 256 OR N 4; a. M. *Moritz Vischer* (Fn. 38), Rz. 135 ff.

[43] Zum Vertragszweck als ergänzendes Auslegungsmittel im Mietrecht z. B. BSK OR I-*Weber,* Art. 256 OR N 4, und im Allgemeinen bereits A.IV., insbesondere Fn. 28; s. auch ZK-*Jäggi/Gauch/Hartmann,* Art. 18 OR N 413.

[44] Urteil des Bundesgerichts 4A_159/2014 vom 18. 6. 2014, E. 4.1; BGE *135* III 345, E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts 4C.384/2005 vom 22. 3. 2006, E. 2.1; *Moritz Vischer* (Fn. 40), 1227; *Moritz Vischer* (Fn. 38), Rz. 128; *Peter Zihlmann,* Das Mietrecht, 2. Aufl., Zürich 1995, 71; s. auch Art. 259a Abs. 1 OR, welche Bestimmung vom «vertragsgemässen Gebrauch der [Miet-]Sache» spricht.

[45] Z. B. SVIT-Kommentar, Art. 256 OR N 12; ZK-*Higi,* Art. 256 OR N 20.

[46] *Vischer* (Fn. 40), 1227 f.; CHK-*Heinrich,* Art. 256 OR N 3; SVIT-Kommentar, Art. 256 OR N 11.

[47] SVIT-Kommentar, Art. 256 OR N 11; *Zihlmann* (Fn. 44), 71; s. auch ZK-*Higi,* Art. 256 OR N 31 mit den Beispielen der Vermietung einer Baracke als Geschäftsraum und der Vermietung einer Wohnung in einem Abbruchobjekt.

[48] Urteil des Bundesgerichts 4C.384/2005 vom 22. 3. 2006, E. 2.1: «Ob ein Mangel vorliegt, ist daher durch Vergleich des vertraglich vereinbarten mit dem tatsächlichen Zustand des Mietobjekts zu ermitteln.»

[49] Z. B. Art. 367 Abs. 1 OR, Art. 368 Abs. 1 und 2 OR.

II. Lehre und Rechtsprechung

Lehre und Rechtsprechung definieren den Mangel im Werkvertrags- wie im Kaufrecht[50] als Fehlen einer zugesicherten oder einer vorausgesetzten Eigenschaft.[51]

III. Folgerungen

Auch im Werkvertragsrecht definiert sich der Mangel damit als Fehlen einer vereinbarten Eigenschaft.[52]

Ob eine Eigenschaft vereinbart wurde, entscheidet sich nach den allgemeinen Regeln, also subjektiv-objektiv in Bezug auf den Konsens, die Auslegung und die Ergänzung.[53]

IV. Zusammenfassung: der Mangelbegriff im Werkvertragsrecht

Der Mangel im Werkvertragsrecht besteht also wie im Kauf- und Mietrecht im Fehlen einer vereinbarten Eigenschaft. Erneut ist der Mangel damit eine negative Vertragsabweichung[54], d. h. eine negative Abweichung der Ist- von der vertraglichen Sollbeschaffenheit.[55] Die in Art. 368 Abs. 1 OR vorgenommene Unterscheidung zwischen Mängeln und Vertragsabweichungen ist irrelevant[56] bzw. «klassifikatorisch».[57]

Der Mangel ist subjektiv-objektiv zu ermitteln, weshalb auch im Werkvertragsrecht von einem subjektiv-objektiven Mangelbegriff auszugehen ist.

D. Gefahren des subjektiv-objektiven Mangelbegriffs

Wie ausgeführt erfolgt die Feststellung des Vertragskonsenses, die Vertragsauslegung und die Vertragsergänzung subjektiv-objektiv, also unter bestimmten Umständen (und nur unter bestimmten Umständen![58]) objektiv aufgrund des Prinzips von Treu und Glauben.

Dieses Prinzip ist bekanntlich in Art. 2 ZGB verankert.[59] Die Norm hat den Charakter einer Generalklausel, der, wie jeder Generalklausel bzw. der einer solchen inhärenten Ermächtigungsnorm, die Gefahr innewohnt, «das ganze geformte Recht zu untergraben und aufzulösen»[60] und so nicht nur die Gesetzestreue, sondern auch die Vertragstreue und die verfassungsrechtlich verankerte Privatautonomie zu bedrohen.[61]

Entsprechend darf der Rechtsanwender bei der Anwendung von Art. 2 ZGB keine reinen Billigkeitsentscheidungen «im Sinne des gerade Angemessenen oder des sozial-ethisch Wünschbaren»[62] treffen.

Er muss vielmehr wie bei der Rechtsanwendung im Allgemeinen und bei Generalklauseln wie Art. 2 ZGB im Besonderen die Gewinnung von Wertungen sorgfältig gestalten und überprüfen, insbesondere auch unter Berücksichtigung seines Vorverständnisses.

Das gilt insbesondere bei politischem Recht, wie dem Mietrecht[63], welches Recht besondere Anforderungen an den Rechtsanwender stellt.[64] Es geht entsprechend beim Mietrecht keineswegs

[50] Z. B. Urteil des Bundesgerichts 4C.130/2006, E. 7.3; Urteil des Bundesgerichts 4C.90/2000 vom 5. 7. 2000, E. 2a; BGE *104* II 348, E. III. 3b/bb; s. BGE *114* II 239, E. 5a/aa mit einer identischen Mangeldefinition im Kauf- und Werkvertragsrecht; ZK-*Oser/Schönenberger,* Art. 368 OR N 2; s. auch ZK-*Bühler,* Vorbem. Art. 367–371 OR N 7 mit einer Zusammenfassung der herrschenden Lehre und Rechtsprechung.

[51] Z. B. Urteil des Bundesgerichts 4A_173/2014 vom 10. 6. 2014, E. 5.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_109/2014 vom 21. 5. 2014, E. 3.3.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_428/2007 vom 2. 12. 2008, E. 3.1; BGE *114* II 239, E. 5a/aa; BSK OR I-*Zindel/Pulver,* Art. 368 OR N 9; a. M. z. B. *Gauch* (Fn. 13), N 1353, 1371 und ZK-*Bühler,* Art. 368 OR N 19 ff., weil sie, der Gewährleistungstheorie folgend, Art. 197 OR zu Unrecht als Gewährleistungsnorm statt, der Erfüllungstheorie folgend, als (Gewährleistungs- und) Erfüllungsnorm verstehen; s. zum Charakter von Art. 197 OR als (Gewährleistungs- und) Erfüllungsnorm A.III. und IV.; s. zum ähnlichen Fehlverständnis im Mietrecht aufgrund eines nicht korrekten Ausgangsverständnisses von Art. 197 OR Fn. 38.

[52] A. M. z. B. *Gauch* (Fn. 13), N 1408, der den Begriff der vorausgesetzten Eigenschaften für durch Vertragsergänzung gewonnene Eigenschaften reserviert und so gewonnene Eigenschaften nicht als vereinbarte (aber immerhin wohl als vertragliche) Eigenschaften betrachtet; s. bereits A.III., insbesondere Fn. 20.

[53] S. Urteil des Bundesgerichts 4A_227/2014 vom 24. 11. 2014, wo das Bundesgericht der Vorinstanz zustimmt, dass ein wirklicher Wille der Parteien nicht feststellbar ist, und dass eine Auslegung nach Vertrauensprinzip ergibt, dass ein Oberflächenmass einer Baute netto und nicht brutto zu verstehen ist, weshalb in concreto ein Mangel vorliegt, weil das Oberflächenmass netto nicht erreicht wird.

[54] Urteil des Bundesgerichts 4A_173/2014 vom 10. 6. 2014, E. 5.2; Huguenin (Fn. 1), N 3158; CHK-*Hürlimann/Siegenthaler,* Art. 367 OR N 3.

[55] BSK OR I-*Zindel/Pulver,* Art. 368 OR N 9.

[56] BSK OR I-*Zindel/Pulver,* Art. 368 OR N 10.

[57] CR CO I-*Chaix,* Art. 368 OR N 8; ZK-*Bühler,* Vorbem. Art. 367–371 OR N 7 mit einer Zusammenfassung der herrschenden Lehre und Rechtsprechung.

[58] S. auch *Rainer Schumacher/Erich Rüegg,* Die Haftung des Grundstückverkäufers, in: Der Grundstückkauf, hrsg. von *Alfred Koller,* Bern 2001, N 179, die daran erinnern, dass eine Vertragsauslegung und Vertragsergänzung zur Feststellung der Sollbeschaffenheit nur Platz greift, wenn der Vertrag auslegungs- und ergänzungsbedürftig ist (Kaufrecht).

[59] Z. B. BK-*Merz,* Art. 2 ZGB N 119 ff.

[60] BK-*Merz,* Art. 2 ZGB N 31.

[61] BK-*Merz,* Art. 2 ZGB N 31 f.

[62] BK-*Merz,* Art. 2 ZGB N 33.

[63] S. B.II.

[64] S. dazu BK-*Giger,* Grundsatzanalyse zum Mietrecht N 1 ff.; im Allgemeinen auch *Gusy* (Fn. 36), IV.

nur um Mieterschutz, sondern auch um Vermieterschutz[65], auch wenn das oft vergessen geht.

Entsprechend hat der Rechtsanwender sich zu hüten, «in Überdehnung des Vertrauensprinzips»[66] sozial-ethisch bzw. politisch eventuell gerade Wünschbares in die objektive Auslegung und Ergänzung einzubringen und als hypothetischen Parteiwillen darzustellen.[67] Das gilt insbesondere auch bei als töricht und ungerecht empfundenen Verträgen. Gerade bei diesen muss der Rechtsanwender der Versuchung widerstehen, sie unter dem Deckmantel der objektiven Auslegung und Ergänzung gerecht machen zu wollen.[68]

Ist z. B. eine Wohnung Mietsache und wird sie an einen Mieter vermietet, der auf einen Rollstuhl angewiesen ist, so darf bei der objektiven Auslegung bzw. Ergänzung nicht per se angenommen werden, die Wohnung weise einen Mangel auf, wenn sie nicht rollstuhlgängig ist.[69]

Zu erinnern ist, dass es bei Eigenschaftsvereinbarungen, also auch bei der Zusicherung, die keine einseitige Willenserklärung ist[70], um den hypothetischen Willen beider Parteien geht und nicht allein um den hypothetischen Willen einer Partei, z. B. des Käufers, Mieters oder Bestellers, z. B. als Empfänger einer Zusicherungserklärung des Verkäufers, Vermieters oder Unternehmers.[71]

Diesem hypothetischen Willen entspricht nicht per se die Normalbeschaffenheit bzw. die übliche Beschaffenheit der Kauf-, Miet- oder Werksache, im Werkvertragsrecht auch Stand der Technik genannt[72] bzw., in Bezug auf das Hilfskriterium des Gebrauchs, der normale Gebrauch bzw. der übliche Gebrauch der Kauf-, Miet- oder Werksache.

Diese Normalbeschaffenheit bzw. übliche Beschaffenheit und dieser normale Gebrauch bzw. übliche Gebrauch hat nur (aber immerhin) die Bedeutung eines ergänzenden Auslegungs- und Ergänzungsmittels, z. B. unter dem Titel des Vertragszwecks[73] oder unter dem Titel der Verkehrsübung bzw. Verkehrsauffassung.[74]

Die Lehre und die Rechtsprechung neigen allerdings, letztlich in Verkennung des Begriffs des hypothetischen Parteiwillens[75], dazu, diese Normalbeschaffenheit bzw. übliche Beschaffenheit und diesen normalen Gebrauch bzw. üblichen Gebrauch überzubewerten.[76]

Das ist schon deshalb nicht korrekt, weil es keine objektiv feststellbare Normalbeschaffenheit bzw. übliche Beschaffenheit und keinen objektiv feststellbaren normalen Gebrauch bzw. üblichen Gebrauch eines Gegenstands gibt.[77]

---

[65] BK-*Giger,* Grundsatzanalyse zum Mietrecht N 17 ff.; s. zum Vermieterschutz als Grundrechtsgebot auch *Isabelle Wildhaber,* Gedanken zum Schutz von Vermietern, in: Festschrift Zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, hrsg. von *Eva-Maria Bäni/Angela Obrist,* Zürich/St. Gallen 2014, 835 ff.; s. auch Art. 109 Abs. 1 BV, welche Norm im Unterschied zu Art. 34^{septies} aBV nicht mehr ausdrücklich den Schutz des Mieters hervorhebt und deshalb auch den Schutz des Vermieters im Auge hat.; s. dazu *Moritz Vischer* (Fn. 38), Rz. 84.

[66] *Moritz Vischer* (Fn. 40), 1227; *Moritz Vischer* (Fn. 38), Rz. 128.

[67] BK-*Kramer/Schmidlin,* Art. 18 OR N 245, bezüglich Vertragsergänzung: «Er [der Richter] ist nicht befugt, allein am Massstab von Treu und Glauben eine nach seiner Auffassung objektiv richtige Lösung als ergänzten Vertragsinhalt anzunehmen.»

[68] BK-*Kramer/Schmidlin,* Art. 18 OR N 245, bezüglich Vertragsergänzung.

[69] *Moritz Vischer* (Fn. 40), 1227; *Moritz Vischer* (Fn. 38), Rz. 130; ZK-*Higi,* Art. 256 OR N 24; s. Urteil des Bundesgerichts 4A_173/2014 vom 10. 6. 2014 (Werkvertragsrecht).

[70] S. A.III.

[71] Z. B. BK-*Becker,* Art. 197 OR N 5 bezüglich Gebrauch: «Der vorausgesetzte Gebrauch ist nicht der Gebrauch, den der Käufer beim Kaufabschluss einseitig in Aussicht nahm» (Kaufrecht); ähnlich BK-*Giger,* Art. 197 OR N 70 (Kaufrecht) und *Gauch* (Fn. 13), ZBJV *1992* 191 f. (Mietrecht); zu wenig präzis z. B. BGE *135* III 345, E. 3.2: «… une qualité sur laquelle le locataire pouvait légitimement compter …» (Mietrecht); dito BSK OR I-*Weber,* Art. 256 OR N 4: «Massgebend ist, was der Mieter unter den konkreten Umständen vernünftigerweise erwarten darf.» (Mietrecht); dito *Gauch* (Fn. 20), 192: «Abzustellen ist darauf, was der Mieter vernünftigerweise erwarten darf.»; s. im Allgemeinen auch bezüglich einer (!) Willenserklärung (– eine Zusicherung besteht aus zwei Willenserklärungen –) *Gauch/Schluep/Schmid* (Fn. 5), N 216: «Kommt das Vertrauensprinzip zur Anwendung, so fordert es ein Urteil vom Standpunkt des Empfängers aus. Massgebend ist der Sinn der Erklärung, wie der Empfänger … ihn verstehen durfte und musste … Das aber bedeutet nicht, dass die Person des Erklärenden unberücksichtigt bleibt und der Empfänger zu Lasten des Erklärenden begünstigt wird. … Denn als verständig und redlich Urteilender … hat sich der Empfänger in den Grenzen zumutbarer Sorgfalt darum zu bemühen, dass er den Erklärenden tatsächlich richtig versteht; … nach Treu und Glauben kann von einem vernünftigen und korrekten Empfänger … erwartet werden, dass er unter Berücksichtigung aller ihm erkennbaren (bedeutsamen) Umstände prüft, was der Erklärende gemeint hat. … Das Vertrauensprinzip schützt somit nicht nur ihn, sondern auch den Erklärenden.»; dem folgend mit einem Fokus auf der Erklärung und dem Erklärenden z. B. BGE *140* III 391, E. 2.3: «… die Auslegung der Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips … Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind … Demnach ist der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste, massgebend …»

[72] Dazu z. B. *Gauch* (Fn. 13), N 1411, 1422a.

[73] Zum Vertragszweck als ergänzendes Auslegungsmittel s. bereits A.IV., insbesondere Fn. 28.

[74] Zur Verkehrsübung bzw. Verkehrsauffassung als ergänzendes Auslegungs- und Ergänzungsmittel z. B. ZK-*Jäggi/Gauch/Hartmann,* Art. 18 OR N 395, 419 ff., 591 ff.; *Forstmoser/Vogt* (Fn. 27), § 20 N 55; BK-*Kramer/Schmidlin,* Art. 18 OR N 29 ff., 242 ff.

[75] S. zu den beiden verschiedenen Auffassungen des Begriffs des hypothetischen Parteiwillens z. B. *Mirjam Meyer,* Rechtsrisiken und Rechtsrisikomanagement bei M&A-Transaktionen, unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechts, Zürich/Basel/Genf 2013, Anm. 773, und BSK OR I-*Huguenin,* Art. 19/20 OR N 63.

[76] Z. B. *Huguenin* (Fn. 1), N 2608 f. (Kaufrecht), anders N 311 (im Allgemeinen); *Biber* (Fn. 38), Rz. 137 (Mietrecht); *Gauch* (Fn. 13), N 1406 ff. (Werkvertragsrecht); BK-*Giger,* Art. 221 OR N 69 (Kaufrecht); ZK-*Higi,* Art. 256 OR N 13 ff. (Mietrecht); BK-*Giger,* Art. 197 OR N 70 ff. (Kaufrecht); ZK-*Oser/Schönenberger,* Art. 197 OR N 11 (Kaufrecht); BK-*Becker,* Art. 197 OR N 1 (Kaufrecht); korrekt dagegen z. B. *Vischer* (Fn. 5), 1169, und *Bähler* (Fn. 1), 10, welche von der Normalbeschaffenheit bzw. üblichen Beschaffenheit als «subsidiärem Hilfskriterium» bei der Ermittlung der vereinbarten Eigenschaften sprechen (Kaufrecht); gleich *Akikol* (Fn. 29), N 353: «Subsidiäre Hilfsmassstäbe» (Kaufrecht); BK-*Giger,* Art. 197 OR N 52: «Hilfskriterium», anders aber, wie ausgeführt, N 70 ff. (Kaufrecht); *Gauch/Schluep/Schmid* (Fn. 5), N 1258, wonach eine Verkehrsübung vermutungsweise dem hypothetischen Parteiwillen entspreche; ähnlich BK-*Merz,* Art. 2 ZGB N 141.

[77] Z. B. BK-*Giger,* Art. 197 OR N 57, mit dem Beispiel, dass nur der Vertrag und nicht irgendeine Normalität bestimmen kann, ob der Verkäufer dem Käufer die Lieferung von gebrauchtem Stoff, Leinwand, bemalter Leinwand, eines Gemäldes oder eines Gemäldes von Picasso schuldet.

Entsprechend gibt es, losgelöst vom hypothetischen oder sogar wirklichen Parteiwillen, keinen (gesetzlichen) (per se) Anspruch des Käufers, Mieters und Bauherrn auf eine normal beschaffene oder üblich beschaffene oder für einen normalen oder üblichen Gebrauch taugliche Kauf-, Miet- oder Werksache. Die Normalität steht so gesehen immer unter dem Vorbehalt einer abweichenden günstigeren oder ungünstigeren (hypothetischen oder sogar wirklichen) Vereinbarung.[78]

Weder aus Sicht des Verkäufers/Vermieters/Unternehmers noch aus Sicht des Käufers/Mieters/Bestellers gibt es damit einen Minimalschutz des Normalen[79], auch nicht über Art. 256 Abs. 2 OR im Mietrecht.[80] Illustrativ ist in diesem Zusammenhang das Urteil des Bundesgerichts 4A_159/2014 vom 18. 6. 2014, E. 4.5.5, in welchem das Bundesgericht den Entscheid der Vorinstanz bestätigte, dass vom Mieter gerügte angebliche Mängel an den Treppen keine Mängel der Mietsache darstellen, wenn der entsprechende Zustand der Treppen vertraglich vereinbart wurde.[81]

Der Rechtsanwender darf folglich bei der Ermittlung des hypothetischen Vertragswillens nicht abstrakt gestützt auf angeblich Normales oder Übliches vorgehen. Die «Massgrösse»[82] Normalität oder Üblichkeit (bzw. normale oder übliche Beschaffenheit) ist damit wie bereits ausgeführt kein absoluter Massstab. Der Rechtsanwender muss den hypothetischen Vertragswillen vielmehr «vertragskontextuell»[83] bzw. vertragsharmonisch ermitteln, d. h. vom Wesen und Zweck[84] und von den Parteien des konkreten Vertrags, also nicht nur einer Partei, z. B. des Käufers, Mieters oder Bestellers[85], ausgehen[86] und so der Individualität des konkreten Vertrages gerecht werden.[87]

Entsprechend sind Verkehrsübungen bzw. Verkehrsauffassungen (wie auch sonstige Fremdnormen wie sonstiges dispositives Recht)[88] nicht per se anwendbar.[89]

Art. 2 Abs. 2 OR drückt die Notwendigkeit der «vertragskontextuellen» bzw. vertragsharmonischen Auslegung und Ergänzung für einen Sonderfall durch das Erfordernis der Ergänzung «nach der Natur des Geschäfts» aus.[90]

Entsprechend bestimmt nicht die Tauglichkeit nach dem Massstab des Normalen oder Üblichen oder nach dem Massstab einer Verkehrsübung bzw. Verkehrsauffassung das wirklich oder hypothetisch Vereinbarte, sondern das wirklich oder hypothetisch Vereinbarte die Tauglichkeit.[91]

E. Schranken des subjektiv-objektiven Mangelbegriffs

Wie jede Vereinbarung unterliegen auch Eigenschaftsvereinbarungen bzw. Vereinbarungen bezüglich des Hilfskriteriums des Gebrauchs den üblichen Schranken, z. B. von Art. 19/20 OR, Art. 27 ZGB oder Art. 21 OR.

Die Frage der zulässigen Gebrauchsvereinbarungen wird v. a. im Mietrecht diskutiert, z. B. unter den Stichworten von Verboten bzw. Geboten in Bezug auf Belegung (z. B. Konkubinatspaare, gleichgeschlechtliche Paare, Kinder, Haustiere), persönliches Verhalten (z. B. Rauchen, Alkohol- und Drogenkonsum, Musizieren, Essen [z. B. keine Fleischesser][92], Kleider [z. B. keine Burkas]), geschäftliches Verhalten (z. B. Konkurrenztätigkeit, Gebrauchspflicht, Öffnungszeiten), Ausstattung (z. B. keine Kruzifixe) etc.

Wie bei allen Generalklauseln hat aber auch hier der Rechtsanwender Augenmass zu bewahren. Grundsätzlich gilt auch bezüglich Beschaffenheits- und Gebrauchsvereinbarungen die Vertragsfreiheit bzw. die Inhaltsfreiheit[93], in die nicht ohne Not und vorschnell im Sinne des sozial-ethisch bzw. poli-

[78] *Biber* (Fn. 38), Rz. 139 (Mietrecht); CHK-*Heinrich,* Art. 256 OR N 3 (Mietrecht); *Gauch* (Fn. 13), N 1407, 1409, 1413, 1425 (Werkvertragsrecht); *Akikol* (Fn. 29), N 355 (Kaufrecht).

[79] Etwas missverständlich *Akikol* (Fn. 29), N 355; missverständlich auch *Gauch* (Fn. 13), N 1407, welcher zu Unrecht von «Wegbedingung» spricht.

[80] S. B.IV.; unklar *Gauch* (Fn. 20), 190 ff., der von einem gesetzlichen Erfordernis der Gebrauchstauglichkeit spricht, von dem zum Nachteil des Mieters nach Art. 256 Abs. 2 OR in AGB und bei Wohn- und Geschäftsräumen nicht abgewichen werden könne, auf der anderen Seite aber Gebrauchsvereinbarungen zulässt; dito BSK OR I-*Weber,* Art. 256 OR N 3 ff.

[81] S. bereits A.IV., wonach, der Regel von Art. 200 Abs. 2 OR folgend, i. d. R. kein Mangel vorliegt, wenn der Käufer den Mangel kennt oder kennen sollte.

[82] *Huguenin* (Fn. 1), N 2608.

[83] *Giampaolo/Henseler/Vischer* (Fn. 4), Rz. 13.

[84] Zur Bedeutung des Vertragszwecks s. bereits A.IV., insbesondere Fn. 28.

[85] *Moritz Vischer* (Fn. 38), Rz. 131.

[86] Z. B. *Huguenin* (Fn. 1), N 282, 308.

[87] BK-*Merz,* Art. 2 ZGB N 127: «In allen Fällen bilden die unzweideutigen subjektiven Gegebenheiten eine unüberschreitbare Schranke der Objektivierung.»

[88] Dazu im Allgemeinen z. B. ZK-*Jäggi/Gauch/Hartmann,* Art. 18 OR N 565 ff.

[89] ZK-*Jäggi/Gauch/Hartmann,* Art. 18 OR N 586 ff., insbesondere N 595; *Giampaolo/Henseler/Vischer* (Fn. 4), Rz. 15; *Huguenin* (Fn. 1), N 311; *Gauch/Schluep/Schmid* (Fn. 5), N 1255; BK-*Merz,* Art. 2 ZGB N 138; s. auch *Huguenin* (Fn. 1), N 312 ff. zum Verhältnis von hypothetischem Parteiwillen und dispositivem Recht inkl. Verkehrsübung bzw. Verkehrsauffassung bzw. zum Vorrang des hypothetischen Parteiwillens; s. auch Urteil des Bundesgerichts 5A_62/2014 vom 17. 10. 2014, E. 2.2, wo das Bundesgericht den Entscheid der Vorinstanz schützte, welches bei der Ergänzung eines Mietvertrags in Bezug auf den Mietzins nicht den marktüblichen Mietzins, sondern aufgrund der konkreten Situation einen deutlich tieferen Mietzins einsetzte.

[90] ZK-*Jäggi/Gauch/Hartmann,* Art. 18 OR N 560; *Huguenin* (Fn. 1), 308; *Gauch/Schluep/Schmid* (Fn. 5), N 1257.

[91] *Moritz Vischer* (Fn. 40), 1227; *Moritz Vischer* (Fn. 38), Rz. 129, 139 (Mietrecht).

[92] S. http://www.tagesanzeiger.ch/zuerich/stadt/Bitte-keine-Fleischesser/story/21304146 [besucht am 5. 1. 2015].

[93] Dazu im Allgemeinen z. B. *Huguenin* (Fn. 1), N 392.

tisch eventuell gerade Wünschbaren eingegriffen werden darf.[94] Wieso sollen z. B. Vermieter und Mieter als Privatleute kein Burkaverbot für den Mieter vereinbaren dürfen, wenn selbst der Staat u. U. ein Burkaverbot erlassen darf?[95] Wieso sollen z. B. Vermieter und Mieter als Privatleute nicht vereinbaren dürfen, dass in den Mieträumlichkeiten Kruzifixe aufgehängt werden müssen, wenn selbst entsprechende Gebote des Staates u. U. toleriert werden?[96]

F. Zusammenfassung und Thesen

Der Mangelbegriff ist im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht identisch.[97]

Mängel sind in allen drei Rechtsbereichen das Fehlen von vereinbarten Eigenschaften.

Sowohl Zusicherungen wie auch vorausgesetzte Eigenschaften sind vereinbarte Eigenschaften.

Ob Eigenschaften vereinbart wurden, ergibt sich aufgrund der üblichen Konsens-, Auslegungs- und Ergänzungsregeln.

Damit entscheiden diese Regeln über die Sollbeschaffenheit der Kauf-, Miet- und Werksache.[98]

In erster Linie erfolgt die Auslegung subjektiv. Sofern dies nicht erfolgreich (und der Vertrag auslegungs- und ergänzungsbedürftig) ist, erfolgen die Auslegung und die Vertragsergänzung objektiv nach dem Vertrauensprinzip. Abzustellen ist dabei auf den hypothetischen (oder, was das Gleiche ist, den mutmasslichen) Parteiwillen.

In diesem Sinne kann gesagt werden, der Mangelbegriff im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht sei subjektiv-objektiv.

Dieses Verständnis entspricht der Erfüllungstheorie und führt zur Bejahung ihrer Richtigkeit.[99]

Bei der objektiven Auslegung und Ergänzung nach dem Vertrauensprinzip stehen, entsprechend den ergänzenden Auslegungs- und Ergänzungsmitteln des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung und des Vertragszwecks zwei subsidiäre Hilfskriterien im Vordergrund, nämlich der Kaufpreis, Mietzins und Werkpreis, und der vereinbarte Gebrauch, weil nach Treu und Glauben anzunehmen ist, die Parteien hätten i. d. R. diejenigen Eigenschaften vereinbart, welche im Wesentlichen den Wert der Gegenleistung (Kaufpreis, Mietzins, Werkpreis) ausmachen oder welche im Wesentlichen die Tauglichkeit der Kauf-, Miet- und Werksache zum Gebrauch ermöglichen.

Die Normalbeschaffenheit bzw. die übliche Beschaffenheit und der normale bzw. übliche Gebrauch sind bei der objektiven Auslegung und Ergänzung subsidiäre Hilfskriterien bei der Ermittlung der vereinbarten Eigenschaften.

Allerdings ergeben sich aus diesen Hilfskriterien und insbesondere der Normalbeschaffenheit bzw. der üblichen Beschaffenheit und dem normalen bzw. üblichen Gebrauch nicht per se die vereinbarten Eigenschaften, insbesondere dann nicht, wenn die Parteien etwas anderes, ob Günstigeres oder Ungünstigeres, vereinbart haben.

Eigenschaftsvereinbarungen können also durch den Rechtsanwender nicht per se über eine Normalbeschaffenheit bzw. übliche Beschaffenheit bzw. über eine Tauglichkeit zu einem normalen bzw. üblichen Gebrauch rekonstruiert oder konstruiert werden.

Der Mangelbegriff im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht erschliesst sich damit über das allgemeine Vertragsrecht. Allein nach dessen Regeln ist zu entscheiden, ob eine Eigenschaftsvereinbarung zustande gekommen ist und wie sie auszulegen und zu ergänzen ist und was ihre Grenzen sind.

---

[94] S. auch BGE *132* III 109, E. 5: «[…] on ne discerne aucun besoin de restreindre la liberté contractuelle dans ce domaine [gemeint im Bereich von Gebrauchsvereinbarungen]» (Mietrecht).

[95] Urteil des EGMR (Grosse Kammer) 43835/11 vom 1. 7. 2014 (S. A. S.).

[96] Urteil des EGMR (Grosse Kammer) 30814/06 vom 18. 3. 2011 (Lautsi).

[97] S. auch *Hannes Zehnder,* Die Mängelrüge im Kauf-, Werkvertrags- und Mietrecht, SJZ *2000* 545, der bezüglich Mängelrüge zum gleichen Resultat, d. h. der Anwendung einheitlicher Regeln, kommt.; s. auch Urteil des Bundesgerichts 5P.360/2001 vom 14. 12. 2001, E. 4, betreffend Übertragung einer im Kaufrecht entwickelten Rechtsprechung ins Mietrecht.

[98] *Giampaolo/Henseler/Vischer* (Fn. 4), Rz. 11.

[99] Gl. M. CHK-*Müller-Chen,* Art. 197 OR N 3 (Kaufrecht); CR CO I-*Venturi/Zen-Ruffinen,* Intro. Art. 197–210 OR N 2 (Kauf- und Werkvertragsrecht); *Vischer* (Fn. 5), 1169 f. (Kaufrecht).