



---

## **Befristung der Aufbewahrungspflicht?**

Bericht in Erfüllung des Postulats 09.4040  
Fässler-Osterwalder vom 2. Dezember 2009

April 2015

---

# 1 Ausgangslage

## 1.1 Das Postulat 09.4040

Am 2. Dezember 2009 reichte Nationalrätin Fässler-Osterwalder das Postulat 09.4040, «Befristung der Aufbewahrungspflicht?», ein. Die Postulantin schildert darin das Problem, dass ein Handwerker, der einen Gegenstand zur Reparatur entgegennimmt und die Reparatur ausführt, in der Folge verpflichtet ist, den Gegenstand aufzubewahren. Dies ist selbst dann der Fall, wenn der Besteller den Gegenstand nicht abholt, beispielsweise weil er die Reparaturkosten nicht bezahlen kann. Diese Aufbewahrungspflicht, so die Postulantin, könne für den betroffenen Handwerker, beispielsweise einen Velomechaniker, der für aufzubewahrende Fahrräder viel Platz benötige, zu erheblichen Kosten führen.

Mit dem Postulat wird der Bundesrat gebeten, das Problem der Aufbewahrungspflicht zu untersuchen und darüber Bericht zu erstatten. Dabei sei insbesondere die Ungewissheit über die Länge der Aufbewahrungspflicht zu beseitigen.

Nachdem der Bundesrat das Postulat am 17. Februar 2010 zur Annahme beantragt hatte, nahm der Nationalrat dieses am 19. März 2010 ohne Gegenantrag an.<sup>1</sup>

## 1.2 Abgelehnte Abschreibung des Postulats

Im Bericht über die Abschreibung hängiger Vorstösse zu nachrichtenlosen Vermögenswerten vom 12. Oktober 2010 beantragte der Bundesrat unter anderem auch die Abschreibung des Postulats 09.4040.<sup>2</sup> Zur Begründung führte er aus, das Postulat werfe die gleichen rechtlichen Fragen auf, die sich auch im Umgang mit nachrichtenlosen Vermögenswerten stellten: In beiden Fällen wolle der Schuldner seinen Verpflichtungen nachkommen; er könne den Gläubiger aber nicht erreichen beziehungsweise sei dieser nicht kooperativ.

Im Weiteren bestehe kein Handlungsbedarf, da insbesondere die Regeln über den Gläubigerverzug zur Anwendung gelangten: Der Schuldner sei danach berechtigt, die Sache auf Gefahr und Kosten des Gläubigers bei einem Dritten zu hinterlegen, um sich so von seiner vertraglich übernommenen Verbindlichkeit zu befreien (Art. 92 Abs. 1 OR<sup>3</sup>). Sei die Hinterlegung der Sache nicht tunlich, könne der Schuldner die Sache nach vorgängiger Androhung grundsätzlich auch öffentlich verkaufen lassen (Art. 93 OR). Der Verkaufserlös sei dem Gläubiger auszuhändigen, wobei dafür die ordentliche Verjährungsfrist von zehn Jahren gelte (Art. 127 OR). Der Schuldner könne dabei vom Erlös die Kosten abziehen, die die Aufbewahrung beziehungsweise der Verkauf verursacht habe. Ebenso könne er die Kosten einer allfälligen Reparatur abziehen. Zusammenfassend hielt der Bundesrat fest, das geschilderte Regime habe sich bewährt, und es bestehe deshalb kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf.

<sup>1</sup> AB 2010 N 555.

<sup>2</sup> Bericht über die Abschreibung hängiger Vorstösse zu nachrichtenlosen Vermögenswerten vom 12. Oktober 2010, BBl 2010 7511, hier 7518–7519.

<sup>3</sup> Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220.

Auf Antrag seiner Rechtskommission lehnte der Nationalrat am 14. März 2012 die Abschreibung des Postulats ab. Gemäss den Ausführungen der Kommission werde das Problem des erwähnten Velomechanikers, der zur Aufbewahrung des reparierten Fahrrads verpflichtet sei, mit der Botschaft des Bundesrates zu den nachrichtenlosen Vermögenswerten nicht gelöst.<sup>4</sup>

## 2 Das Problem nicht abgeholter Sachen

### 2.1 Ausgangsfall

Im Postulatstext wird der Fall angesprochen, in dem ein Handwerker eine Sache zur Reparatur entgegennimmt und diese repariert. Schwierigkeiten entstehen dann, wenn die Sache anschliessend nicht abgeholt wird.

Wird eine Sache zwecks Reparatur, Verarbeitung oder Reinigung übergeben, liegt in der Regel ein *Werkvertrag* im Sinne von Artikel 363 ff. OR vor. Mit der Ausführung der vereinbarten Arbeiten hat der Unternehmer seine primäre Vertragspflicht zwar erfüllt. Den Unternehmer trifft aber zusätzlich die vertragliche Nebenpflicht zur *sorgfältigen Aufbewahrung der Sache* sowie zu deren *Rückgabe an den Besteller*.<sup>5</sup> Die Erfüllung dieser Obligation verlangt in vielen Fällen, dass der Besteller dabei *aktiv* mitwirkt, beispielsweise, wenn vereinbart wurde, dass er die Sache im Ladenlokal des Unternehmers abholen soll. Unterlässt der Besteller dies, verletzt er eine *Obliegenheit*<sup>6</sup>, und es tritt in der Regel der sog. *Gläubigerverzug* nach Artikel 91 ff. OR ein.<sup>7</sup>

Mit der entsprechenden Problematik musste sich auch das Bundesgericht vor nicht langer Zeit befassen: Die Eigentümerin eines Geschäftsreiseflugzeugs hatte dieses von einem darauf spezialisierten Unternehmen auf dem Flughafen Genf warten und instandstellen lassen. Nachdem der Unternehmer die Eigentümerin des Flugzeugs mehrmals ohne Erfolg zur Abholung des Flugzeugs aufgefordert hatte, stellte er in Anwendung von Artikel 93 OR beim Gericht das Gesuch um öffentliche Versteigerung des Flugzeugs. Das Bundesgericht bestätigte am 2. März 2010, dass auch in diesem Fall von einem Werkvertrag auszugehen sei und dass den Unternehmer eine *vertragliche Nebenpflicht zur Rückgabe der Sache* treffe. Weigere sich die Eigentümerin des Flugzeugs, dieses abzuholen, liege ein Fall des *Gläubigerverzugs* vor. Weil es sich bei der Pflicht zur Rückgabe des Flugzeugs um eine Sachleistung handle, seien die Artikel 92–94 OR massgebend, und der Unternehmer sei deshalb

<sup>4</sup> AB 2012 N 431.

<sup>5</sup> Tercier Pierre/Favre Pascal G., *Les Contrats spéciaux*, 4. Aufl., Zürich 2009, Rz. 4417; Art. 365 Abs. 2 OR sieht eine Pflicht zur sorgfältigen Behandlung zwar nur für den «*vom Besteller gelieferten Stoff*» vor, wobei die betreffende Pflicht aber über den Wortlaut der Bestimmung hinaus auch für alle beweglichen und unbeweglichen Sachen gelten muss, die der Besteller dem Unternehmer zur Bearbeitung überlassen hat, vgl. Gauch Peter, *Der Werkvertrag*, 5. Aufl., Zürich 2011, Rz. 823 ff.

<sup>6</sup> Betreffend die umstrittene Frage, ob die Annahmepflicht eine eigentliche Rechtspflicht oder bloss eine Obliegenheit darstellt, vgl. auch die Ausführungen unter Ziff. 2.2. sowie die Verweise in Fn. 10.

<sup>7</sup> Tercier/Favre (Fn. 5), Rz. 4416; Gauch (Fn. 5), Rz. 765 und 1328; Honsell Heinrich, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 9. Aufl., Bern 2010, 305.

berechtigt, das Flugzeug im Rahmen eines Selbsthilfeverkaufs nach Artikel 93 OR zu verkaufen.<sup>8</sup>

## 2.2 Ähnlich gelagerte Fälle

Neben dem im Postulat ausdrücklich erwähnten Ausgangsfall der reparierten, aber nicht abgeholt Sache kann sich eine vergleichbare Situation auch im Rahmen anderer Vertragsbeziehungen ergeben:

- **Kaufvertrag:** Durch den Kaufvertrag verpflichtet sich der Verkäufer, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen. Der Käufer muss seinerseits dem Verkäufer den Kaufpreis bezahlen (Art. 184 ff. OR). Bis zur Übergabe der Kaufsache ist der Verkäufer ferner *zur sorgfältigen Verwahrung des Kaufgegenstandes* verpflichtet.<sup>9</sup>

Den Käufer trifft beim Fahrniskauf eine *gesetzliche Verpflichtung zur Annahme der Kaufsache* (Art. 211 Abs. 1 OR). Die Empfangnahme muss sofort geschehen, wenn nicht etwas anderes vereinbart oder üblich ist (Art. 211 Abs. 2 OR). Für den Fall, dass der Kaufgegenstand nicht vereinbarungsgemäss abgeholt wird, ist in der Lehre umstritten, ob die Annahmepflicht eine eigentliche Rechtspflicht oder bloss eine Obliegenheit darstellt.<sup>10</sup> Wird die Annahme als eigentliche Rechtspflicht verstanden, löst die Nichtannahme die Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs (Art. 102 ff. OR) aus. Der Verkäufer kann dem Käufer deshalb eine «angemessene Nachfrist» zur Abholung ansetzen (Art. 107 Abs. 1 OR). Wird die Kaufsache auch bis zum Ablauf dieser Frist nicht abgeholt, steht dem Verkäufer ein Wahlrecht zu: Er kann entweder an der Erfüllung des Vertrags nebst Schadenersatz wegen Verspätung festhalten, oder er kann auf die Vertragserfüllung verzichten und entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens (Festhalten am Vertrag) oder Rücktritt vom Vertrag verlangen (Art. 107 Abs. 2 OR). Die Annahme der Kaufsache wird vorwiegend in jenen Fällen als eigentliche Pflicht verstanden, in welchen ein qualifiziertes *Wegschaffungsinteresse des Verkäufers* besteht. Dieses wird beispielsweise bejaht beim Verkauf des Materials eines abzubrechenden Gebäudes oder beim Verkauf eines Warenlagers zum Zweck der Räumung.<sup>11</sup> Wird die Annahmepflicht des Käufers dagegen im Einzelfall oder generell als *Obliegenheit* verstanden, kommen bei einer Nichtabholung der Kaufsache (gleich wie beim Werkvertrag<sup>12</sup>) die Bestimmungen über den *Gläubigerverzug* zur Anwendung.<sup>13</sup>

<sup>8</sup> BGE 136 III 178, 185; zustimmend Stöckli Hubert, Selbsthilfeverkauf eines Flugzeugs nach Abschluss der Wartungsarbeiten, Entscheid des Bundesgerichts 2. März 2010 (4A\_640/2009), auszugsweise publiziert als BGE 136 III 178, Baurecht 2010, 177 f.

<sup>9</sup> Honsell (Fn. 7), 48.

<sup>10</sup> Vgl. die Verweise in Koller Alfred, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011, Art. 211 N 4.

<sup>11</sup> Vgl. statt vieler Koller (Fn. 10), Art. 211 N 4 ff.; Honsell (Fn. 7), 49 f.

<sup>12</sup> Entsprechende Überlegungen gelten auch für die Annahmepflicht des Bestellers nach der Ausführung eines Werkvertrags, die teilweise aus Artikel 379 Absatz 2 OR abgeleitet wird, vgl. Gauch (Fn. 5), Rz. 1326 m.w.Nachw.

<sup>13</sup> Vgl. die Ausführungen zum Gläubigerverzug unter Ziffer 3.

- **Einfacher Auftrag:** Auch im Rahmen eines Auftragsverhältnisses ist es möglich, dass der Auftraggeber zur Erfüllung eines Auftrags dem Beauftragten bestimmte Gegenstände übergibt, beispielsweise Material, Unterlagen für die Ausführung eines Rechtsanwalts- oder Steuerberatungsmandats oder treuhänderisch übereignete Güter. Aus der Sorgfalts- und Treuepflicht des Beauftragten (Art. 398 Abs. 2 OR) wird unter anderem eine *Verpflichtung zur vertragsgemässen Verwendung und sorgfältigen Verwahrung* der überlassenen Gegenstände abgeleitet. Wie der Beauftragte vorzugehen hat, wenn der Auftraggeber die Gegenstände nach Beendigung des Auftrags nicht abholt, ist allerdings im Auftragsrecht nicht speziell geregelt. Es kommen somit auch hier die allgemeinen Bestimmungen über den *Gläubigerverzug* zur Anwendung.
- **Hinterlegungsvertrag und weitere Vertragsverhältnisse:** Vertraut eine Person (der Hinterleger) einer anderen Person (dem Aufbewahrer) eine bewegliche Sache zur blossen Aufbewahrung an (also unabhängig von einem Kauf-, Werkvertrag oder Auftrag), liegt eine Hinterlegung gemäss Artikel 472 ff. OR vor. Bei der Hinterlegung ist zu unterscheiden, ob für die Rückgabe der hinterlegten Sache ein bestimmter Termin vereinbart worden ist oder nicht. Fehlt es an einer entsprechenden Vereinbarung, so kann der Aufbewahrer die Sache jederzeit zurückgeben (Art. 476 Abs. 2 OR). Eine Rückgabe vor dem vereinbarten Zeitpunkt ist hingegen nur dann zulässig, wenn unvorhergesehene Umstände den Aufbewahrer ausserstand setzen, die Sache länger mit Sicherheit oder ohne eigenen Nachteil aufzubewahren (Art. 476 Abs. 1 OR). Auch beim Hinterlegungsvertrag gerät der Hinterleger in Gläubigerverzug, wenn er bei Vertragsbeendigung die Sache nicht zurücknimmt.<sup>14</sup>

Entsprechende Rückgabepflichten können sich im Weiteren in zahlreichen weiteren Vertragsverhältnissen ergeben, beispielsweise im Mietvertragsrecht, im Arbeitsvertragsrecht und bei der Gebrauchsleihe. Auch hier können für die rückgabepflichtige Partei unter Umständen erhebliche Kosten für die Aufbewahrung und Erhaltung der Sache entstehen.

- **Atypische Konstellationen:** Schliesslich ist es auch möglich, dass eine Partei Besitzerin von Gegenständen wird, die einer vertraglichen Rückgabepflicht unterliegen, obwohl die betreffenden Sachen nicht unmittelbar mit der Erfüllung der primären Vertragspflichten in Verbindung stehen. Beispielhaft sei auf die Besucherin eines Fitnesscenters (Hallenbad, Kletterhalle, Gokartbahn usw.) oder eines Restaurants verwiesen, die versehentlich einen Gegenstand zurücklässt. Die Hauptleistungspflichten der Parteien umfassen zwar in diesen Fällen keine Pflicht zur Aufbewahrung zurückgelassener Gegenstände. Aus dem *Grundsatz von Treu und Glauben* und der Pflicht zu loyalen Verhalten wird aber die leistungsbegleitende Pflicht abgeleitet, die Rechte der Gegenpartei zu schützen,<sup>15</sup> d.h. die vergessenen Gegenstände aufzubewahren und der oder dem Berechtigten zurückzugeben. Vorausgesetzt ist dabei aber, dass die berechnete Person bekannt ist; ansonsten kommen die Bestimmungen über den Anstaltsfund zur Anwendung (nachfolgend Ziff. 2.3.2).

<sup>14</sup> Koller (Fn. 10), Art. 476 N 4; zum Gläubigerverzug vgl. unten Ziffer 3.

<sup>15</sup> Hausheer Heinz/Aebi-Müller Regina E., in: Berner Kommentar, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012, Art. 2 N 8, 13, 127 und 134.

Schliesslich ist auch auf jene Fälle hinzuweisen, welchen überhaupt kein Vertragsverhältnis zu Grunde liegt: zum Beispiel vom ehemaligen WG-Kollegen zurückgelassene Gegenstände oder der typische Lehrbuchfall eines Restaurantbesuchers, der sich vor dem Bestellvorgang umentscheidet und das Lokal wieder verlässt, hierbei aber seine Jacke vergisst.

## 2.3 Ergänzende rechtliche Überlegungen

Im Mittelpunkt der nachfolgenden Überlegungen steht der Gläubigerverzug, auf den unter Ziffer 3 eingegangen wird. Ergänzend stellt sich die Frage, ob die dargestellten Sachverhalte nicht als Anwendungsfall der *Dereliktion* (Art. 729 ZGB<sup>16</sup>) oder des *Fundes* (Art. 720–724 ZGB) angesehen werden könnten. Ausserdem ist festzuhalten, weshalb eine *Ersitzung* (Art. 728 ZGB) in den diskutierten Fällen nicht in Betracht kommt. Weitere, für den Fall nicht abgeholter Sachen zur Anwendung kommende Spezialbestimmungen, sieht das Gesetz nicht vor.

### 2.3.1 Dereliktion

Die Dereliktion im Sinne von Artikel 729 ZGB ist dadurch gekennzeichnet, dass der Eigentümer einer beweglichen Sache seinen Besitz an der Sache aufgibt mit der Absicht, auf sein Eigentum zu verzichten, etwa indem die Sache *bewusst* liegen gelassen, weggeworfen oder zur Entsorgung bereitgestellt wird.<sup>17</sup>

Grundsätzlich kann die erforderliche Willensäusserung des Eigentümers, auf sein Eigentum zu verzichten, auch durch konkludentes Verhalten erfolgen.<sup>18</sup> Die Tatsache, dass ein Gegenstand nach einer Reparatur nicht (vereinbarungsgemäss) abgeholt wird, wird aber in den wenigsten Fällen als konkludente Eigentumsaufgabe verstanden werden können. Insbesondere besteht ein offener Widerspruch zwischen der von den Parteien im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vereinbarten und damit gewollten Rückleistungspflicht und dem für die Dereliktion erforderlichen Willen zur Aufgabe des Eigentums, sodass eine nicht abgeholte Sache (beispielsweise im Rahmen eines Werkvertrags) kaum je als derelinquiert angesehen werden kann. Für den Aufbewahrer besteht somit keine Möglichkeit, das Eigentum an der zurückgelassenen Sache zu erwerben und diese in der Folge rechtmässig zu entsorgen oder zu verwerten. Nur dort, wo es an entsprechenden vertraglichen Pflichten fehlt und wo aufgrund der Umstände nach Treu und Glauben vom Willen des Eigentümers ausgegangen werden kann, dass dieser sein Eigentum an der Sache aufgibt, erscheint die Annahme einer Dereliktion als nachvollziehbar. Beispiele sind in einer Wohngemeinschaft zurückgelassene alte Kleider, in einem Hotelzimmer verbliebene gelesene Kriminalromane oder nach einem Musikfestival auf dem Veranstaltungsgelände stehen gelassene Zelte.

<sup>16</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210.

<sup>17</sup> Rey Heinz, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 2. Aufl., Bern 2000, Rz. 2020; Liver Peter, Das Eigentum, Schweizerisches Privatrecht V/I, Basel 1977, 344 und 399.

<sup>18</sup> Rey (Fn. 17), Rz. 2022; Steinauer Paul-Henri, Les droits réels, Tome II, Bern 2011, Rz. 2131.

### 2.3.2

### Fund

In Betracht kommt in den vorliegend diskutierten Situationen auch ein Fund im Sinn von Artikel 720–724 ZGB. Der Tatbestand von Artikel 720 Absatz 1 ZGB verlangt allerdings, dass eine bewegliche Sache *verloren gegangen* ist. Dies setzt voraus, dass der Verlust der Sache *ohne Wissen und Willen* des Eigentümers eingetreten ist.<sup>19</sup> Weil sich in den vorliegend diskutierten Fällen die betroffene Sache regelmässig mit Wissen und Willen der oder des Berechtigten beim Schuldner befindet, ist ein Fund in dieser Konstellation ausgeschlossen. Hinzu kommt, dass eine Sache nur dann als verloren gelten kann, wenn niemand daran Besitz hat.<sup>20</sup> Ein solcher liegt aber in den meisten angesprochenen Konstellationen vor.

Allenfalls dort, wo die berechtigte Person die Sache *versehentlich* zurückgelassen hat, beispielsweise beim Besuch eines Fitnesscenters oder eines Restaurants, könnte die Sache als «verloren» angesehen und somit von einem sog. *Anstaltsfund* (Art. 720 Abs. 3 ZGB) ausgegangen werden: Der Finder muss die Sache dann gemäss der gesetzlichen Regelung dem Hausherrn, Mieter oder den mit der Aufsicht betrauten Personen abliefern. Diese gelten dann als Finder im Sinn von Artikel 720 Absatz 1 ZGB mit der Folge, dass sie den Fund der Polizei anzeigen oder selbst für eine den Umständen angemessene Bekanntmachung und Nachfrage zu sorgen haben (Art. 722 Abs. 3 ZGB). Gemäss Artikel 722 Absatz 1 ZGB erlangt der Finder fünf Jahre nach der Mitteilung an den Eigentümer bzw. die Bekanntmachung des Fundes das Eigentum an der gefundenen Sache, wenn er seinen Finderpflichten nachgekommen ist.

Auch den Finder trifft allerdings die Pflicht, die Sache «in angemessener Weise aufzubewahren» (Art. 721 Abs. 1 ZGB). Diese Aufbewahrungspflicht entfällt, wenn die gefundene Sache der Polizei oder einem Fundbüro übergeben wird.

### 2.3.3

### Ersitzung

Wer eine fremde bewegliche Sache ununterbrochen und unangefochten während fünf Jahren in gutem Glauben als Eigentum in seinem Besitz hält, wird Eigentümer/-in kraft Ersitzung (Art. 728 Abs. 1 ZGB).

Die vom Gesetz vorausgesetzte *Gutgläubigkeit* bezieht sich auf das Bewusstsein der Besitzerin oder des Besitzers (vorliegend die aufbewahrende Person), dass er / sie zum Besitz als Eigentümer resp. Eigentümerin berechtigt ist und dadurch keine Rechtsposition einer anderen Person verletzt wird.<sup>21</sup> Der gute Glaube muss hierbei bereits *im Zeitpunkt des Besitzerwerbes* bestanden haben.<sup>22</sup> Wer im Rahmen eines Vertragsverhältnisses eine nicht abgeholte Sache aufbewahrt, weiss allerdings im Zeitpunkt des Besitzerwerbes um die Tatsache, dass der Gegenstand einen rechtmässigen Eigentümer hat. Eine Ersitzung ist somit regelmässig ausgeschlossen.

<sup>19</sup> Schwander Ivo, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 4. Aufl., Basel 2011, Art. 720 N 2.

<sup>20</sup> Steinauer (Fn. 18), Rz. 2084.

<sup>21</sup> Schwander (Fn. 19), Art. 728 N 7.

<sup>22</sup> Schwander (Fn. 19), Art. 728 N 8.

## 2.4

### Zwischenergebnis

Unabhängig von der Qualifikation des konkreten Vertrags besteht in allen dargestellten Konstellationen das gleiche Problem: Die Besitzerin oder der Besitzer der Sache ist aufgrund eines bestehenden Vertrags verpflichtet, diese an die berechnigte Person zu übergeben und die Sache bis dahin sorgfältig aufzubewahren. Insbesondere besteht kein Recht, die Sache zu entsorgen oder anderweitig zu verwerten. Dies gilt sowohl dann, wenn der Gläubiger oder ein Dritter Eigentümer der Sache ist (etwa bei einem zur Reparatur überlassenen Gegenstand), als auch dann, wenn dies nicht der Fall ist und sich die Herausgabepflicht lediglich auf eine vertragliche Grundlage stützt, namentlich weil der Schuldner Eigentümer der Sache ist (etwa der Verkäufer, wenn der Käufer eine Sache noch nicht abgeholt hat). Jede Vereitelung einer späteren Übereignung der Sache an die berechnigte Person ist als Vertragsverletzung, gegebenenfalls zusätzlich auch als Eigentumsverletzung anzusehen und kann deshalb einen Schadenersatzanspruch nach sich ziehen.

Die Aufbewahrungspflicht wird vom Gesetz *zeitlich nicht beschränkt*. Lediglich dann, wenn die zur Übereignung verpflichtete Person selber Eigentümer der Sache ist und die Pflicht zur Übertragung der Sache damit vertraglicher Natur ist, untersteht die betreffende Obligation einer Verjährung und verjährt innert zehn Jahren (Art. 127 OR).

Sofern – entsprechend einem Teil der Lehre zum Kaufvertrag – im Einzelfall von einer durchsetzbaren Vertragspflicht des Käufers ausgegangen wird, die Kaufsache entgegenzunehmen,<sup>23</sup> könnte in den betreffenden Sachverhalten eine Ausnahme vom soeben dargestellten Grundsatz gemacht werden: Wird die Sache nicht abgeholt, bestünde für den Verkäufer die Möglichkeit, gestützt auf Artikel 107 ff. OR vom Vertrag zurückzutreten. Damit entfielen die Aufbewahrungspflicht, und der Verkäufer könnte wieder über die Sache verfügen, ohne damit Rechte des Käufers zu verletzen. Dies würde allerdings nur einen kleinen Teil der Kaufverträge betreffen, da in der Regel das erforderliche qualifizierte Wegschaffungsinteresse nicht vorliegen wird; hinzu kommt, dass der Anwendungsbereich von Artikel 211 OR und die daraus abgeleiteten Folgen nicht auf die weiteren vorliegend diskutierten Konstellationen ausgeweitet werden darf, da dabei vorausgesetzt wird, dass das Eigentum bei der zur Herausgabe verpflichteten Person liegt. Dass das Eigentum bei der zur Herausgabe verpflichteten Person liegt, trifft typischerweise zwar beim Kaufvertrag zu, dagegen nicht beim Werkvertrag, beim einfachen Auftrag und in den anderen Situationen.

Schliesslich kann für einige besonders gelagerte Fälle auf die bestehende Regelung zur Dereliktion und zum Fund abgestellt werden. So kann eine Sache unter Umständen als derelinquiert gelten, wenn aufgrund der konkreten Situation nach dem Vertrauensprinzip auf einen entsprechenden Willen des Eigentümers geschlossen werden kann. Ein Fund ist dort anzunehmen, wo eine Sache versehentlich zurückgelassen bzw. vergessen worden ist. Die hier im Zentrum der Diskussion stehenden Fälle lassen sich dagegen nicht auf diesem Weg lösen.

In allen dargestellten Fällen ist davon auszugehen, dass eine *rechtliche Pflicht zur Aufbewahrung und Übertragung der Sache* an den Berechnigten besteht. Will der Schuldner dieser Pflicht nachkommen, können für ihn je nach Situation erhebliche Kosten entstehen. Es ist für ihn deshalb von grosser Bedeutung, dass ihm die

<sup>23</sup> Dazu oben Ziffer 2.2.



Rechtsordnung einen Weg zur Verfügung stellt, der es erlaubt, sich von seiner Aufbewahrungs- und Übereignungspflicht zu befreien. Wie bereits erwähnt kommen in diesen Fällen primär die Bestimmungen über den Gläubigerverzug zur Anwendung (nachfolgend unter Ziff. 3). In bestimmten Konstellationen kann auch ein gesetzliches Retentionsrecht (nachfolgend unter Ziff. 4) Abhilfe schaffen. Hinzu kommt die Möglichkeit einer vertraglichen Regelung unter den beteiligten Parteien (nachfolgend unter Ziff. 5).

### **3 Die Bestimmungen zum Gläubigerverzug**

#### **3.1 Voraussetzungen**

Das Vorliegen eines Gläubigerverzugs setzt voraus, dass die Leistung zumindest *erbringbar* und der Schuldner zur Leistungserbringung *instande und bereit* ist.<sup>24</sup> Zudem muss der Schuldner die Leistung in gehöriger Weise *angeboten* haben oder es muss ein *Termin* für die Mitwirkungshandlung des Gläubigers festgelegt worden sein. Wenn der Gläubiger in einer solchen Situation seine Mitwirkung ungerechtfertigterweise verweigert oder trotz einer Pflicht, aktiv tätig zu werden, untätig bleibt, tritt automatisch der Gläubigerverzug ein.<sup>25</sup> Ein Verschulden des Gläubigers ist hierfür nicht erforderlich.<sup>26</sup>

#### **3.2 Rechtsfolgen**

Das Gesetz sieht für den Fall des Gläubigerverzugs verschiedene Rechtsfolgen vor. Es erlaubt dem Schuldner insbesondere, bestimmte Massnahmen zu treffen, um sich von der bestehenden vertraglichen Leistungspflicht zu befreien.

##### **3.2.1 Recht zur Hinterlegung**

Befindet sich der Gläubiger im Gläubigerverzug, kann der Schuldner die Sache ohne weitere Androhung bei einer vom Gericht bestimmten Stelle oder (ohne richterliche Bestimmung) in einem Warenhaus hinterlegen (Art. 92 Abs. 1 und 2 OR).<sup>27</sup> Der *Hinterlegungsvertrag* ist als Vertrag zugunsten der berechtigten Person im Sinne von Artikel 112 Absatz 2 OR abzuschliessen. Der Vertrag ist entsprechend so zu formulieren, dass der berechtigten Person ein selbstständiger Herausgabeanspruch gegen die Hinterlegungsstelle zukommt.<sup>28</sup> In der Lehre wird zudem die Möglichkeit

<sup>24</sup> BGE 111 II 463, 469.

<sup>25</sup> Dazu im Einzelnen Weber Rolf H., Art. 68–96 OR, Berner Kommentar, Bern 2005, Art. 91 N 155 ff. m.w.Nachw.; Loertscher Denis, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations I, Basel 2012, Art. 91 N 12.

<sup>26</sup> Schwenger Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012, Rz. 69.10; Schraner Marius, Zürcher Kommentar zu Art. 68–96 OR, 3. Aufl., Zürich 2000, Art. 91 N 23; Bernet Martin, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011, Art. 91 N 13.

<sup>27</sup> Bernet (Fn. 26), Art. 92 N 2 ff.

<sup>28</sup> Bernet (Fn. 26), Art. 92 N 6; Stauber Demian, Die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs, Bern 2009, N 312.

angeführt, den Herausgabeanspruch von der Erbringung der geschuldeten Gegenleistung oder von der Begleichung der Hinterlegungskosten abhängig zu machen.<sup>29</sup> Der Hinterleger bleibt der Hinterlegungsstelle aber weiterhin zur Kostenerstattung verpflichtet.<sup>30</sup> Konkret bedeutet das, dass er verpflichtet ist, die entsprechenden Lagerkosten *auf eigenes Risiko* hin vorzuschüssen. Dies hat zur Folge, dass der Schuldner insbesondere dann auf eine Hinterlegung verzichten wird, wenn er damit rechnet, dass der Gläubiger die Sache auch in Zukunft nicht beanspruchen wird. Sie würde sich andernfalls als zwecklos erweisen und wäre für ihn mit Kosten verbunden, die ihm höchstwahrscheinlich nicht mehr zurückerstattet würden. Dies gilt umso mehr, wenn ihm die Identität oder die Adresse des Gläubigers nicht bekannt ist und er keine Möglichkeit hat, diesen zu kontaktieren und ihm die Hinterlegung anzuzeigen oder von ihm auch nur die Kosten der Hinterlegung zurückzuverlangen.

### 3.2.2 Recht zum Selbsthilfeverkauf

Alternativ zum Recht auf Hinterlegung steht dem Schuldner ein *Recht zum Selbsthilfeverkauf* zu (Art. 93 OR). Ein Selbsthilfeverkauf ist allerdings nur bei Vorliegen der im Gesetz aufgezählten Umstände, nach vorgängiger Androhung sowie nach einer vorangehenden Bewilligung durch das Gericht möglich. Gemäss Artikel 93 Absatz 1 OR ist ein Selbsthilfeverkauf insbesondere in folgenden Fällen zulässig:

- Eine Hinterlegung ist *nicht tunlich*: Dies kann sich einerseits nach der Beschaffenheit der Sache (zum Beispiel gefährliche Gegenstände wie Sprengstoffe oder grosse Gegenstände wie Flugzeuge)<sup>31</sup> oder andererseits nach der Art des Geschäftsbetriebes ergeben. Letztere Variante bezieht sich nach dem Willen des Gesetzgebers gerade auf kleinere Betriebe wie Reinigungsgeschäfte oder Schuhmachereien, in welchen sich nicht abgeholte Gegenstände «ausserordentlich häufen».<sup>32</sup> Auch wenn eine Hinterlegung zwar möglich ist, es sich aber abzeichnet, dass die Sache vom Gläubiger nicht abgeholt werden wird und daher unabsehbare Aufbewahrungskosten drohen, ist ein Selbsthilfeverkauf zulässig.<sup>33</sup>
- Die Sache ist zur Hinterlegung *nicht geeignet* (Gefahr des schnellen Verfalls der Sache).
- Die Sache hat einen *Börsen- oder Marktpreis* oder ist im Verhältnis zu den Hinterlegungskosten von geringem Wert.

Entscheidet sich ein Aufbewahrer zum Selbsthilfeverkauf, steht es ihm in einem zweiten Schritt frei, den Erlös mit einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden Forderung zu verrechnen (Art. 120 ff. OR). Auf diese Weise könnten etwa ausstehende Reparatur- oder Hinterlegungskosten beglichen werden.

Aufgrund der Voraussetzung der gerichtlichen Bewilligung erscheint der Selbsthilfeverkauf bei Gegenständen von verhältnismässig geringem Wert wenig attraktiv.

<sup>29</sup> Bernet (Fn. 26), Art. 92 N 6; Stauber (Fn. 28), N 314 ff.

<sup>30</sup> Weber (Fn. 26), Art. 92 N 136.

<sup>31</sup> Schraner (Fn. 26), Art. 93 N 11 ff.

<sup>32</sup> Schraner (Fn. 26), Art. 93 N 16 m.V.a. Huber Eugen, Sten-Bull NR 1909 533; Weber (Fn. 26), Art. 93 N 17.

<sup>33</sup> Koller Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2009, § 56 Rz. 78.

Unabhängig von der Höhe des Wertes gestaltet sich der Selbsthilfeverkauf zudem als aufwendiges und vor allem kostspieliges Verfahren, da der Schuldner sowohl die Kosten des vorangehenden Gerichtsverfahrens als auch diejenigen des öffentlichen Verkaufs vorschüssen muss. Hinzu kommt, dass der Schuldner den Gläubiger unter Umständen nicht erreichen kann und so die gesetzliche Voraussetzung der vorgängigen Androhung gar nicht zu erfüllen ist.<sup>34</sup> Die praktische Bedeutung des Selbsthilfeverkaufs ist deshalb gering geblieben.

### 3.2.3 **Aufwendungsersatz**

Der Schuldner hat ausserdem das Recht, die bei ihm aufgrund des Gläubigerverzugs entstehenden Aufwendungen, beispielsweise für die Aufbewahrung und Erhaltung der Sache, vom Gläubiger gestützt auf Artikel 422 Absatz 1 OR ersetzt zu erhalten.<sup>35</sup>

### 3.2.4 **Weitere Rechte des Schuldners?**

Der in Artikel 95 OR enthaltene Verweis auf die Bestimmungen über den Schuldnerverzug kommt im vorliegenden Zusammenhang nicht zur Anwendung, da er sich nur auf Fälle bezieht, in denen es *nicht um eine Sachleistung* geht und es deshalb nichts Körperliches gibt, das im Sinne von Artikel 92 ff. OR hinterlegt werden könnte.<sup>36</sup>

### 3.2.5 **Verhältnis zum Sachenrecht**

Das Bundesgericht hat im eingangs erwähnten Entscheid aus dem Jahr 2010 zumindest implizit festgehalten, dass ein Selbsthilfeverkauf nach Artikel 93 OR auch dann zulässig (und gültig) ist, wenn die zu verkaufende Sache nicht im Eigentum des Werkunternehmers, sondern im Eigentum des Bestellers steht und mit dem Selbsthilfeverkauf somit unmittelbar in dessen Eigentumsrecht eingegriffen wird.<sup>37</sup> Dem stimmt auch die überwiegende Lehre zu.<sup>38</sup> Der Selbsthilfeverkauf, der entsprechend den gesetzlichen Vorgaben durchgeführt wird, führt damit nicht nur zum Erlöschen der vertraglichen Pflicht zur Aufbewahrung und Rückleistung der Sache, sondern er führt zugleich zum Untergang des Eigentums des Gläubigers und bildet einen Rechtfertigungsgrund für die Eigentumsverletzung.

<sup>34</sup> In der Lehre wird für diesen Fall vorgeschlagen, die Androhung im kantonalen Amtsblatt des Erfüllungsortes vorzunehmen, vgl. Stauber (Fn. 28), Rz. 439. Ob ein Gericht dies als ausreichend erachten wird, ist allerdings offen.

<sup>35</sup> Dazu Weber (Rz. 26), Art. 92 N 31 ff. m.w.Nachw.

<sup>36</sup> BGE 136 III 178, 185.

<sup>37</sup> BGE 136 III 178, 183.

<sup>38</sup> Vgl. Gauch (Fn. 5), Rz. 91; Stauber (Fn. 28), Rz. 426 ff.; Stöckli (Fn. 8), 178, alle m.w.Nachw.

### 3.2.6

#### **Weitere, gesetzlich nicht geregelte Vorgehensmöglichkeiten?**

Dem Schuldner steht es gestützt auf die allgemeinen Regeln des Vertragsrechts frei, mit dem Gläubiger in direkten Kontakt zu treten und mit ihm über das weitere Vorgehen zu verhandeln. Fraglich ist dabei, ob er ihm auch einseitig eine Frist ansetzen darf, innert welcher der Gläubiger seine Mitwirkungshandlungen vorzunehmen hat, wobei der Schuldner ihm zugleich androht, dass er ihm ansonsten die Ware beispielsweise kostenpflichtig zusenden oder diese verkaufen oder kostenpflichtig entsorgen werde.

Ein solches Vorgehen setzt in jedem Fall voraus, dass der Schuldner überhaupt die faktische Möglichkeit einer Kontaktaufnahme hat, namentlich eine Postanschrift, eine Telefonnummer oder eine E-Mail-Adresse des Gläubigers. In diesem Fall erschiene es aus praktischer Sicht sinnvoll, die Möglichkeit zuzulassen, dass der Schuldner nach einer ausreichend klaren Abmahnung des Gläubigers, der Androhung der vorgesehenen Massnahme sowie dem unbenützten Ablauf der angesetzten Frist das Recht erhält, die Sache zu verwerten oder zu entsorgen. Da der Gläubiger Gelegenheit hatte, sich der Verwertung der Sache zu widersetzen, erscheint der Eingriff in seine Rechte – jedenfalls wenn er tatsächlich untätig geblieben ist – nicht unverhältnismässig.

Obwohl ein solches Vorgehen aus praktischer Sicht durchaus vertretbar erschiene, verbleiben aufgrund der dafür fehlenden gesetzlichen Grundlage und einschlägigen Gerichtspraxis grosse Unsicherheiten. Vor allem können die in den Artikeln 92–94 OR aufgeführten Rechtsbehelfe bei beweglichen Sachen nicht einfach um weitere Möglichkeiten erweitert werden: Das skizzierte Vorgehen wäre zwar pragmatisch, es würde aber letztlich auf eine (unzulässige) Umgehung der gesetzlichen Voraussetzungen des Selbsthilfeverkaufs hinauslaufen. Weil die Voraussetzungen von Artikel 93 OR den Gläubiger vor einer zu raschen Verwertung der Sache schützen wollen, dürfen derartige Ausnahmen extra legem nur mit Zurückhaltung angenommen werden. Hinzu kommt, dass ein derartiges Schweigen des Gläubigers gemäss Artikel 6 OR nur unter qualifizierten Umständen als Zustimmung interpretiert werden darf. Solche Umstände sind vorliegend wohl nicht gegeben.

### 3.2.7

#### **Würdigung**

Die zwei vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Rechtsbehelfe der Hinterlegung und des Selbsthilfeverkaufs sind aus heutiger Sicht in den meisten Fällen nicht geeignet, um das dargestellte Problem des Schuldners befriedigend zu lösen. Dies gilt umso mehr, wenn die Identität des Gläubigers nicht bekannt ist. Weil der Schuldner die Kosten der Hinterlegung vorzuschiessen hat, besteht das erhebliche Risiko, dass er diese nicht mehr einbringen kann. Aufgrund der gesetzlich vorausgesetzten gerichtlichen Bewilligung und der Kostenvorschusspflicht erscheint auch der Selbsthilfeverkauf in den meisten Fällen als unverhältnismässig aufwendig und vor allem auch zu riskant.

## 4 Retentionsrecht des Aufbewahrers

### 4.1 Allgemeines

Für den Fall, dass der Schuldner weiss, wo der Gläubiger seinen Wohnsitz hat, besteht in gewissen Fällen für ihn eine weitere Möglichkeit, um sich von seiner Obligation zu befreien: Er kann die sich bei ihm befindliche Sache gestützt auf ein *gesetzliches Retentionsrecht* verwerten.

### 4.2 Retentionsrecht

Beim Retentionsrecht handelt es sich um ein gesetzliches Fahrnispfandrecht.<sup>39</sup> Das Retentionsrecht wird in den Artikeln 895–898 ZGB sowie in zahlreichen Sondernormen geregelt.<sup>40</sup> Es berechtigt den Gläubiger einer Geldforderung (zum Beispiel eine noch offene Reparaturrechnung), den zurückgelassenen Gegenstand bis zur Befriedigung dieser Forderung zurückzubehalten (Art. 895 Abs. 1 ZGB). Dabei müssen die folgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein:<sup>41</sup>

- Das Retentionsrecht ist nur bei *beweglichen Sachen* (oder Wertpapieren) anwendbar. Diese Voraussetzung ist bei nicht abgeholten Sachen unproblematisch.
- Zudem muss eine zu sichernde Forderung, also eine *Retentionsforderung* bestehen. An einer solchen wird es bei vergessenen bzw. versehentlich liegenden gelassenen Gegenständen (zum Beispiel die Jacke im Restaurant, die Sporttasche im Fitnesscenter usw.) regelmässig fehlen. Die betreffenden Voraussetzungen sind dagegen etwa im Werkvertragsrecht (Reparaturarbeiten, Reinigung) erfüllt, wenn die Werklohnforderung noch offen ist oder für den Gläubiger effektive Aufbewahrungskosten entstanden sind, die der Besteller gestützt auf Artikel 422 Absatz 1 OR zu tragen hat. Im Übrigen muss die Retentionsforderung fällig sein und mit dem retinierten Gegenstand in einem Zusammenhang stehen.
- Der zurückgelassene Gegenstand muss ferner *verwertbar* sein. Verwertbar sind alle Gegenstände, die übertragbar (verkehrs-fähig) sind und zumindest einen geringen Vermögenswert aufweisen.<sup>42</sup> Auch diese Voraussetzung wird bei nicht abgeholten Gegenständen in der Regel erfüllt sein.
- Schwieriger zeigt sich schliesslich das Erfordernis, dass sich der Gegenstand *mit Willen des Schuldners im Besitz des Gläubigers* befindet. Vorausgesetzt wird, dass die Besitzübertragung auf den Gläubiger entweder mit Einwilligung des Schuldners erfolgt oder von diesem nachträglich genehmigt wor-

<sup>39</sup> Rey (Fn. 17), Rz. 1919.

<sup>40</sup> Vermieter von Geschäftsräumen: Art. 268–268b OR; Arbeitgeber bzw. Arbeitnehmer: Art. 339a Abs. 3 OR; Handelsreisender: Art. 349e und 350a Abs. 2 OR; Beauftragter: Art. 401 Abs. 3 OR; Parteien des Agenturvertrags; Art. 418o und 418v OR; Kommissionär: Art. 434 OR; Frachtführer: Art. 451 OR; Spediteur: Art. 439 i.V.m. Art. 434 OR; Lagerhalter: Art. 485 Abs. 3 OR; Gastwirt Art. 491 OR.

<sup>41</sup> Artikel 895 ZGB; Rampini Corrado/Schulin Hermann/Vogt Nedim Peter, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 4. Aufl., Basel 2010, Art. 895 N 2.

<sup>42</sup> Rampini/Schulin/Vogt (Fn. 41), Art. 896 N 4.

den ist.<sup>43</sup> Bei zur Reparatur übereigneten (und später nicht abgeholten) Gegenständen ist dieses Erfordernis in der Regel erfüllt. Nicht als erfüllt anzusehen ist die Voraussetzung dagegen bei vergessenen bzw. versehentlich liegenden gelassenen Gegenständen. Denkbar wäre in solchen Fällen allenfalls eine analoge Anwendung des Retentionsrechts des Finders. Dieses ist zwar gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehen, wird aber von der Lehre teilweise bejaht.<sup>44</sup>

### 4.3 Verwertungsrecht und Verrechnung

Kommt der Schuldner seiner Verpflichtung – der Begleichung der Retentionsforderung – nicht nach, so kann der Gläubiger, wenn er nicht hinreichend sichergestellt wird, die retinierte Sache nach *vorgängiger Benachrichtigung des Schuldners* wie ein Faustpfand verwerten (Art. 898 Abs. 1 ZGB). Ausserhalb eines Konkurses erfolgt eine solche Verwertung auf dem Weg der *Betreibung auf Pfandverwertung* (Art. 151 ff. SchKG<sup>45</sup>). Die Einleitung einer Betreibung setzt allerdings voraus, dass die Person des Schuldners und insbesondere dessen Zustelladresse bekannt sind (Art. 67 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG).

Nach durchgeführter Verwertung werden aus dem Pfanderlös vorweg die Kosten für die Verwaltung, die Verwertung und die Verteilung bezahlt (Art. 157 Abs. 1 SchKG). Im Anschluss wird der Reinerlös den Pfandgläubigern bis zur Höhe ihrer Forderungen einschliesslich des Zinses bis zum Zeitpunkt der Verwertung und der Betreibungskosten ausgerichtet (Art. 157 Abs. 2 SchKG).

### 4.4 Würdigung

Falls ein zurückgelassener Gegenstand in Verbindung mit einer noch offenen Forderung steht, ist die Retention mit anschliessender Betreibung auf Pfandverwertung ein durchaus tauglicher Weg, um sich einerseits von der Aufbewahrungspflicht zu befreien und um andererseits eine offene Forderung durchzusetzen. In der Praxis wird ein solches Vorgehen jedoch regelmässig nur dann gewählt werden, wenn der zu verwertende Gegenstand einen Wert aufweist, der die offene Forderung klar übersteigt, zumal die Betreibungskosten durch den Gläubiger vorgeschossen werden müssen (Art. 68 Abs. 1 SchKG). Schliesslich kann auch dieser Weg nur beschränkt werden, wenn der Gläubiger faktisch überhaupt die Möglichkeit hat, den Schuldner zu betreiben, was insbesondere die *Kenntnis einer Wohnsitzadresse* des Schuldners voraussetzt. Fehlt die betreffende Information, nützt das Retentionsrecht dem Gläubiger nichts. Insbesondere ist eine eigenmächtige Verwertung der retinierten Sache durch den Gläubiger nach geltendem Recht unzulässig.

<sup>43</sup> Rampini/Schulin/Vogt (Fn. 41), Art. 895 N 30.

<sup>44</sup> Oftinger Karl/Bär Rolf, Art. 884–918 ZGB, Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Zürich 1981, Art. 895 N 66; Rampini/Schulin/Vogt (Fn. 41), Art. 895 N 31 m.w.Nachw.

<sup>45</sup> Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), SR 281.1.

## Vertragliche Beschränkung der Aufbewahrungspflicht

Die Bestimmungen über den Gläubigerverzug gelten als *dispositiv*.<sup>46</sup> Es steht den Parteien deshalb frei, eine eigene Regelung für die betreffende Situation zu treffen. Gerade bei den klassischen Reparaturaufträgen bietet es sich deshalb an, eine vertragliche Regelung für den Fall der Nichtabholung vorzusehen.

Typischerweise umfasst eine solche Regelung die folgenden Elemente:

- *Vereinbarung einer Frist*: Beispielsweise drei Monate nach dem vereinbarten Abholtermin oder der entsprechenden Abholaufforderung, sowie
- *Regelung der Rechtsfolge, falls innerhalb der Frist keine Abholung erfolgt*: Hier kann vorgesehen werden, dass die Aufbewahrungspflicht erlischt bzw. der Aufbewahrer ein Recht zur Entsorgung bzw. zur Verwertung erhält. Auch die Verwendung eines allfälligen Verwertungserlöses kann festgelegt werden (insbesondere die Verrechnung mit den Reparatur- und Aufbewahrungskosten sowie die Aushändigung eines allfälligen Mehrerlöses).

Sollten die betreffenden Regeln in allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) abgefasst werden, unterstehen sie den bekannten Einschränkungen:

- *Geltungskontrolle*: Die Verwenderin hat ihre Vertragspartnerin vor Vertragsschluss auf die AGB hinzuweisen und dieser auch die Möglichkeit einzuräumen, die AGB zur Kenntnis zu nehmen. Als zulässig erachtet wird hierbei unter Umständen auch ein sichtbarer Aushang am Ort des Vertragsschlusses. Eine solche Regelung wird jedoch zumeist in Abweichung zur dispositiven Bestimmung zum Selbsthilfeverkauf nach Artikel 93 OR stehen. In der Lehre wird diesbezüglich die Meinung vertreten, dass ein blosser Anschlag in einem Ladenlokal – solange der Gläubiger keine Kenntnis davon habe – nicht ausreicht, um von einem Verzicht auf die Voraussetzungen von Artikel 93 OR auszugehen.<sup>47</sup> Ist die Ausgestaltung der Regelung zudem ungewöhnlich (wie etwa die Vernichtung sämtlicher Gegenstände ohne Aufforderung bereits fünf Arbeitstage nach Verstreichen des Abholtermins), wird diese nur verbindlicher Vertragsbestandteil, wenn die andere Vertragspartei explizit auf die Bestimmung aufmerksam gemacht worden ist.<sup>48</sup>
- *Auslegung*: Neben den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen kommen bei der Anwendung von AGB weitere Prinzipien zur Anwendung:
  - *Individualabreden* gehen den AGB vor.<sup>49</sup> Es ist somit im Einzelfall zu prüfen, ob dem Eigentümer nicht zugesichert worden ist, er könne die Sache – ohne Rechtsnachteile – zu einem späteren Zeitpunkt abholen.
  - *Unklarheitenregel*: Mehrdeutige Wendungen in AGB gehen im Zweifel zulasten jener Partei, die sie verfasst hat.<sup>50</sup> Die Regelung, welche Folgen die Nichtabholung hinterlegter Gegenstände hat, muss somit klar und verständlich erfolgen.

<sup>46</sup> Bernet (Fn. 26), vor Art. 91–96 N 9; Weber (Fn. 26), Art. 91 N 10; Loertscher (Fn. 25), Art. 91 N 7.

<sup>47</sup> Schraner (Fn. 26), Art. 93 N 7; Weber (Fn. 26), Art. 93 N 12.

<sup>48</sup> BGE 138 III 411, 412 f.; 135 III 1, 7 f.; 119 II 443, 446.

<sup>49</sup> BGE 93 II 317, 325 f.

<sup>50</sup> BGE 124 III 155, 158 f.

- *Inhaltskontrolle*: Nach Artikel 8 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)<sup>51</sup> sind AGB unlauter und damit unzulässig, wenn sie «in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.» Ein Verstoß gegen Artikel 8 UWG führt zur Nichtigkeit der fraglichen Klausel.<sup>52</sup> Inwiefern im Einzelfall eine in AGB enthaltene Regelung betreffend die Aufbewahrungspflicht unzulässig ist, ist zurzeit noch ungeklärt und ist von den Gerichten zu beurteilen. Die bestehenden Unsicherheiten führen jedenfalls dazu, dass für den Verwender solcher Klauseln zurzeit ein Risiko besteht, wenn er eine Sache gestützt auf eine in AGB getroffene Abrede eigenmächtig verwertet.

## 6 Zusammenfassung

Das geltende Recht kennt keine allgemein gültige Beschränkung der Aufbewahrungspflicht für nicht abgeholte Gegenstände. Es stehen dem Schuldner aber verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung, um die Dauer der Aufbewahrungspflicht zu limitieren:

- In Anwendung der Bestimmungen über den Gläubigerverzug können nicht abgeholte Gegenstände hinterlegt oder über einen Selbsthilfeverkauf veräußert werden. Die Hinterlegung ist in den vorliegend diskutierten Fällen aber kaum je sinnvoll, da sie voraussetzt, dass die Identität des Gläubigers bekannt ist und dieser die hinterlegte Sache später an sich nehmen wird. Ein Selbsthilfeverkauf setzt die vorgängige Anrufung des Gerichts voraus; zudem sind damit erhebliche Aufwendungen verbunden, die der Schuldner zumindest vorläufig zu tragen hat.
- Falls eine Gegenforderung besteht, kann in gewissen Konstellationen am nicht abgeholten Gegenstand ein Retentionsrecht geltend gemacht und dieser verwertet werden. Die Verwertung setzt jedoch die vorgängige Benachrichtigung der Eigentümerin oder des Eigentümers voraus; diese resp. dieser muss somit bekannt sein. Ferner ist das Verfahren der Betreibung auf Pfandverwertung zu durchlaufen, das seinerseits eine Adresse für die Zustellung des Zahlungsbefehls voraussetzt.
- Als weitere Massnahme bietet sich eine vertragliche Regelung der Aufbewahrungspflicht an, namentlich auf dem Weg allgemeiner Geschäftsbedingungen. Dabei ist allerdings darauf zu achten, dass die Klauseln tatsächlich Vertragsbestandteil geworden sind und den weiteren Anforderungen an AGB-Vereinbarungen entsprechen.

Keine oder nur eine ungenügende Lösung bietet das geltende Recht damit in jenen Fällen, in denen zurückgelassene oder nicht abgeholte Gegenstände keiner konkreten Person zugeordnet werden können und der Gläubiger faktisch nicht kontaktiert werden kann. Es ist deshalb von grosser Bedeutung, dass der Schuldner bei Ver-

<sup>51</sup> Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986, UWG, SR 241.

<sup>52</sup> Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 2. September 2009, BBl 2009 6151, hier 6180.



tragschluss darum besorgt ist, vom Gläubiger die Personalien und eine Kontaktmöglichkeit zu erhalten. Weiter gestaltet sich die Ausgangslage schwierig oder im Verhältnis zum Wert der nicht abgeholten Sache jedenfalls zu kostspielig und zeit-aufwendig bei Gegenständen von lediglich geringem Wert, da weder eine Hinterlegung noch ein Selbsthilfeverkauf das Problem lösen.

## 7 **Gesamtwürdigung und Lösungsvorschlag *de lege ferenda***

In Sinne einer Gesamtwürdigung lässt sich festhalten, dass die Problematik nicht abgeholter Sachen vom geltenden Gesetz nur unzureichend gelöst wird. Es steht den Parteien allerdings offen, mittels einer ergänzenden Abrede die entsprechenden Lücken zu schliessen. Vorab ist vor allem von Bedeutung, dass der Schuldner weiss, wer sein Gläubiger ist und wie er diesen erreichen kann. Hier erscheint es für beide Seiten sinnvoll und in den meisten Fällen auch ohne Weiteres zumutbar, die entsprechenden Informationen dem Schuldner zugänglich zu machen. Zusätzlich können die Parteien in AGB eine Abrede treffen, wie in den Fällen, in denen die Sache nicht abgeholt wird, zu verfahren ist. Hier bestehen allerdings – da eine solche Abrede in der Regel einen Eigentumsverzicht beinhalten wird – erhebliche Unsicherheiten im Hinblick auf die Gültigkeit einer solchen Abrede.

Diese Unsicherheiten lassen die Frage aufkommen, ob nicht eine gesetzliche Regelung geschaffen werden sollte, um den dargestellten Fällen besser gerecht zu werden. Naheliegender Ansatzpunkt für eine mögliche Regelung sind die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs. Dabei führt ein Selbsthilfeverkauf in den hier diskutierten Fällen rascher zum gewünschten Ergebnis als eine Hinterlegung. Wie dargelegt hat die nach geltendem Recht für den Selbsthilfeverkauf erforderliche gerichtliche Bewilligung zur Folge, dass Artikel 93 OR in der heutigen Praxis kaum angerufen wird, weil das Verfahren für den Schuldner zu schwerfällig und vor allem zu teuer ist.

Es bietet sich deshalb an, hier eine Vereinfachung einzuführen, mit welcher der Situation des aufbewahrungs- und herausgabeverpflichteten Schuldners besser Rechnung getragen werden kann. So könnte vom Erfordernis der gerichtlichen Zustimmung sowie vom vorgeschriebenen öffentlichen Verkauf abgesehen und der Schuldner lediglich dazu verpflichtet werden, den Selbsthilfeverkauf *in guten Treuen* vorzunehmen. Der Schuldner muss darlegen können, dass er die dem Wert der Sache angemessenen Anstrengungen unternommen hat, um einen möglichst guten Verkaufserlös zu erzielen. Aufgrund der bestehenden Obliegenheitsverletzung des Gläubigers erscheint es zudem sachgerecht, neben dem Übergang der Gefahr auf den Gläubiger (Art. 92 Abs. 1 OR) auch von besonderen Umständen auszugehen, unter denen eine Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt wird (Art. 99 Abs. 2 OR). Auf welche Weise der Verkauf stattfinden soll, hat der Schuldner zu entscheiden und hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, insbesondere der Art und dem Wert der Sache: Ein spezialisierter Fahrradhändler wird ein nicht abgeholtes Fahrrad beispielsweise in seinem Geschäft verkaufen können. In anderen Fällen könnte eine unabhängige Schätzung und ein Verkauf zum Schätzwert durchgeführt werden. Dem Schuldner sollte es zudem offen stehen, die Sache auf dem Weg einer (Online-)Versteigerung zu veräussern, um so einen möglichst guten Preis

zu erzielen. Der vorgeschlagene Gesetzeswortlaut macht hier lediglich die Vorgabe, dass der Verkauf «in guten Treuen» zu erfolgen habe.

Um dem Gläubiger die Möglichkeit zu geben, den Selbsthilfeverkauf zu verhindern, ist ihm dieser vorgängig anzuzeigen. Dem Gläubiger ist zudem eine angemessene Frist anzusetzen, innert welcher er tätig werden muss – entweder, indem er die ihm obliegende Tätigkeit (beispielsweise die Abholung der Sache) vornimmt, oder zumindest eine Sicherheit für die bereits entstandenen und voraussichtlich bis zur Beendigung des Gläubigerverzugs entstehenden Aufbewahrungs- und Erhaltungskosten stellt. Auch hinsichtlich der Frage, *wie lange* die Frist sein muss, damit sie als angemessen gilt, müssen die Umstände des Einzelfalls massgeblich sein, wobei eine Mindestfrist von 30 Tagen seit dem Zugang der Androhung des Selbsthilfeverkaufs in der Regel ausreichen dürfte. Bleibt der Gläubiger trotz der Androhung untätig, hat er sich konkludent mit dem Selbsthilfeverkauf einverstanden erklärt und muss auch die Folgen eines nicht optimalen Verkaufsergebnisses tragen.

Schwieriger ist die Situation dann, wenn der Schuldner den Gläubiger nicht erreichen kann, weil Letzterer unbekannt ist oder es aus anderen Gründen unmöglich ist, den Gläubiger zu erreichen. Auch hier muss für den Schuldner die Möglichkeit bestehen, sich durch einen Selbsthilfeverkauf von seiner Aufbewahrungspflicht zu befreien. Auf die Kontaktierung des Gläubigers muss in diesen Fällen deshalb verzichtet werden,<sup>53</sup> wobei der Ablauf einer gesetzlichen Frist sicherstellen soll, dass die Sache nicht voreilig und zum Schaden des Gläubigers verwertet wird.

#### **Vorschlag für eine Neufassung von Artikel 93 OR<sup>54</sup>**

##### *b Recht zum Verkauf*

<sup>1</sup> *Der Schuldner kann die Sache nach vorgängiger Androhung und Ansetzen einer angemessenen Frist in guten Treuen verkaufen. Der dadurch erzielte Erlös steht dem Gläubiger zu.*

<sup>2</sup> *Ist es aufgrund der Umstände für den Schuldner nicht möglich, dem Gläubiger den Verkauf vorgängig anzudrohen, darf der Verkauf erst nach Ablauf von zwölf Monaten seit dem Eintritt des Gläubigerverzugs stattfinden. Die Frist ist angemessen zu verkürzen, wenn die Sache einem raschen Wertverfall unterliegt.*

<sup>3</sup> *Die Sache darf nicht verkauft werden, wenn der Gläubiger innerhalb der Frist eine Sicherheit für die Aufbewahrungs- und Erhaltungskosten stellt.*

Denkbar wäre ausserdem auch, für die vorliegend diskutierten Fälle eine gesetzliche Regelung einzuführen, die derjenigen von Artikel 722 Absatz 1 ZGB entspricht. Danach würde der Schuldner, der den Gläubiger benachrichtigt hat bzw. mit zumutbarem Aufwand versucht hat, diesen zu benachrichtigen, nach Ablauf einer bestimmten Frist (bei Art. 722 Abs. 1 ZGB: fünf Jahre) das volle Verfügungsrecht über

<sup>53</sup> Dagegen schlägt Stauber (Fn. 28), Rz. 337 und 439, für diese Fälle eine Publikation im Amtsblatt vor. Eine solche wird aber in der Praxis nicht zur Kenntnis genommen und bildet somit eine reine Formalität; dies umso mehr, wenn die Identität des Gläubigers nicht bekannt ist und sich die Publikation an einen unbestimmten Empfänger richtet.

<sup>54</sup> Die vorgeschlagene Lösung entspricht im Wesentlichen der Regelung, wie sie *die Study Group on a European Civil Code* und die *Research Group on EC Private Law* (sog. *Acquis Group*) zuhanden der EU-Kommission im Jahr 2009 im Rahmen des «*Draft Common Frame of Reference (DCFR)*» veröffentlicht hat (vgl. III.-2:111 DCFR). Dabei handelt es sich um einen Entwurf einer Kodifikation des gesamten europäischen Vertragsrechts und angrenzender Rechtsgebiete.

die betroffene Sache erhalten, sodass er diese veräussern oder auch vernichten könnte, ohne gegenüber dem Gläubiger dafür einstehen zu müssen. Die vorgeschlagene Neufassung von Artikel 93 OR ist jedoch einer solchen Neuregelung vorzuziehen: Einerseits führt sie schneller zu klaren Verhältnissen. Andererseits ist der Eingriff in die Rechte des Gläubigers weitaus geringer, wenn der Schuldner die Sache zwar verwerten darf, der Erlös aber dem Gläubiger herauszugeben ist. Sie entspricht damit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit.

