

§ 2 Grundbegriffe des Obligationenrechts

I. OBLIGATION

Rechtsbeziehung zwischen zwei Personen oder Personengruppen. Eine Person (Gläubiger) hat eine Forderung gegenüber einer anderen Person (Schuldner).

II. FORDERUNG

Klagbares Recht auf eine Leistung. Der Gläubiger ist berechtigt, der Schuldner verpflichtet. Die Gegenseite der Forderung bildet die Schuld (bezeichnen den gleichen Sachverhalt, aber aus einer jeweils anderen Perspektive).

Eine Forderung hat 3 mögliche Entstehungsgründe:

- Vertrag (Art. 1 ff. OR)
- Unerlaubte Handlung (Art. 41 ff. OR)
- Ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. OR)

Die Leistung des Schuldners ist der Gegenstand der Forderung.

Eine Forderung hat einen mehrfachen Inhalt:

- Das private Recht des Gläubigers auf Leistung des Schuldners (Einziehungsbefugnis, Genussbefugnis)
- Das Klagerecht des Gläubigers (Klagerecht, das sich gegen den Staat als Träger der Gerichtsbarkeit richtet → öffentlich-rechtlich. Recht auf staatlichen Rechtsschutz. Recht auf ein Urteil, Recht auf Realvollstreckung)
- Das Zugriffsrecht des Gläubigers (Recht des Gläubigers, im Fall der Nichtleistung auf das Vermögen des Schuldners zu greifen. Kein Recht auf privaten Zugriff → SchKG)

Die Forderung ist ein subjektives Recht und somit eine Berechtigung. Gegenüber einem absoluten Recht ist die Forderung ein relatives „persönliches“ Recht, das sich nur gegen den Schuldner richtet.

III. SCHULD, HAFTUNG UND SCHULDVERHÄLTNIS

Schuld:

Einklagbare Pflicht zur Leistung (muss nur im Ausnahmefall eine persönliche Leistung sein). Schuld kann auf mehrere Leistungen gerichtet sein, so dass wahlweise nur die eine oder andere erbracht werden muss (→ Wahlobligation). Es kann sich um eine einfache Schuld (hat eine gezielte Leistung zum Gegenstand und erlischt mit ihrer Erfüllung) oder um eine Dauerschuld (muss vom Schuldner so lange erfüllt werden, bis die Schuld aus irgendeinem Grund, z.B. Zeitablauf, erlischt) handeln.

Bei der Sachleistung wird unterschieden zwischen einer Stückschuld (ein genau bestimmte Sache ist geschuldet) und zwischen einer Gattungsschuld (die geschuldete Sache ist nur der Gattung nach bestimmt). Eine Sonderform der Gattungsschuld ist die beschränkte Gattungsschuld (geschuldet ist z.B. ein spezieller Porsche, dessen Stückzahl auf 200 limitiert wurde).

Eine Obliegenheit ist eine „Pflicht minderen Grades“. Das Verhalten, das jemandem obliegt, ist nicht einklagbar, kann aber dennoch gewisse Rechtsnachteile mit sich bringen, wenn es nicht erfüllt wird (z.B. Minderung der eigenen Rechte).

Haftung:

Schuldhaftung: Einstehenmüssen des Schuldners für die Erfüllung seiner Schuld und zwar mit seinem Vermögen. Der Gläubiger lässt die Aktiven des Schuldners im Betreibungsverfahren verwerten.

Schuldverhältnis:

Bezeichnet das Rechtsverhältnis in seiner Gesamtheit, umfasst also z.T. noch andere Elemente als nur eine Obligation.

IV. RECHTSGESCHÄFT

Private Willenserklärung, die darauf gerichtet ist, eine dem erklärten Willen entsprechende Rechtsfolge eintreten zu lassen.

→ Willenserklärung als Grundtatbestand jedes Rechtsgeschäfts

→ Begründung, Änderung oder Beendigung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses als Rechtsfolge

Arten von Rechtsgeschäften:

Nach dem Tatbestand

- Einseitiges Rechtsgeschäft (aus einer einzigen Willenserklärung)
- Vertrag
- Beschluss

Nach der Rechtsfolge

- Rechtsgeschäft unter Lebenden (entfalten während der Lebenszeit der Beteiligten Wirksamkeit):
 - Verpflichtungsgeschäft (begründet eine oder mehrere Obligationen → Schuldverhältnis)
 - Verfügungsgeschäft (ändert unmittelbar, endgültig und zu Gunsten eines anderen den Bestand oder Inhalt eines Rechts, das einem Erklärenden zusteht)
- Statusgeschäft
- Statusgeschäft (begründet, ändert oder beendet ein dauerhaften Gemeinschaftsverhältnis)
- Ermächtigung
- Rechtsgeschäfte von Todes wegen
- Rechtsgeschäfte für sich selbst oder für einen anderen

Das Gestaltungsgeschäft:

Einseitiges Rechtsgeschäft, mit dem der Erklärende ein Gestaltungsrecht ausübt. Es ist beschränkt wirksam (z.B. Treu und Glauben, Sittenwidrigkeit...) und bedingungsfeindlich (wird die Rechtswirkung vom Eintritt einer ungewissen künftigen Tatsache abhängig gemacht, ist die Ausübung eines Gestaltungsrechts unwirksam). Zudem ist es unwiderruflich und unverjährbar.

V. WILLENSERKLÄRUNG

Mitteilung des Willens zur Begründung, Änderung oder Beendigung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses. Beteiligt sind mindestens ein Erklärender und ein Erklärungsempfänger.

Sie umfasst 2 Elemente:

- Den Willen der Erklärenden (→ Geschäfts- und Erklärungswillen)
- Den Erklärungsvorgang (Abgabe des Willens durch den Erklärenden und Kenntnisnahme durch den Empfänger)

Form:

- Reine Erklärung: Die zur Mitteilung erfolgte Handlung bezweckt nur und gerade, den Geschäftswillen kundzutun (→ Sprache, andere Ausdrucksmittel)
- Konkludentes (schlüssiges) Verhalten: Kundgabe des Geschäftswillens durch die Betätigung dessen dem Empfänger gegenüber.
- Mündliche und schriftliche Erklärung
- Unmittelbare und mittelbare Erklärung: Bei der unmittelbaren fallen die Abgabe und die Kenntnisnahme der Erklärung zeitlich zusammen (v.a. bei mündlichen Erklärungen). Bei der mittelbaren herrscht dazwischen ein zeitlicher Abstand (oft bei schriftlichen Erklärungen).
- Ausdrückliche und stillschweigende Erklärung

Empfangsbedürftigkeit:

- Empfangsbedürftige Erklärungen: Normalfall, Erklärungen sind nur wirksam, wenn sie einem Empfänger gegenüber abgegeben und von diesem auch aufgenommen wird (Vorsicht hier bei den mittelbaren Erklärungen: erst gültig, wenn eingetroffen!)
- Nicht empfangsbedürftige Erklärungen: Ausnahmefall, sind auch an jemanden gerichtet, müssen jedoch, um wirksam zu sein, nicht gegenüber einer bestimmten Person angegeben werden (z.B. letztwillige Verfügung)

VI. VERTRAUENSPRINZIP

Nach dem Vertrauensprinzip sind Willenserklärungen so auszulegen, wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durften und mussten. Es kommt nicht auf den subjektiven, wirklichen Willen des Erklärenden an, sondern auf den objektiven Sinn seines (wirklichen oder vermeintlichen) Erklärungsverhaltens. Der Auslegende hat sich in die Lage des Empfängers zu versetzen – wie durfte und musste dieser die Willenserklärung verstehen?

Das Vertrauensprinzip dient dem Schutz der Verkehrssicherheit und wird abgeleitet aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB). Hat der Empfänger die Mitteilung so verstanden, wie sie vom Erklärenden gemeint war, so gilt in einem Prozess auf jeden Fall dieser Sinn; das Vertrauensprinzip findet dann keine Anwendung.

Bsp: A und B machen einen Kaufvertrag. A schreibt irrtümlicherweise Euro statt Franken. B weiss, dass eigentlich Franken gemeint gewesen wären und nimmt die Mitteilung so auf. Auch wenn der Empfänger normalerweise Euro verstehen würde (und dürfte), wenn Euro steht, kann das Vertrauensprinzip hier nicht greifen, weil B den wirklichen Willen des A (Franken) verstanden hat.

VII. VERTRAG

→ Austausch übereinstimmender Willenserklärungen, darauf gerichtet, eine den übereinstimmend erklärten Willen entsprechende Rechtsfolge zu bewirken.

Der Austausch der übereinstimmenden Willen ist der Vertragsabschluss → Art. 1 Abs. 1 OR

Die Rechtsfolge (Vertragswirkung) tritt nur ein, wenn noch weitere Voraussetzungen erfüllt sind (es darf z.B. kein Mangel vorliegen...)

- Gestaltungswirkung des Vertrags: Die Rechtslage wird nach dem im Vertrag vereinbarten Willen gestaltet
- Bindungswirkung des Vertrags: Beide Parteien sind an das Erklärte gebunden.

Arten des Vertrags:

- Schuldvertrag (Verpflichtungsgeschäft → mind. eine Obligation entsteht)
- Verfügungsvertrag (Verfügungsgeschäft, ändert Recht, welches dem Verfügenden zusteht zugunsten einer anderen Person)
- Statusvertrag (ändert ein dauerhaftes Gemeinschaftsverhältnis, z.B. Eheschliessung)

Schuldvertrag: Vertrag, durch dessen Abschluss mind. eine Obligation entsteht. Es wird also mindestens eine Person zu einer Leistung verpflichtet.

Diese lassen sich unterteilen in Nominatverträge, Innominatverträge und zusammengesetzte Verträge, in einseitige (2 Parteien, nur eine davon muss eine Leistung erbringen), zweiseitige (2 Parteien, beide schulden einander eine Leistung) und Gesellschaftsverträge (Interessengemeinschaft, die Leistungen werden nicht ausgetauscht, sondern zur Verwirklichung eines gemeinsamen Zwecks eingesetzt), in Lang- und kurzfristige Verträge, Dauerverträge und einfache Schuldverträge.

Handgeschäft: „Schuldverträge“ über gegenwärtige Leistungen. Vertragsleitung und Vertragsabschluss fallen zusammen.

Faktisches Vertragsverhältnis: Rechtsverhältnis beruht nicht auf einem gültig zustande gekommenen Vertrag, ist aber dem Wesen nach so gestaltet → wie Vertragsverhältnisse behandelt.

§ 3 Entstehung der Obligation (Überblick)

Das OR zählt 3 Entstehungsgründe auf: Vertrag, unerlaubte Handlung, ungerechtfertigte Bereicherung → unvollständig!

Obligationen können entstehen:

- aus Rechtsgeschäften (Vertrag oder ausnahmsweise einseitiges Rechtsgeschäft)
- aus rechtsgeschäftsähnlichen Tatbeständen
- aus Zugehörigkeit zu einem Verband und verbandsinternen Grund
- aus Fehlkontakten (ungerechtfertigter Bereicherung, ungerechtfertigter Schädigung)
- aus weiteren Gründen

§ 4 Vertragsabschluss im Allgemeinen

II. DIE AM VERTRAGSABSCHLUSS BETEILIGTEN

Am Vertragsabschluss beteiligt sind (notwendigerweise) die Vertragsparteien. Die von der Rechtswirkung des Vertrags Betroffenen geben die Willenserklärung entweder persönlich ab oder durch Vertreter, deren Erklärungen ihnen zugerechnet werden.

Niemand kann mit sich selber einen Vertrag abschliessen – es braucht also verschiedene Vertragsparteien. Vertragspartei kann zudem nur sein, wer rechtsfähig ist.

Damit der Vertrag gültig zustande kommt, muss jede Partei bei Vertragsabschluss das erforderliche Mass an Handlungsfähigkeit (d.h. hier Geschäftsfähigkeit) besitzen, es sei denn, ein ermächtigter Vertreter handle für sie. Der gute Glaube an die Handlungsfähigkeit der anderen Person wird nicht geschützt.

Es können auch weitere Personen am Vertragsabschluss beteiligt sein:

- Vertreter, die Willenserklärungen für eine Vertragspartei abgeben
- Erklärungsgehilfen wie Notare, Dolmetscher...
- Personen, deren Zustimmung zum Vertragsabschluss erforderlich ist, damit der Vertrag wirksam wird.

III. ÜBEREINSTIMMENDE WILLENSERKLÄRUNGEN

1. Das Vorliegen übereinstimmender Willenserklärungen; tatsächlicher und rechtlicher Konsens

Konsens: Zustand, der vorliegt, wenn die Parteien übereinstimmende Willenserklärungen zum Abschluss eines bestimmten Vertrags ausgetauscht haben.

Auszugehen ist vom Normalfall, in dem jede Partei die andere tatsächlich richtig verstanden (deren wirklichen Willen also erkannt) hat.

→ in diesem Fall bleibt das Vertrauensprinzip aus dem Spiel, es gilt jede Erklärung so, wie sie von den Parteien übereinstimmend verstanden wurde.

Der tatsächliche Konsens beruht auf einer tatsächlichen Willenseinigung.

Vom Normalfall zu unterscheiden ist der Fall, in dem mindestens eine der Parteien die andere nicht tatsächlich richtig verstanden (deren wirklichen Willen also nicht erkannt) hat.

→ soweit eine Partei den wirklichen Willen der anderen nicht erkannt hat, kommt das Vertrauensprinzip zum Zug, wonach eine Erklärung der anderen Partei so auszulegen ist, wie der Empfänger sie nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste. So wird der objektive Sinn des Erklärungsverhaltens ermittelt. Führt die Auslegung zur Annahme einer Willenserklärung, ist der Konsens im Umfang der Übereinstimmung erstellt → rechtlicher Konsens, obwohl die wirklichen Willen der Parteien nicht übereinstimmen, haben die Parteien sich im Rechtssinn „geeignet“.

2. Der Konsens und der Dissens

Dissens: Sachverhalt, wenn übereinstimmende Willenserklärungen fehlen, wenn also weder ein tatsächlicher noch ein rechtlicher Konsens besteht.

Fehlt es an übereinstimmenden Willenserklärungen in einem wesentlichen Vertragspunkt, so ist der Vertrag nicht zustande gekommen → eigentlicher Dissens

Uneigentlicher Dissens: beschlägt keinen wesentlichen Vertragspunkt, verhindert Zustandekommen des Vertrags nicht.

Willensdissens: die erklärten wirklichen Willen der Parteien stimmen nicht überein

3. Die Einigung über den wesentlichen Vertragsinhalt

Die wesentlichen Vertragspunkte:

Der (natürliche oder rechtliche) Konsens muss sich mindestens auf die wesentlichen Vertragspunkte beziehen. Diese bilden den für das Zustandekommen des Vertrags geforderten, aber auch genügenden Inhalt der Übereinstimmung.

- die objektiv wesentlichen Vertragspunkte:
umfassen den unentbehrlichen Geschäftskern. Teile des Vertragsinhalt, welche einer Regelung durch die Parteien selbst bedürfen, weil sie gesetzlich nicht geregelt sind und sonst eine Lücke offenbliebe, die weder durch Gesetz, noch durch Richter- oder Gewohnheitsrecht geschlossen werden könnte.
- die subjektiv wesentlichen Vertragspunkte:
ihre einvernehmliche Regelung ist eine „conditio sine qua non“ für den Abschlusswillen beider Parteien oder – für die Gegenpartei erkennbar – mindestens einer Partei. Solange über solche subjektiv wesentlichen Punkte kein Konsens erreicht wird, fehlt es für den Abschluss des Vertrages schon am übereinstimmend erklärten Abschlusswillen → kein Vertrag kommt zustande.

Die Frage der genügenden Bestimmtheit:

Im Normalfall wird der wesentliche Vertragsinhalt durch die übereinstimmenden Willenserklärungen direkt umschrieben und ist in diesem Sinn unmittelbar bestimmt. Möglich ist aber auch, dass einzelne Vertragspunkte von den Parteien nur mittelbar geregelt werden, indem die Vertragsparteien sich darauf einigen, wie der betreffende Vertragsinhalt bestimmt werden soll. Wenn die Parteien aber entscheiden, sich erst später über einen wesentlichen Vertragsinhalt zu einigen, ist noch kein Vertrag zustande gekommen.

IV. AUSTAUSCH DER WILLENSERKLÄRUNGEN

Gegenseitigkeit der Willenserklärungen:

- Jeder Erklärende ist zugleich Empfänger (Adressat) der anderen Erklärung
- Die Erklärungen sind aufeinander bezogen. Die zeitlich erste Erklärung heisst Antrag, die zweite Annahme.

Der Antrag:

= Offerte, Angebot

Zeitlich erste Willenserklärung eines Vertrages. Endgültig, verbindlich. Es braucht für das Zustandekommen eines Vertrags nur noch die Annahme durch den Antragsempfänger.

Kein Antrag ist die Erklärung der bloss grundsätzlichen Bereitschaft, einen Vertrag abzuschliessen, ohne dass der Erklärende bereits einen (endgültigen) Willen zum Vertragsabschluss kundgibt, namentlich: Einladung zur Offertsellung.

Art. 7 Abs. 2 und 3 OR:

- Auskündigung:
öffentliche Bekanntgabe von Abschlussbedingungen; an sich noch kein Vertrag;
grundsätzlich nur Aufforderung zur Antragsstellung
→ Zeitungsinsertate, Verschicken von Katalogen, Werbespots...
- Auslage von Waren mit Angabe des Preises:
Sonderfall der Auskündigung; gilt in der Regel als Antrag; Einschränkung: „first come, first save“, damit Leistungskapazität des Anbieters bei grosser Nachfrage nicht überschritten wird.

Inhalt des Antrags:

Abschlusswillen des Antragstellers; zu vereinbarenden Inhalt des gewollten Vertrags.

Umschreibung der objektiv wesentlichen Punkte genügt (+ evtl. subj. wesentliche Punkte)

→ Zum Antrag gehört also alles, was Gegenstand der übereinstimmenden Willenserklärungen werden soll.

Der Antrag kann dem Empfänger auch die Wahl zwischen bestimmten Möglichkeiten lassen.

Form:

Grundsatz: Antrag ist an keine bestimmte Form gebunden. Ausdrücklich oder stillschweigend. Ausnahmen von der Formfreiheit bestehen, wenn Art. 11 oder Art. 16 Or durchgreifen!

Empfänger (Adressat):

Normalfall: Antrag richtet sich an einen einzelnen Empfänger. Er kann sich aber auch an eine bestimmte Personengruppe oder an die Allgemeinheit richten.

Rechtswirkung:

Der Antrag bindet den Antragsteller, sofern er gültig ist.

→ Antrag ist grundsätzlich unwiderrufbar und einseitig unveränderlich

→ Der Empfänger ist berechtigt, den Vertrag durch einseitige Annahmeerklärung ohne weiteres Zutun des Antragstellers zum Abschluss zu bringen.

Dauer der Bindung (Annahmefrist):

Die Bindung des Antragstellers ist zeitlich begrenzt → Annahmefrist, mit deren Ablauf die Bindung erlischt.

Dauer der Frist: Umstände des Einzelfalls beachten!

Art. 3 – 5 OR

- Antrag mit Annahmefrist: Eine Frist wird im Antrag vom Antragsteller selber angesetzt, diese gilt (Art. 3 OR)
- Antrag ohne Annahmefrist: Der Antragsteller setzt keine Frist; es gilt die gesetzliche Frist (vgl. Art. 4 und 5 OR) → Unterscheidung zw. Antrag unter Anwesenden und Antrag unter Abwesenden

Ist die Annahmefrist abgelaufen, wird der Antragsteller wieder frei. Möglicherweise entfällt die Bindung aber auch schon früher:

- Der Antragsteller widerruft den Antrag; nur in Ausnahmefällen unter bestimmten Voraussetzungen möglich

- Der Antrag wird vom Antragsempfänger abgelehnt → endgültige Weigerung, den angebotenen Vertrag abzuschliessen. Antragsteller ist wieder frei.
- Bei einer Versteigerung wird das Angebot des Bietenden durch ein höheres Angebot übertroffen; das höhere Angebot bewirkt, dass der Überbotene von seinem Angebot befreit ist.

Die Annahmefrist ist eingehalten, wenn die Annahmeerklärung vor Ablauf der Frist beim Antragsteller eintrifft. Eine verspätete Annahme wirkt nicht mehr wie eine Annahme, sondern wie ein neuer Antrag.

Antrag ohne Verbindlichkeit (Art. 7 Abs. 1 OR):

Der Antragsteller fügt dem Antrag eine die Behaftung ablehnende Erklärung bei. Er bringt damit zum Ausdruck, dass er noch keinen endgültigen Abschlusswillen hat und sich den Entscheid über den Vertragsabschluss weiterhin vorbehält → kein Antrag im Rechtssinn. Antragsteller wird nicht gebunden. Nimmt der Empfänger den „Antrag“ aber innert der geltenden Frist an, muss der Antragsteller die Annahme ablehnen, falls er den Vertrag nicht eingehen will. Widerspricht er nicht unverzüglich, gilt der Vertrag nämlich als abgeschlossen.

Antrag mit Vorbehalt des Widerrufs:

Antragsteller bringt den Vorbehalt an, dass er den Antrag widerrufen kann. Solange er den Antrag jedoch nicht widerruft, bleibt er gebunden. Der Empfänger kann den Antrag also annehmen, solange dieser nicht widerrufen worden ist. Der Antrag kann vom Antragsteller nur widerrufen und geändert werden, solange der Antrag noch nicht angenommen wurde → besondere Form der Fristansetzung: Annahmefrist dauert längstens, bis ein Widerruf beim Empfänger eingetroffen ist.

Die Zusendung einer unbestellten Sache (Art. 6a OR):

Durch die Zusendung einer unbestellten Sache kann kein rechtswirksamer Antrag gestellt werden, mit dessen Annahme ein Vertrag zustande kommt. Der Empfänger ist weder zur Rücksendung noch zur Aufbewahrung der Sache verpflichtet. Er kann sie also vernichten, ohne Schadenersatz oder Vergütung zahlen zu müssen. Der Empfänger ist jedoch verpflichtet, den Absender zu benachrichtigen, wenn die unbestellte Sache offensichtlich irrtümlich zugesandt wurde. Daraus ergibt sich die Möglichkeit für den Sender, die Sache abzuholen und die Pflicht des Empfängers, die Sache vorläufig aufzubewahren.

Die Annahme:

= Akzept, Akzeptation

Zeitlich zweite Vertragserklärung; der Antragsempfänger erklärt dem Antragsteller, den Antrag annehmen zu wollen. Er erklärt seinen endgültigen Abschlusswillen, indem er dem Abschluss des Vertrages gemäss dem Angebot zustimmt.

Anforderungen:

- Die Annahmeerklärung muss vom Antragsempfänger ausgehen und sich an den Antragsteller richten
- Die Annahme muss innerhalb der Annahmefrist ergehen
- Sie muss zudem sämtliche Erfordernisse erfüllen, die sich aus dem Antrag ergeben
- Sie muss mit dem Antrag übereinstimmen; uneingeschränkte Zustimmung des Annehmenden zum Angebot des Antragstellers. Weicht die Annahme inhaltlich vom Angebot ab, gilt sie nicht als Annahme im Rechtssinn, sondern als Gegenangebot (Ausnahmen: Abweichung in unwesentlichem Punkt, Annehmender macht von Wahl-

oder Ergänzungsbefugnis gebrauch, die ihm der Antragsteller eingeräumt hat im Antrag, der Annehmende verweist auf vom Antrag abweichende AGB...)

Form:

Grundsätzlich keine Formvorschriften. Ausnahmen ergeben sich, wenn Art. 11 oder 16 OR durchgreifen.

Das Schweigen auf einen Antrag:

Grundsätzlich keine Annahme. Den Antragsempfänger trifft keine Antwortpflicht und damit keine Pflicht zur Ablehnung eines Vertrags, den er nicht annehmen will. Dies gilt auch, wenn der Antragsteller deutlich macht, der Vertrag gelte als abgeschlossen, wenn die Ablehnung nicht innert bestimmter Frist eintreffe. Eine solche Erklärung ist nur zulasten des Antragstellers wirksam; der Empfänger kann sich also später auf einen stillschweigend angenommenen Antrag berufen.

→ Ausnahme: Art. 6 OR „stillschweigende Annahme“;

Rechtswirkung der Annahme:

Wird die Annahme rechtzeitig erklärt, gilt der Vertrag als zustande gekommen und tritt auch in Kraft, sofern die übrigen Voraussetzungen der Vertragswirkung vorliegen.

Keine Annahmewirkung entfaltet die verspätete „Annahme“. Sie gilt aber als Antrag, der vom ursprünglichen Antragsteller angenommen werden kann.

Gleich verhält es sich

- für die „Annahme“ eines „Antrags ohne Verbindlichkeit“ und überhaupt für die „Annahme“ eines „Antrags“, der in Wirklichkeit keiner war
- für die „Annahme“, die in wesentlichen Punkten vom Angebot abweicht
- für die „Annahme“, die von einem Form- oder einem anderen Erfordernis abweicht, das sich aus dem Antrag ergibt

Der Widerruf von Antrag oder Annahme:

= Erklärung des Willens, dass der vom Erklärenden gestellte Antrag oder die von ihm erklärte Annahme nicht gelten soll.

Grundsätzlich bleibt der Widerruf des Antrags oder der Annahme wirkungslos. Antrag und Annahme sind also unwiderruflich.

Ausnahmen:

- Art. 9 OR: Der Widerruf der Antrags- oder Annahmeerklärung trifft beim Empfänger vor oder mit dieser Erklärung ein oder der Widerruf trifft zwar später ein, wird aber dem Empfänger vor der (widerrufenen) Erklärung zur Kenntnis gebracht
- Weitere Ausnahmefälle...

Das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften insbesondere:

Art. 40 a – f OR: Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften und ähnlichen Verträgen

→ nicht nur an der Haustüre, sondern auch am Arbeitsplatz, im öffentlichen Verkehr, auf öffentliche Plätzen, Verkauf am Telefon...

In solchen Fällen kann der Kunde bei gegebenen Voraussetzungen (Art. 40a OR) „seinen Antrag zum Vertragsabschluss oder seine Annahmeerklärung“ (Art. 40b) innerhalb einer Frist von 7 Tagen durch schriftliche Erklärung widerrufen (40e), was die eingetretene Wirksamkeit der Erklärung beseitigt und einen schon abgeschlossenen Vertrag ex tunc dahinfallen lässt.

- Den Anbieter treffen Orientierungspflichten: er muss den Kunden schriftlich über das Widerrufsrecht und über Form und Frist des Widerrufs aufklären und ihm seine Adresse bekannt geben.

- Die Widerrufsfrist beginnt, sobald der Kunde den Antrag angenommen oder den Vertrag beantragt und ausserdem Kenntnis von den Angaben nach Art. 40d OR erhalten hat.
- Die Widerrufsfrist ist eingehalten, wenn die Widerrufserklärung am 7. Tag der Post übergeben wird.
- Die Widerrufserklärung muss schriftlich erfolgen.

Folgen des Widerrufs:

Bereits empfangene Leistungen müssen zurückerstattet werden. Hat ein Kunde die Sache bereits gebraucht, schuldet er dem Anbieter „einen angemessenen Mietzins“ (ausserhalb des Mietwesens Nutzungsabgeltung). Für erbrachte Dienstleistungen muss der Kunde Auslagen und Verwendungen nach Auftragsrecht (Art. 402 OR) ersetzen. Eine weitere Entschädigung an den Anbieter wird durch Art. 40f Abs. 4 OR ausdrücklich und zwingend ausgeschlossen. Nicht ausgeschlossen ist jedoch, dass der Kunde gegenüber dem Anbieter Ansprüche aus „culpa in contrahendo“ wegen ungenügender Aufklärung zustehen.

Vertragsabschluss ohne „Antrag“ und „Annahme“:

Es gibt atypische Fälle, in denen die übereinstimmenden WE, die den Vertragsabschluss ausmachen, kaum oder überhaupt nicht in das Schema von „Antrag und Annahme“ passen.

§ 5 Form der Verträge

I. GESETZLICH VORGESCHRIEBENE FORM

1. Der Grundsatz der Formfreiheit (Art. 11 Abs. 1 OR)

Verträge sind ohne Rücksicht auf ihre Form gültig → Austausch übereinstimmender

Willenserklärungen genügt → Konsensprinzip

Vorbehalten sind Fälle, in denen das Gesetz eine besondere Gültigkeitsform vorschreibt.

Ein Formzwang kann nur durch formelles Gesetz (vom Bundesgesetzgeber schriftlich erlassen) begründet werden. Für Rechtsgeschäfte von Todes wegen gelten immer besondere Formvorschriften, deshalb gilt der Grundsatz der Formfreiheit von vornherein nur für Rechtsgeschäfte unter Lebenden.

2. Gesetzliche Formvorschriften

Zwecke:

- Schutz der Vertragschliessenden
- Rechtssicherheit
- Schaffung einer sicheren Grundlage für die Führung öffentlicher Register
- Information (einer als schutzbedürftig angesehenen Partei sollen bestimmte Hinweise in schriftlicher Form mitgeteilt werden)

Die vorgeschriebenen Formen:

- Einfache Schriftlichkeit (Art. 13 – 15 OR):
Erklärung in Schriftform und Unterzeichnung des Schriftstücks durch den Erklärenden (d.h. jeder, der sich zu etwas verpflichtet, muss unterschreiben); Für einen Vertrag können mehrere Urkunden verwendet werden, die Urkundeneinheit ist nicht

vorgeschrieben (es genügt bei Vertragsdoppel beispielsweise, wenn jede Partei nur ihr eigenes Exemplar unterzeichnet); Anstelle der sich verpflichtenden Person kann deren Vertreter unterschreiben; die Schrifttechnik ist egal; es braucht auch keine Datierung oder die genauen Personalien der Unterzeichnenden; es braucht üblicherweise mindestens den Nachnamen, oder soweit gebräuchlich Pseudonyme („dein Vater“), die Unterschrift muss aber einigermaßen leserlich sein (mind. Einzelne Buchstaben); zudem muss die Unterschrift eigenhändig sein und sich nach dem Textteil befinden.

- Qualifizierte Schriftlichkeit:

Es braucht zu den Elementen der einfachen Schriftlichkeit noch zusätzliche Elemente (z.B. in ZGB 505 muss die Erklärung z.T. eigenhändig geschrieben sein...)

- Öffentliche Beurkundung:

Das formbedürftige Rechtsgeschäft wird in einem Schriftstück festgehalten, und zwar durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betraute Person (=Urkundsperson, Notar), in der vom Staat geforderten Form und in dem dafür vorgesehenen Verfahren. Jeder Kanton bestimmt für sein Gebiet, in welcher Weise die öffentliche Beurkundung hergestellt wird. Es sind jedoch Minimalvorschriften des Bundes einzuhalten. Die an einem Ort nach dortigem Recht hergestellte Urkunde muss grundsätzlich in der ganzen CH anerkannt werden → Grundsatz der Freizügigkeit. Für die einzelnen Verträge enthält das Bundesrecht Bestimmungen über die Form oder/und den Inhalt der öffentlichen Urkunde. Für den Grundstückkauf ist z.B. eine öffentliche Beurkundung vorgeschrieben.

Nach ZGB 9 erbringen öff. Urkunden „für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhaltes nachgewiesen ist“ → verstärkte Beweiskraft.

Die sind die Hauptformen. Das OR schreibt in einzelnen Bestimmungen andere Formen (Nebenformen) vor.

3. Umfang des Formzwangs

Sofern sich aus der Einzelschrift nichts anderes ergibt, gilt folgender Grundsatz: Formbedürftig ist der ganze Einzelvertrag, und zwar mit sämtlichen subjektiv und objektiv wesentlichen Vertragspunkten.

Dies ist jedoch umstritten, vor allem was die subjektiv wesentlichen Punkte angeht.

4. Formungültigkeit

Im Normalfall ist die Normvorschrift eine Gültigkeitsvorschrift. Wird eine Gültigkeitsvorschrift nicht oder nicht richtig erfüllt, leidet der formbedürftige Vertrag an einem Formmangel, der ihn ungültig macht (und zwar ist der gesamte Vertrag ungültig, auch wenn nur ein Teil formungültig ist).

- Nichtigkeit des formungültigen Vertrags (bisherige Rechtsprechung des BGer): Keine der Parteien kann auf Vollziehung der gesetzlichen Form klagen, denn der Vertrag ist unheilbar unwirksam.
- Abschwächung durch das Rechtsmissbrauchsverbot: Vorbehalten bleibt stets der Fall, in dem die Berücksichtigung der Formnichtigkeit gegen Treu und Glauben verstösst und die Berufung darauf rechtsmissbräuchlich ist. In diesem Fall ist die Formnichtigkeit unter den Parteien unbeachtlich und der Vertrag so zu behandeln, wie wenn er gültig wäre.
- Ablehnung der Formnichtigkeit (herrschende Lehre): Zwar erkennt auch die Lehre, dass der formungültige Vertrag keine Rechtswirkung

entfaltet, doch soll die Formungültigkeit grundsätzlich nicht von Amtes wegen zu beachten und eine Heilung des Formmangels durch Vertragserfüllung möglich sein.

II. VERTRAGLICH VORBEHALTENE FORM (Art. 16 OR)

1. Der Tatbestand

Die Parteien haben „für einen Vertrag, der von Gesetzes wegen an keine Form gebunden ist, die Anwendung einer solchen vorbehalten“. Die Parteien haben sich also auf eine bestimmte (besondere) Vertragsform geeinigt.

- Gültigkeitsform (Abschlussform): Die Parteien wollen, dass der Vertrag nur in dieser Form gültig ist
- Beweisform: die vereinbarte Form hat nur deklaratorischen Charakter, es geht nur darum, den Inhalt des Vertrages festzuhalten, ohne dass die Parteien das Zustandekommen des Vertrages von der Erfüllung der Form abhängig machen.

2. Die 2 Vermutungen des Art. 16 OR

Für den Fall, dass die Parteien eine Form vorbehalten haben, enthält Art. 16 OR zwei Vermutungen:

- Es wird vermutet, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen. Diese gesetzliche Vermutung gilt nur solange, als die betroffene Formabrede nicht durch eine spätere Gegenabrede wieder aufgehoben wurde. Im Streitfall richtet sie sich gegen denjenigen, der das Zustandekommen des Vertrags behauptet, obwohl die vorbehaltene Form (noch) nicht eingehalten ist. Es wird dann also vermutet, dass der behauptete Vertrag mangels übereinstimmender Erklärung des Abschlusswillens nicht zustande gekommen ist. Diese Vermutung lässt sich auf 2 Arten umstossen:
 - Nachweis, dass die Parteien eine blosse Beweisform (keine Abschlussform) vereinbart haben.
 - Nachweis, dass der Vertrag zustande gekommen ist, weil die Parteien sich den übereinstimmenden Abschlusswillen erklärt haben, wenn auch nicht in der vereinbarten Form. Ein starkes Indiz sind vorgenommene Erfüllungshandlungen.
- Zweitens wird vermutet, dass die vereinbarte Schriftform als „einfache Schriftlichkeit“ im Sinn der Art. 13 – 15 OR verstanden wurde, weshalb für deren Erfüllung die Erfordernisse der gesetzlich vorgeschriebenen Schriftform gelten.

3. Einzelfragen

Der vertragliche Formvorbehalt kann in beliebiger Form, also auch stillschweigend, vereinbart werden. Die Vermutung aus Art. 16 Abs. 1 OR rechtfertigt sich aber nur dann, wenn sich die Parteien des vereinbarten Vorbehalts überhaupt bewusst sind
→ global übernommene vorformulierte Vorbehalte in den AGB vermögen die Vermutung nicht auszulösen.

Wie die vorbehaltene Form beschaffen sein soll, können die Parteien nach eigenem Ermessen bestimmen. Art. 16 Abs. 1 OR kommt entgegen dem Wortlaut auch zur Anwendung, wenn die Parteien für einen Vertrag, der von Gesetzes wegen an eine bestimmte Form gebunden ist, eine strengere Form vereinbart haben. Eine solche Vereinbarung ist durchaus zulässig; unwirksam wäre hingegen die Wegbedingung eines gesetzlich geforderten Formelements.

§ 6 Vertragsfreiheit

I. DIE BEDEUTUNG DER VERTRAGSFREIHEIT

Die Vertragsfreiheit wird aus der Privatautonomie begründet. Sie äussert sich in verschiedenen Erscheinungsformen und umfasst:

- Die Abschlussfreiheit (F., einen bestimmten Vertrag nach Belieben abzuschliessen (positive AF) oder eben nicht abzuschliessen (negative AF).
- Partnerwahlfreiheit
- Aufhebungsfreiheit (F., einen abgeschlossenen Vertrag durch Vereinbarung wieder aufzuheben oder inhaltlich zu ändern)
- Formfreiheit
- Inhaltsfreiheit

II. DIE INHALTSFREIHEIT

Sie bezieht sich nur auf den Schuldvertrag. Der Inhalt des Vertrags kann nach Art. 19 Abs. 1 OR beliebig festgestellt werden. Die Vertragsparteien sind demnach frei in der rechtsgeschäftlichen Gestaltung des Vertragsinhalts – der Vertrag ist also ohne Rücksicht auf den vereinbarten Inhalt verbindlich.

→ Typenfreiheit: Die Parteien sind frei, auch gesetzlich nicht geregelte Vertragsverhältnisse (sog. Innominatkontrakte) abzuschliessen.

Die Inhaltsfreiheit gilt jedoch nur „innerhalb der Schranken des Gesetzes“!

III. DIE RECHTLICHEN SCHRANKEN DER INHALTSFREIHEIT

Einen Inhaltsmangel weist ein Vertrag nach Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 dann auf, wenn er eine der folgenden Eigenschaften aufweist:

- Vertrag mit unmöglichem Inhalt: eine der versprochenen Leistungen ist objektiv (von einem beliebigen Schuldner) gar nicht erbringbar. Die Unmöglichkeit muss aber ursprünglich, also von Anfang an vorhanden sein.
- Vertrag mit widerrechtlichem Inhalt: verstösst gegen eine objektive Norm des Schweizerischen Rechts. Widerrechtlich kann das Vereinbarte sein (also der Gegenstand des Vertrags, z.B. das Vereinbaren eines Erfolgshonorars für einen Anwalt) oder der Vertragsabschluss mit dem entsprechenden Inhalt an sich (z.B. Verkauf von Betäubungsmitteln) oder ein mittelbarer Vertragszweck sein. Eine Widerrechtlichkeit kann sich ergeben aus einer unabänderlichen Vorschrift des Privatrechts (zwingende Bestimmungen → Einschränkung der Inhaltsfreiheit) oder aus einer Vorschrift des öffentlichen Rechts ergeben. Nicht widerrechtlich ist der Vertrag, wenn sich die verletzte Norm nur gegen die subjektive Beteiligung einer oder beider Parteien richtet oder wenn die vertraglichen Rechte eines Dritten verletzt werden.
- Vertrag, der gegen die guten Sitten verstösst: Ein solcher kann entweder eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts einer Partei beinhalten (siehe auch Art. 27 ZGB, wo die persönliche Freiheit einer Partei durch den Vertrag in sittenwidriger Weise beschränkt wird → Gegenstand oder Übermass der Bindung.) oder sonst wie gegen

die guten Sitten verstossen (Verstoss gegen die herrschende Moral, ethische Prinzipien...).

IV. DIE RECHTSLAGE BEI UNMÖGLICHEM, RECHTSWIDRIGEM ODER SITTENWIDRIGEM VERTRAGSINHALT

1. Nichtigkeit des Vertrags (Art. 20 Abs. 1 OR)

Es tritt keine Vertragswirkung ein. Der Vertrag ist unheilbar ungültig und jedermann kann sich darauf berufen.

2. Blosser Teilnichtigkeit (Art. 20 Abs. 2 OR)

Betrifft der Mangel nur einzelne Teile des Vertrags, so sind nur diese nichtig, ausser wenn anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre.

Das Gesetz kann auch eine andere Rechtsfolge vorsehen

§ 7 Übervorteilung und Willensmängel

I. DIE ÜBERVORTEILUNG (ART. 21 OR)

1. Der Tatbestand (nach Art. 21 Abs. 1 OR)

Die Übervorteilung (auch Wucher genannt) umfasst drei Elemente, ein objektives und 2 subjektive):

- (objektiv) Vertragsinhalt: Durch den Vertrag wird zum Nachteil des Übervorteilten ein offenes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung begründet → muss für jeden objektiven Betrachter zu erkennen sein.
- (subjektiv) Seite der benachteiligten Partei: Diese wird durch eine bestimmte Schwäche zum Abschluss des für sie ungünstigen Vertrags veranlasst → Mangel in der Willensbildung. Aus Abs. 1 gehen 3 mögliche Schwächezustände hervor (nicht abschliessend!): Notlage (die Partei war in starker Bedrängnis und sah das Eingehen des ungünstigen Vertrags als das kleinere Übel an), Unerfahrenheit (Mangel an Kenntnis über das nachteilige Missverhältnis der Austauschleistungen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses) oder Leichtsinns (der Betroffene hat zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses sorglos gehandelt...) → die betroffene Partei ist in einer unterlegenen Verhandlungsposition.
- (subjektiv) Seite der Gegenpartei: Ausbeutung der Schwäche durch die Gegenpartei. Die übervorteilende Partei nutzt die Schwäche der anderen Partei bewusst aus, um sich durch Vertragsabschluss übermässige Vorteile auf Kosten des anderen zu verschaffen → Ausbeuter muss Schwäche des anderen und Leistungsmissverhältnis kennen oder zumindest damit rechnen. Initiative zum Vertragsabschluss muss aber nicht vom Ausbeuter ausgehen, es reicht, wenn er die sich bietende Gelegenheit wahrnimmt.

→ alle 3 Elemente müssen erfüllt sein!

2. Die Rechtsfolge

Einseitige Unverbindlichkeit → Jahresfrist für die Geltendmachung

II. DIE WILLENSMÄNGEL

Drei Fehlthatbestände → Mängel des Vertragabschlusses (Randtitel zu Art. 23 OR)

1. Der Irrtum (Art. 23 ff. OR)

Die fehlende Vorstellung ist der falschen Vorstellung eines Sachverhalts gleichzustellen und bildet damit auch einen Irrtum. Arten von Irrtümern:

- Irrtum über gegenwärtige oder vergangene, über rechtliche oder nichtrechtliche Sachverhalte
- Wesentlicher Irrtum (macht Vertrag für den Irrenden unverbindlich. Der unwesentliche Irrtum hat hingegen keine Wirkung auf die Verbindlichkeit.
- Motivirrtum (bezieht sich auf den Beweggrund zum Vertragsabschluss) und Erklärungsirrtum (bezieht sich auf das Erklärte)

Der Motivirrtum:

= Irrtum im Beweggrund

Der Motivirrtum eines Vertragschliessenden ist grundsätzlich unwesentlich (Art. 24 Abs. 2 OR). Trotz Irrtum ist der Vertrag verbindlich, wenn der Vertragspartner den Beweggrund kannte. Kannte der Vertragspartner hingegen den Beweggrund und den Irrtum, liegt eine absichtliche Täuschung vor, falls er den Irrenden trotz Aufklärungspflicht nicht über den Irrtum aufgeklärt hat.

Ausnahmsweise ist der Motivirrtum wesentlich, sodass der Vertrag für den Irrenden (einseitig) unverbindlich ist. Dies trifft zu, wenn der Motivirrtum die qualifizierten Merkmale eines Grundlagenirrtums aufweist.

Der Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR):

Er ist ein wesentlicher Motivirrtum und bewirkt einseitige Unverbindlichkeit.

Die qualifizierenden Merkmale:

Nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR ist der Motivirrtum dann ein wesentlicher Grundlagenirrtum, wenn er „einen bestimmten Sachverhalt“ betrifft, „der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrags betrachtet wird“.

- subjektives Merkmal:
Der Irrende muss den irrtümlich vorgestellten Sachverhalt im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses als eine „*notwendige Grundlage des Vertrags*“ betrachten → *conditio sine qua non*. Bei Kenntnis des wahren Sachverhalts würde der Irrende den Vertrag nicht so schliessen wollen
- objektives Merkmal:
Der Irrende musste sich den Sachverhalt *nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr* als eine notwendige Grundlage des Vertrags betrachten. Es muss sich also bei objektiver Betrachtung rechtfertigen, dass der Irrenden den Sachverhalt als notwendige Grundlage für den Vertrag angesehen hat. Ein Irrtum über die Rechtsfolgen (die Rechtswirkung) des Vertrags ist dagegen nie ein Grundlagenirrtum.

Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen.

Der Erklärungsirrtum (Äusserungsirrtum):

Der Wille wird zwar mängelfrei gebildet, jedoch mangelhaft kundgegeben.

→ falsche oder fehlende Vorstellung des Irrenden über die Ausdruckskraft seines eigenen Erklärungsverhaltens. Ohne dass der Erklärende dies beabsichtigt, versteht hier der Empfänger das (wirkliche oder vermeintliche) Erklärungsverhalten abweichend vom wirklichen Willen des Erklärenden und er darf dies nach Treu und Glauben so verstehen. (darf er dies nicht, liegt kein Erklärungsirrtum, sondern ein Missverständnis auf Seiten des Empfängers vor.)

Wer sich in einem Erklärungsirrtum befindet, gibt dem Empfänger unbewusst etwas kund, das nicht seinem wirklichen Willen entspricht.

Es sind drei Erscheinungsfälle zu unterscheiden:

- Der Erklärungsirrtum im engeren Sinne (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1-3 OR):
Irrtum über die Ausdruckskraft einer eigenen Erklärungshandlung, die als solche gewollt ist. Er kann die äussere Gestalt der Erklärungshandlung betreffen (z.B. der Erklärende verschreibt oder verspricht sich) oder den Sinn der Erklärungshandlung (der Erklärende versteht den von ihm verwendete Ausdruck in einem anderen Sinn, als der Empfänger versteht und verstehen darf)
- Der Übermittlungsirrtum (Art. 27 OR):
Die Erklärung wird durch einen Boten oder durch andere Weise unrichtig übermittelt, und zwar derart, dass die Übermittlung ohne Wissen des Erklärenden nicht den von ihm gewollten Sinn ausdrückt.
- Der Irrtum über die Ausdruckskraft einer ungewollten Erklärung:
Der Irrende hat hier keinen Erklärungswillen, möglicherweise gar kein Erklärungsbewusstsein. Doch verhält er sich irrtümlich (also ohne Täuschungsabsicht) so, dass ein anderer das Verhalten als Willenserklärung auffasst und so auffassen darf.

Der Erklärungsirrtum kann wesentlich (im Gesetz sind einige Beispiele aufgezählt → Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1-3 OR) sein, und somit wäre der Vertrag einseitig unverbindlich, oder unwesentlich (dann gilt der Vertrag von Anfang an, mit dem Inhalt, den sich der Erklärungsgegner vorgestellt hat, den der Irrende jedoch nicht gewollt hat).

Der Rechtsanwender hat also bei einem Sachverhalt, der nicht im Gesetz vorkommt, ein grosses Ermessen, zu entscheiden, ob der Irrtum wesentlich war oder nicht. Dabei helfen die beiden Kriterien der subjektiven und der objektiven Wesentlichkeit. Auf das Verschulden des Irrenden kommt es hingegen nicht an.

Irrtumsfolge: Rechtsfolge wesentlichen Irrtums:

Gesetzliche Grundregel (Art. 23 OR): „Der Vertrag ist für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat“. Diese wird ergänzt durch verschiedene Einzelregeln:

- Art. 25 Abs. 1 OR: Die Berufung auf einen Irrtum ist unstatthaft, wenn die Treu und Glauben widerspricht → wenn unnütze Rechtsausübung vorliegt oder ein krasses Missverhältnis der Interessen besteht. Fahrlässigkeit ist hingegen egal.
- Art. 25 Abs. 2 OR: Der Irrende muss den Vertrag gelten lassen, wie er ihn verstanden hat, wenn der andere sich hiezu bereit erklärt → Anwendungsfall des in Abs. 1 enthaltenen Missbrauchsverbots (diese Norm findet aber nur bei Erklärungsirrtümern Anwendung und nicht bei Grundlagenirrtümern)
- Art. 26 OR: „Hat der Irrende, der den Vertrag nicht gegen sich gelten lässt, seinen Irrtum der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben, so ist er zum Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrags erwachsenen Schadens verpflichtet, es sei denn, dass der andere den Irrtum gekannt habe oder hätte kennen sollen.“

- Art. 20 Abs. 2 OR: modifizierte Teilnichtigkeit beim Grundlagenirrtum: Wenn die beiden Parteien den Vertrag ohne den Irrtum zwar nicht mit diesem, aber doch (nach hypothetischem Willen) mit einem veränderten Inhalt geschlossen hätten, so gilt der Vertrag mit dem betreffenden Inhalt.

2. Die absichtliche Täuschung (Art. 28 OR)

Tatbestand:

Ein Vertragschliessender wird durch absichtliche Täuschung zum Vertragsabschluss verleitet. Die betreffende Partei schliesst den Vertrag auf Grund eines Motivirrtums, der auf absichtlicher Täuschung beruht. Ohne diesen Irrtum würde sie den Vertrag nicht so abschliessen → Kausalzusammenhang.

Haupttatbestand: **Absichtliche** Täuschung durch Vertragsgegner

- Der Vertragsgegner täuscht durch positives Verhalten. Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen → erregt Irrtum.
- Der Vertragsgegner täuscht durch Schweigen. Klärt seinen Partner über einen bestehenden Irrtum nicht auf, obwohl er den Irrtum kennt und zur Aufklärung verpflichtet ist.

Rechtsfolgen:

Der Vertrag ist für den Getäuschten nach Art. 28 OR unverbindlich, auch wenn der Irrtum kein wesentlicher ist. Allerdings muss sich der Getäuschte innerhalb der Frist von Art. 31 OR auf die Unverbindlichkeit des Vertrags berufen.

Ferner ist der Täuschende dem Getäuschten gegenüber zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet, sofern und soweit sich eine Schadenersatzpflicht aus Art. 41 ff. OR oder aus den Grundsätzen der „culpa in contrahendo“ ergibt → Vergütung des negativen Interesses und soweit billig, weiterer Schäden

3. Die Furchterregung (Art. 29 f.)

Tatbestand:

- Ein Vertragschliessender wird von dem anderen oder von einem Dritten widerrechtlich durch Erregung begründeter Furcht zur Eingehung eines Vertrags bestimmt. Ohne diese Furcht würde der Vertragschliessende den Vertrag nicht so eingehen → Kausalzusammenhang.
- Die Furchterregung geschieht durch eine Androhung von Übel, welche ernst genommen wird und die Vertragspartei in Furcht versetzt. Wenn ein Dritter droht, ist es egal, ob der Vertragspartner des Bedrohten davon Kenntnis hat. Wichtig ist nur, dass der Drohende den Vertragsabschluss erzwingen will.
- Die erregte Furcht ist begründet und die Furchterregung in diesem Sinn qualifiziert.
- Die Furchterregung muss widerrechtlich sein

Rechtsfolgen:

Der Vertrag ist für den Bedrohten nach Art. 29 OR unverbindlich → einseitig (auch wenn ein Dritter drohte und der Vertragspartner nichts davon wusste oder wissen musste)
Zudem besteht eine Schadenersatzpflicht des Drohenden gegenüber dem Bedrohten. Bei einer Drittdrohung ohne Kenntnis des Vertragspartners hat der Bedrohte, soweit billig, dem Vertragspartner Schadenersatz zu leisten, wenn er den Vertrag nicht halten will.

4. Die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrages

Leidet ein Vertrag an einem erheblichen Willensmangel einer Partei, so ist er für die betroffene Partei unverbindlich → einseitige Unverbindlichkeit

Ungültigkeitstheorie:

Der einseitig unverbindliche Vertrag ist von Anfang an - ex tunc – ungültig und entfaltet somit keine Vertragswirkung, gleich wie ein nichtiger Vertrag. Die Unverbindlichkeit darf aber nicht von Amtes wegen festgestellt werden. Der Vertrag ist zwar für beide Parteien ungültig, doch wird nur eine Partei geschützt (nämlich die irrende, bedrohte...), wenn sie gegen den Willen der anderen Partei die Ungültigkeit geltend macht. Nur sie kann die Erfüllung verweigern.

Der Vertragspartner kann sich jedoch nicht auf die Ungültigkeit des Vertrags berufen gegen den Willen der betroffenen Partei, weil seine Willenserklärung an keinem Mangel leidet. Hat die betroffene Partei sich auf ihren Irrtum wirksam berufen, trifft beide Parteien eine Rückgabepflicht, oder falls noch nicht geleistet wurde, entfällt die Leistungspflicht.

Anfechtungstheorie:

Der einseitig unverbindliche Vertrag ist für beide Parteien gültig, jedoch hat nur die betroffene Partei ein Anfechtungsrecht
→ vom BGer verworfen

Theorie der geteilten Ungültigkeit:

Der Vertrag ist für die betroffene Partei von Anfang an ungültig, für die andere Partei hingegen gültig. Genehmigt die betroffene Partei den Vertrag, ist auch sie zur Leistung verpflichtet. Fehdet sie ihn jedoch an, entfällt auch die Leistungspflicht der Gegenpartei
→ ebenfalls abzulehnen

Das Recht der betroffenen Partei, sich auf die Unverbindlichkeit des Vertrags zu berufen, ist befristet → Art. 31 Abs. 1 OR

Ist diese Frist abgelaufen, gilt der Vertrag als genehmigt. Eine spätere Berufung auf die Unverbindlichkeit des Vertrags wird somit unmöglich. Der Vertrag wird ex tunc (von Anfang an) wirksam → Aufhebung des Mangels

Die Erklärung, dass man den Vertrag nicht halten wolle, ist eine Willenserklärung und an keine Form gebunden. Sie kann auch ergehen, wenn eine Leistung von Seiten des Berechtigten schon erfolgt ist → zurückfordern

Diese Erklärung ist bedingungsfeindlich und unwiderruflich, sobald sie einmal ergangen ist. Wurde sie abgegeben, kann sich auch der Vertragspartner auf Ungültigkeit berufen und seine Leistungen zurückfordern.

Die Frist beginnt zu laufen mit der Entdeckung des Irrtums oder der Täuschung oder mit dem Wegfall der Furcht.

Zusammenfassung S. 194 f.

§ 8 Vertragsverhandlungen

I. DIE VERHANDLUNGEN

Sie bezwecken, die Möglichkeit eines Vertragsabschlusses abzuklären und gegebenenfalls den Abschluss des Vertrags vorzubereiten. Sie beginnen spätestens mit dem Angebot und begründen unter den Parteien ein Rechtsverhältnis: das Vertragsverhandlungsverhältnis.

II. DIE PFLICHT ZU EINEM VERHALTEN NACH TREU UND GLAUBEN

Sobald die Parteien miteinander in Verhandlung treten, sind besondere Rücksichts- und Sorgfaltspflichten zu beachten. Das Verhandlungsverhältnis wird also durch die allgemeine Verpflichtung zu einem Verhalten nach Treu und Glauben konkretisiert.

1. Konkrete Einzelpflichten

- Die Pflicht zum ernsthaften Verhandeln
Man darf also z.B. nicht Verhandlungen aufnehmen oder weiterführen, wenn man sicher ist, gar keinen Vertrag abzuschliessen zu wollen
- Die Pflicht zur Rücksichtnahme
wird verletzt, wenn eine Partei die Schwäche ihres Verhandlungspartners ausbeutet, um sich durch den Vertragsabschluss übermässige Vorteile auf Kosten dieses Partners zu schaffen.
- Die Pflicht, den Verhandlungspartner nicht zu täuschen
mit Bezug auf Tatsachen, die erheblich sein können für dessen Entschluss, den Vertrag überhaupt oder mit den betreffenden Bedingungen abzuschliessen
 - Aufklärungspflicht mit Bezug auf erhebliche Tatsachen
 - Pflicht, allfällige Auskünfte und Ratschläge im Hinblick auf den möglichen Vertragsabschluss nach bestem Wissen und Gewissen zu erteilen.
- Die Pflicht jedes Verhandlungspartners, „in seinem eigenen Bereich alle Schutzmassnahmen zu treffen, damit im Verlauf der Verhandlungen keine Rechtsgüter des Partners beeinträchtigt werden“.

2. Haftung aus „culpa in contrahendo“

Verstösst ein Verhandlungspartner gegen die Pflicht, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, so haftet er dem anderen bei gegebenen Voraussetzungen für den daraus entstehenden Schaden.

- Die Culpa-Haftung sanktioniert die Verletzung der verschiedenen Einzelpflichten, die sich aus dem Treueverhältnis der Verhandlungspartner ergeben. Inhaltlich äussert sie sich in einer Schadenersatzpflicht. Es ist also bloss das negative Interesse (nicht das Erfüllungsinteresse) zu ersetzen.
- Soweit nichts anderes vorgesehen ist, setzt die Culpa-Haftung das Verschulden des Haftpflichtigen voraus (die Beweislast ist umgekehrt, der Haftpflichtige muss beweisen, dass ihn keine Schuld trifft)
- Es ist nicht vorausgesetzt, dass der Vertrag, über den verhandelt wird, zum Abschluss kommt.

3. Verallgemeinerung zur „Vertrauenshaftung“

Die Cic sanktioniert eine schuldhaftige Verletzung von Treuepflichten, welche den Parteien eines Vertragsverhandlungsverhältnisses auferlegt sind.

Die Vertrauenshaftung hingegen wird als Schadenersatzpflicht aus erwecktem oder enttäuschem Interesse verstanden. Nach dem BGer wäre es offensichtlich wertungswidersprüchlich, bei Pflichtverletzungen im Rahmen von Vertragsverhandlungen eine Haftung zu bejahen, sie jedoch dort zu verneinen, wo – ausserhalb des Vertragsverhältnisses – schutzwürdiges Vertrauen geweckt und hernach in pflichtwidriger Weise enttäuscht worden ist (umstritten, Richterrecht!)

Voraussetzungen einer Vertrauenshaftung:

- Zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten muss eine rechtliche Sonderverbindung bestehen, aus welcher sich auf Treu und Glauben beruhende Schutz- und Aufklärungspflichten ergeben.
- Im Rahmen dieser Sonderverbindung wird durch das Verhalten der einen Partei bei der anderen Partei ein schutzwürdiges Interesse erweckt.
- Dieses Vertrauen wird durch die Partei, die es erweckt hat, in Verletzung von Treu und Glauben enttäuscht.
- Durch das gegen Treu und Glauben verstossende Verhalten entsteht der vertrauenden Partei ein Schaden, und zwar adäquat kausal.
- Es ist zu fordern, dass die schädigende Partei eine Verantwortlichkeit, regelmässig ein Verschulden, trifft. Wegen der bestehenden Sonderverbindung ist ein solches Verschulden zu vermuten.

Als Rechtfolge hat die Partei, welche schutzwürdiges Vertrauen erweckt und dann in treuwidriger Weise enttäuscht hat, den dadurch der Gegenseite adäquat kausal verursachten Schaden zu ersetzen → negatives Interesse!

III. DER VERHANDLUNGSVERTRAG

In der Praxis kommt es vor, dass die Parteien bestimmte Vereinbarungen über die zu führenden Verhandlungen treffen → Vorfeldvereinbarungen

Sie begründen vertragliche Pflichten, bei deren Verletzung von vornherein die Regeln des Vertragsrechts eingreifen. Solche Vereinbarungen sind etwa:

- Verhandlungspflicht: Pflicht, über den Abschluss oder die Änderung eines bestimmten Vertrags zu verhandeln (→ keine Abschlusspflicht)
- Geheimhaltungspflicht
- Unterlassungspflichten (z.B. Verbot, mit einem Dritten über den gleichen Vertrag zu verhandeln...)
- Weitere...

IV. DIE BEENDIGUNG DER VERHANDLUNGEN

1. Beendigung durch Abbruch der Verhandlungen

Kann in gegenseitigem Einverständnis oder einseitig geschehen. Grundsätzlich darf jede Partei die Verhandlungen jederzeit ohne Vertragsabschluss abbrechen, egal wie lange die Verhandlungen dauerten und wie teuer sie waren. Fehlt es an gegenteiligen Vereinbarungen, hat jede Partei die eigenen Verhandlungskosten selber zu tragen. Vorbehalten bleiben Fälle, in denen sich eine Ersatzpflicht der Gegenpartei aus der Verletzung der vereinbarten Verhandlungspflicht, aus Gesetzesvorschrift (Art. 26 OR) oder aus den allgemeinen Regeln

über die Culpa in contrahendo ergibt, weil der Ersatzpflichtige z.B. nicht ernsthaft verhandelt hat.

2. Beendigung durch Vertragsabschluss

- Vermutung des Art. 2 Abs. 1 OR: Danach wird vermutet, dass der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit des Vertrags nicht hindern solle, falls sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte geeinigt haben.
- Vermutung des Art. 16 Abs. 1 OR: Danach wird vermutet, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen, wenn sie die Anwendung einer solchen vorbehalten haben.

§ 9 Sondertatbestände im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss

I. DISKREPANZ ZWISCHEN WORTLAUT UND ÜBEREINSTIMMENDEM WIRKLICHEM WILLEN

→ Art. 18 OR

Art. 18 Abs. 1 OR

Drei Grundmerkmale:

- Parteien tauschen Erklärungen aus und verwenden dabei eine gemeinsame Bezeichnung; gleiche oder gleichbedeutende Worte
- Die wirklichen Willen der Parteien stimmen zum Zeitpunkt des Erklärungsaustausches überein, die Parteien haben sich also richtig verstanden
- Die verwendete Bezeichnung oder Ausdrucksweise stimmt aber nicht mit dem „Willen“ der Parteien überein. Die Parteien verstehen die verwendeten Worte übereinstimmend in einem vom Wortlaut abweichenden Sinn.

Zwei Fälle:

- Die ungewollte Diskrepanz; gemeinsamer Irrtum der Parteien:
Die Diskrepanz zwischen dem Wortlaut und dem wirklichen Willen ist nicht gewollt, sondern beruht auf gemeinsamem Irrtum der Parteien. Jede Partei irrt sich, und zwar jede auf gleiche Weise.
→ Wer sich auf eine irrtümliche Diskrepanz zwischen Wortlaut und übereinstimmendem wirklichen Willen beruft, trägt die Beweislast für Bestand und Inhalt des vom Wortlaut abweichenden Willens. Steht der übereinstimmende Wille fest, gilt der Vertrag mit dem übereinstimmend gewollten Inhalt. Es wird so gehalten, wie wenn die Parteien die ihrem wirklichen Willen entsprechenden Ausdrücke verwendet hätten.
- Die gewollte Diskrepanz; Simulation:
Die unrichtige Bezeichnung wird von den Parteien gebraucht, um den wahren Inhalt des Vertrags zu verbergen. Sie wird gebraucht, um einen Dritten (z.B. Steuerbehörde) zu täuschen.
→ Wer eine Simulation behauptet, trägt die Beweislast. Steht die Simulation fest, ist sie vom Gericht von Amtes wegen zu beachten. Zwischen den Parteien ist der übereinstimmend wirkliche Wille massgebend. Der simulierte Vertrag ist also völlig unwirksam → Nichtgeschäft

Auch im Verhältnis zu Dritten bleibt ein simulierter Vertrag ungültig. Abs. 2 schützt jedoch den guten Glauben Dritter.

Die fiduziarische Übertragung eines Rechts hat folgende Merkmale:

- Grundgeschäft, worin der Fiduziant den Fiduziar (Treuhandler) beauftragt, im eigenen Namen, aber im Interesse und auf Kosten des Fiduzianten tätig zu sein (auftragsähnliches Verhältnis)
- Übertragung eines Rechts durch den Fiduzianten auf den Fiduziar
- Fiduziarische Abrede, worin der Fiduziar verspricht, er werde im Rahmen des mit dem Grundgeschäft erteilten Auftrags das ihm übertragene Recht überhaupt nicht oder im Interesse des Fiduzianten ausüben und es unter bestimmten Voraussetzungen weiter- oder zurückübertragen.

In der Lehre ist umstritten, ob und wann die fiduziarische Übertragung eines Rechts eine Simulation darstellt und wann nicht.

VI. ALLGEMEINE (VERTRAGS-) BEDINGUNGEN

1. Begriff und Erscheinungsformen

Allgemeine (Vertrags-)Bedingungen (auch „vorgeformte Vertragsinhalte“ genannt) sind Vertragsbestimmungen, die im Hinblick auf eine Vielzahl von Verträgen eines bestimmten „Typs“ generell vorformuliert sind.

Folgende Erscheinungsformen stehen im Vordergrund:

1. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB):
Sie dienen einem bestimmten Unternehmer beim Abschluss derjenigen Verträge, die er mit einer Vielzahl von Geschäftspartnern eingeht. Abgefasst werden sie von vom betreffenden Unternehmer selbst oder von einem Dritten.
Mögliche Zwecke: Rationalisierungszweck, „Diktat“-Zweck (Durchsetzung der Verhandlungsmacht), Bevorzugungszweck (insbesondere durch Freirechtsklauseln, welche die gesetzliche Haftung des Unternehmens ausschliessen oder beschränken oder durch andere Arten der Risikoüberwälzung)
2. weitere Erscheinungsformen:
 - Branchenbedingungen: sollen den Rechtsverkehr für eine Branche ordnen
 - Anstaltsordnungen: regeln die Benützung von Einrichtungen, die einem überindividuellen Personenkreis dienen
 - Einkaufs- und Benutzungsbedingungen von Gemeinwesen
 - Allgemeine Konsortialbedingungen
3. Individualabreden:
wurden von den Beteiligten im Einzelnen ausgehandelt.

2. Geltung

a) Grundsatz

Allgemeine Bedingungen sind nur (aber immerhin) insoweit verbindlich, als die von bestimmten Parteien übernommen wurden. Die Abrede kann eine ausdrückliche oder eine stillschweigende sein und erfolgt vielfach durch ausdrückliche oder stillschweigende Verweisung. Sie ist eine Globalübernahme (Übernahme durch Globalerklärung), soweit eine

Partei den Inhalt der Allgemeinen Bedingungen entweder nicht zur Kenntnis nimmt, nicht überlegt oder in ihrer Tragweite nicht versteht.

b) Keine Geltung ohne Übernahme

Allgemeine Bedingungen sind, für sich genommen, rechtlich unerheblich. Sie haben keine allgemeine Verbindlichkeit im Sinne eines Gesetzes oder einer Verordnung und sind auch keine Rechtsquellen eigener Art. Verbindlich werden die Allgemeinen Bedingungen immer nur zwischen bestimmten Vertragsparteien, und zwar nur, wenn sie durch Übernahme in den konkreten Einzelvertrag Vertragsgeltung erlangen.

Die Frage, ob bestimmte Bedingungen in den Vertrag übernommen werden sollen, kann zwischen den Vertragsparteien strittig sein und ist dann durch Auslegung des Vertrags zu entscheiden.

Nicht zu den Allgemeinen (Vertrags-)Bedingungen im hier verstandenen Sinn gehören vorformulierte Vertragsbestimmungen, die „als Inhalt von Einzelverträgen gesetzlich vorgeschrieben“ sind. Sie erhalten für den konkreten Einzelvertrag von Gesetzes wegen Geltung, ohne dass es einer Übernahme durch die Parteien bedarf.

c) Keine Geltung trotz Übernahme

Geltungsgrund für die Allgemeinen Bedingungen bildet deren Übernahme durch die Parteien. Trotz solcher Übernahme erlangen sie jedoch keine Geltung, soweit sie gegen zwingendes Recht oder eine sonstige „Schranke des Gesetzes“ (Art. 19 Abs. 1 OR) verstossen.

Übernommene Bestimmungen vorgeformter Vertragsinhalte können aber auch aus anderen Gründen unverbindlich sein:

- Weil die Parteien eine abweichende individuelle Abrede getroffen haben. Individuelle Abreden gehen den Allgemeinen Bedingungen schlechthin vor.
- Weil eine global zustimmende Partei keine Möglichkeit hatte, sich vom Inhalt der Allgemeinen Bedingungen in zumutbarer Weise Kenntnis zu verschaffen.
- Weil es sich um eine ungewöhnliche Bestimmung handelt, mit der eine global zustimmende Partei nicht gerechnet hat und aus ihrer Sicht zur Zeit des Vertragsabschlusses vernünftigerweise auch nicht rechnen musste
→ Ungewöhnlichkeitsregel
- Weil es sich um eine Gerichtsstandsklausel handelt, mit deren Übernahme eine Partei auf ihren ordentlichen, in BV 30 Abs. 2 garantierten Gerichtsstand am Wohnsitz verzichtet. Gültig ist ein solcher Verzicht nur dann, wenn die Gegenpartei in guten Treuen davon ausgehen durfte, der Verzichtende habe von der vorformulierten Gerichtsstandsklausel tatsächlich Kenntnis genommen und ihr in richtiger Erkenntnis ihres Inhalts zugestimmt.
Ergänzt wird diese Rechtslage durch zwingende Gesetzesbestimmungen, die in gewissen Situationen einen Verzicht auf den gesetzlichen Gerichtsstand überhaupt ausschliessen.
- Weil es sich um Regeln handelt, die kraft ausdrücklicher Anordnung des Gesetzgebers nicht an der Form Allgemeiner Vertragsbedingungen vereinbart werden können (z.B. Abreden zum Nachteil des Mieters...)
- Weil die Bestimmung einen vertraglichen Formvorbehalt (Art. 16 Abs. 1 OR) enthält und nur global übernommen wurde. Ein global übernommener (vorformulierter) Formvorbehalt vermag die Vermutung des Art. 16 Abs. 1 OR nicht auszulösen, da diese Vermutung voraussetzt, dass sich die Parteien des vereinbarten Formvorbehalts überhaupt bewusst gewesen sind.

d) Die Bestimmung des Art. 8 UWG

Nach diesem Artikel handelt unlauter, wer „missbräuchliche Geschäftsbedingungen“ verwendet. Diese weichen in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei entweder von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich ab oder sehen eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vor.

Ob die vorausgesetzte Benachteiligung vorliegt, muss immer mit Blick auf den gesamten Vertragsinhalt beurteilt werden.

Wer zum Abschluss des Vertrags „missbräuchliche Geschäftsbedingungen“ verwendet, handelt unlauter und deshalb widerrechtlich. Damit liegt ein Inhaltmangel im Sinn von Art. 20 OR vor; die für den Vertragspartner des Verwenders nachteilige Vertragsabrede ist nichtig, was das Gericht von Amtes wegen zu beachten hat. Von der unzulässigen Klausel abgesehen, bleibt der Vertrag gültig.

§ 10 Die Auslegung des Vertrags

I. ALLGEMEINES

Durch die Auslegung ermittelt das Gericht den vereinbarten Inhalt des Vertrags, soweit dieser durch die Prozessparteien streitig ist. Es geht dabei nicht um die Frage, ob der Vertrag zustande gekommen ist, sondern nur um den Inhalt. Einen Konsensstreit beurteilt das Gericht in einem anderen Verfahren. Dabei gilt dann der Vertrag mit dem Inhalt, wie er im Konsensstreit festgestellt wurde.

→ Unterscheidung Auslegungstreit und Konsensstreit!

Ziel der gerichtlichen Auslegung ist der übereinstimmende wirkliche Wille, den die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben (subjektive Auslegung).

Ist dieser nicht festzustellen, bestimmt sich der Vertragsinhalt aus nach dem festgestellten wirklichen Willen der Parteien. Wenn sich der übereinstimmende wirkliche Wille nicht feststellen lässt, muss das Gericht mit objektiver (normativer) Auslegung den mutmasslichen Willen der Parteien ermitteln. Es ist das als Vertragswille anzusehen, was vernünftig und redlich handelnde Parteien unter den gegebenen Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden → objektiver Sinn des Erklärten

II. AUSLEGUNGSMITTEL UND AUSLEGUNGSREGELN

1. Die Auslegungsmittel:

- Primäres Auslegungsmittel ist der Wortlaut der von den Parteien verwendeten Worte gemäss dem allgemeinen Sprachgebrauch zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.
- Die ergänzenden Auslegungsmittel werden auch als „die Umstände“ bezeichnet. Dazu gehören Ort, Zeit und andere Begleitumstände des Vertragsabschlusses, Verhalten der Parteien vor und nach diesem, die Verkehrsauffassung...

2. Die allgemeinen Auslegungsregeln

- Auslegung „ex tunc“: Das Gericht versetzt sich in die Lage der Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und versucht anhand der damaligen Umstände

herauszufinden, was die Parteien mit ihren Worten oder ihrem Verhalten erklärt haben.

- Auslegung nach Treu und Glauben:
 - Regel der objektivierten Vertragsauslegung
 - Vertrauensprinzip
- Keine Buchstabenauslegung: Das Gericht darf sich nicht auf den buchstäblichen Sinn einer Erklärung behaften, sondern hat den wirklichen oder zumindest mutmasslichen Willen der Parteien zu erforschen.
- Ganzheitliche Auslegung: Die einzelnen Vertragspunkte sind unter Berücksichtigung des ganzen Vertragsinhalts auszulegen (→ systematisches Element)
- Gesetzeskonforme Auslegung: Abreden, die vom dispositiven Recht abweichen, sind eng auszulegen. Im Zweifel verdient zudem diejenige Auslegung den Vorzug, die dem dispositiven Recht entspricht (wer von diesem abweichen will, muss dies mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen).
- Unklarheitsregel: Im Zweifel ist diejenige Bedeutung vorzuziehen, die für den Verfasser der auszulegenden Bestimmung die ungünstigere ist. Denn er hat die unklare Bestimmung selber formuliert. (findet keine Anwendung, wenn der Text von beiden Parteien ausgearbeitet wurde)

3. Die vereinbarten Auslegungsregeln

Innerhalb der Schranken des Gesetzes sind selber vereinbarte Auslegungsregeln gültig und für die Richter bindend. Sie können aber ihrerseits auch ausgelegt werden. Ungültig sind Regelungen, die besagen, dass eine Partei bei einem Auslegungstreit Unklarheiten verbindlich auslegen darf.

§ 11 Die Ergänzung des Vertrags

I. ALLGEMEINES

Regeln die Parteien eine Rechtsfrage, die den Vertragsinhalt betrifft und die das Gesetz den Parteien überlässt, nicht oder nicht vollständig, besteht eine Vertragslücke, die ausgefüllt werden muss. Füllen die Parteien durch spätere Vereinbarung die Lücke nicht, ist sie mit dispositivem Gesetzesrecht oder durch den Richter auszufüllen.

II. VERTRAGSERGÄNZUNG DURCH DISPOSITIVES GESETZESRECHT

Wegen seiner Bindung ans Gesetz hat das Gericht zunächst zu prüfen, ob es eine anwendbare Gesetzesbestimmung gibt, welche die von der Partei nicht geregelte Rechtsfrage entscheidet oder zumindest auf eine andere Regel verweist. Trifft dies zu, hat es die Bestimmung abzuwenden → dispositives Recht ist erstes Mittel zur Vertragsergänzung.

III. VERTRAGSERGÄNZUNG DURCH DAS GERICHT

Enthält das Gesetz keine anwendbare Dispositivnorm oder verweist es auf das Ermessen des Gerichts, so hat dieses den Vertrag im Streitfall durch eine von ihm selbst geschaffene Regel

zu ergänzen. Vorbehalten bleibt der seltene Fall, in dem das Gericht eine Regel des Gewohnheitsrechts anwenden kann.

Das Gericht hat bei der gerichtlichen Vertragsergänzung den hypothetischen Willen der Parteien festzustellen. Die Vorstellung, was vernünftige und redliche Parteien bei einer vertraglichen Regelung des betreffenden Punktes vereinbart hätten, bildet ein taugliches Leitbild für die gerichtliche Ergänzung.

In typischen Fällen kann das Gericht eine vertragliche Lücke auch unter Anwendung einer „modo legislatoris“ gebildeten Regel füllen. Dabei ergänzt es das lückenhafte Gesetz zuerst mit einer generell-abstrakten Regel, um dann die Vertragslücke mit dieser Regel zu schliessen.

Grundsätzliche Reihenfolge:

1. Vertragsergänzung durch (passendes) dispositives Gesetzesrecht, unter Einschluss einer Verkehrsübung, auf die das Gesetz verweist
2. Vertragsergänzung durch Gewohnheitsrecht
3. Vertragsergänzung durch das Gericht
 - Gemäss dem hypothetischen Parteiwillen, allenfalls unter Berücksichtigung einer Verkehrsübung
 - Oder mit einer „modo legislatoris“ gebildeten Regel

Sonderfälle:

1. Dispositives Gesetzesrecht verweist auf das Ermessen des Gerichts: Gerichtliche Vertragsergänzung geht vor Gewohnheitsrecht
2. Art. 2 Abs. 2 OR: Vertragsergänzung von vornherein durch das Gericht

IV. VERTRAGSERGÄNZUNG IN WESENTLICHEN PUNKTEN UND BEI FORMBEDÜRFTIGEN VERTRÄGEN

1. Ergänzung in wesentlichen Punkten

Fehlt es an der Einigung in einem wesentlichen Vertragspunkt, so ist nach Art. 1 Abs. 1 OR kein Vertrag zustande gekommen. Grundsätzlich ist also keine Vertragsergänzung in wesentlichen Punkten möglich. Es besteht jedoch eine Ausnahme, welche die subjektiv wesentlichen Punkte betrifft:

Ausgeschlossen bleibt die Ergänzung hier weiterhin, wenn die Parteien sich in einem Konsensstreit über das Zustandekommen des Vertrags streiten. Denn hier haben die Parteien keinen übereinstimmenden Abschlusswillen und der Vertrag hat als nicht geschlossen zu gelten.

Wenn die Parteien sich aber einig sind, dass ein Vertrag zustande gekommen ist und sich lediglich über den Inhalt nicht einig sind, kann das Gericht ergänzend eingreifen, wenn sich herausstellt, dass es am vorausgesetzten Konsens in einem nur subjektiv wesentlichen Punkt fehlt. Dies entspricht zwar nicht der dogmatischen Logik, entspricht aber den Interessen der Parteien und der Idee eines auf die Lösung konkreter Streitfragen gerichteten Vertragsrechts. Ein objektiv wesentlicher Punkt darf vom Gericht nicht ergänzt werden, auch wenn sich die Parteien über das Bestehen des Vertrags eigentlich einig sind, aber über den Inhalt streiten. Dem Gericht bleibt dann nichts anderes übrig, als zu erklären, dass der Vertrag nicht zustande gekommen sei.

2. Ergänzung formbedürftiger Verträge

Zwar ist jede Vertragsergänzung von vornherein ausgeschlossen, wenn ein formbedürftiger Vertrag – so wie er vereinbart wurde – formungültig ist und das angerufene Gericht die Formungültigkeit zu beachten hat. In den übrigen Fällen jedoch steht der Ergänzung eines formungültigen Vertrags nichts im Weg, auch wenn die Vertragslücke einen Punkt betrifft, der formbedürftig gewesen wäre, falls die Parteien ihn selber geregelt hätten. Die gesetzlichen Formvorschriften beziehen sich nur auf die von den Parteien geregelten Vertragsinhalte, nicht auf die Ausfüllung einer Vertragslücke durch Gesetzesrecht, Gewohnheitsrecht oder eine vom Gericht selbst gesetzte Regel.

§ 12 Die Anpassung des Vertrags an „veränderte Verhältnisse“

I. VON DER ANPASSUNG DES VERTRAGS IM ALLGEMEINEN

Die Anpassung des Vertrags an veränderte Verhältnisse ist unter dem Stichwort „*clausula rebus sic stantibus*“ bekannt.

- Veränderte Verhältnisse oder Umstände: stets vertragserhebliche Umstände, solche, von denen der Wert oder Unwert des Vertrags für eine Partei abhängt. Sie sind verändert, wenn sie nicht übereinstimmen mit der Wirklichkeit, wie sie zur Zeit des Vertragsabschlusses bestanden hat.
- Mögliche Anpassung des Vertrags: Verkürzung oder Verlängerung der Vertragsdauer oder Änderung des Vertragsinhalts ohne Änderung der Dauer.

Eine Anpassung kann sich aus dem Vertrag selbst ergeben: Im Rahmen der Vertragsfreiheit können die Parteien die Rechtslage bei veränderten Verhältnissen von vornherein – ausdrücklich oder stillschweigend – regeln.

Positive Anpassungsregeln: sehen für bestimmte Fälle eine Vertragsanpassung vor

Negative Anpassungsregeln: schliessen eine Anpassung trotz bestimmter Verhältnisänderungen aus.

Eine Anpassung kann sich auch aus dem Gesetz ergeben. Da sind diverse positive und negative Anpassungsregeln zu finden.

II. DIE ANPASSUNG DES VERTRAGS DURCH DAS GERICHT

Kann die Antwort auf die Anpassungsfrage weder durch den Vertrag noch im Gesetz gefunden werden, hat das Gericht diese Lücke mittels einer selbst aufgestellten Regelung zu füllen. Das Gericht hat also zu entscheiden, ob der Vertrag trotz veränderter Verhältnisse unverändert gelten oder ob er angepasst werden soll und allenfalls wie. Die Ausfüllung der Anpassungslücke hat nach Treu und Glauben zu geschehen.

Passt das Gericht den Vertrag an die veränderten Verhältnisse an, so muss es diejenige Anpassungsfolge wählen, die unter Berücksichtigung beidseitiger Parteiinteressen dem Sinn des Vertrags am Besten entspricht und somit sachlich gerechtfertigt ist. Hierbei hat es die Wahl zwischen Auflösung, Verkürzung, Verlängerung und inhaltlicher Anpassung des Vertrags. Doch ist es an die Parteibehagen gebunden.

Es gibt eine Reihe von Gründen, weshalb im Einzelfall eine Anpassung des Vertrags an veränderte Verhältnisse unmöglich sein soll:

- Die Voraussehbarkeit: Auf Verhältnisänderungen, die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses voraussehbar waren, kann sich eine Partei nicht berufen, um eine Vertragsanpassung durch das Gericht zu verlangen.
- Die Geringfügigkeit einer Äquivalenzstörung: Wird das Verhältnis zwischen den Austauschleistungen nur geringfügig gestört, ist eine Anpassung unmöglich. Damit der Vertrag angepasst werden kann, braucht es ein grobes, offenkundiges Missverhältnis zwischen dem Wert der Austauschleistungen aufgrund der veränderten Verhältnisse.

III. DAS UNERWARTETE AUSBLEIBEN EINER VERHÄLTNISÄNDERUNG

Es kann auch vorkommen, dass eine Partei eine Vertragsanpassung verlangt, weil sich die Verhältnisse seit Vertragsabschluss in unvorhergesehener Weise nicht geändert haben. Dieser Fall unterliegt den gleichen Regeln wie die Verhältnisänderung.

§ 13 Die Stellvertretung im Allgemeinen

I. WESEN

Grundsätzlich kann jede Person Rechtshandlungen nur für sich selber vornehmen. Mit Abs. 32 Abs. 1 OR wird dieser Grundsatz durchbrochen durch die echte Stellvertretung. Die Stellvertretung ist also rechtserhebliches Handeln mit Wirkung für einen anderen. Es sind an der Vertretung typischerweise 3 Personen beteiligt: Derjenige, der die Rechtshandlung vornimmt; ein Dritter, gegenüber welchem der Vertreter handelt; der Vertretene, bei dem die Rechtswirkung eintritt. Es gibt auch Sonderfälle mit mehr Beteiligten. Die Vertreterhandlung besteht in der Abgabe oder Entgegennahme einer rechtserheblichen Erklärung durch den Vertreter. Die Wirkung der Rechtshandlung tritt nur beim Vertretenen ein, nicht beim Vertreter. Sie wirkt sich also aus, wie wenn der Vertretene selber gehandelt hätte.

II. VORAUSSETZUNGEN DER VERTRETUNGSWIRKUNG

Hauptvoraussetzungen:

- Vertretungsmacht:
 - Rechtsmacht der Vertreters, für den Vertretenen zu handeln = Ermächtigung / Vertretungsbefugnis. Eine solche kann sich aus verschiedenen Gründen ergeben
 - die Vertretungsmacht des Vertreters beruht auf Vertrag (der Vertretene hat dem Vertreter also selber die Macht eingeräumt, für ihn zu handeln) → Vollmacht
 - die Vertretungsmacht des Vertreters beruht auf Gesetz (z.B. Eltern, Vormund)
 - die Vertretungsmacht des Vertreters beruht auf seiner Stellung als Organ einer juristischen Person. Das Organ ist ermächtigt, für die juristische Person zu handeln.
- Handeln in fremdem Namen:
 - Die Vertretungswirkung tritt nur ein, wenn der Vertreter gegenüber dem Dritten in fremdem Namen handelt. Es muss dies dem Dritten also offen mitteilen. Nicht nötig ist die Bekanntgabe des Namens (ausser für formgültige Verträge!). Eine Ausnahme besteht, wenn es dem Dritten gleichgültig ist, mit wem er den Vertrag abschliesst. In diesem Fall braucht der Vertreter den Dritten auch nicht zu informieren, dass er für einen anderen und nicht für sich selber handelt.

Weitere Voraussetzungen:

- Der Vertreter muss urteilsfähig sein (Handlungsfähigkeit ist jedoch nicht vorausgesetzt, denn den urteilsfähige Unmündige oder Entmündigte braucht keinen Schutz, wenn er nicht für sich selber handelt).
- Die vorgenommene Rechtshandlung darf nicht vertretungsfeindlich sein (z.B. Verlobung).

III. VOLLMACHT

= Vertretungsmacht des gewillkürten Stellvertreters

1. Bevollmächtigung (Vollmachterteilung)

Willenserklärung, worin der Vertretene dem Vertreter erklärt, dieser sei befugt, ihn gegenüber Dritten zu vertreten. Diese Bevollmächtigung bildet ein einseitiges Rechtsgeschäft. Es braucht also keine Annahmeerklärung durch den Vertreter. Sie beginnt mit dem Zugang bei diesem. Die Bevollmächtigung braucht auch keiner besonderen Formvorschrift zu genügen, es sei denn, das Gesetz sieht etwas anderes vor. Sie kann also auch stillschweigend erteilt werden. Dies gilt auch dann, wenn sich die Vollmacht auf die Abschliessung eines formbedürftigen Vertrags bezieht (umstritten).

2. Umfang der Vollmacht

Er beurteilt sich nach dem Inhalt der Bevollmächtigung, die nach dem Vertrauensprinzip auszulegen ist.

- sachlicher Umfang: bestimmt, welche Rechtshandlung der Vertreter mit Rechtskraft für den Vertretenen vornehmen kann (z.B: Spezialvollmacht → gilt nur gerade für ein bestimmtes Geschäft, bis zu einem bestimmten Preis ..., Gattungsvollmacht → berechtigt zum Abschluss von Geschäften bestimmter Art, Generalvollmacht → berechtigt zum Abschluss von Geschäften irgendwelcher Art. Daneben unterscheidet man die Vollmacht zur aktiven (Abgabe der rechtserheblichen Erklärung) und zur passiven Vertretung (Annahme) und zwischen der Vollmacht mit Befugnis zur Substitution (der Bevollmächtigte kann die Vollmacht einem Dritten übertragen, so dass dieser als Bevollmächtigter für den Prinzipal handeln kann) und ohne Befugnis zur Substitution).
- Subjektiver Umfang: bestimmt, ob der Vertreter berechtigt ist, allein oder nur zusammen mit einem oder mehreren anderen für den Vertretenen zu handeln → Einzel- oder Kollektivvollmacht

3. Erlöschen der Vollmacht

- Fristablauf oder Eintritt einer Bedingung: setzt voraus, dass der Vollmachtgeber die Vollmacht zeitlich befristet oder unter einer resolutiven Bedingung erteilt hat. Die Beendigung des Vertrags, der einer Vollmacht zugrunde liegt, hat nicht ohne weiteres das Erlöschen der Vollmacht zur Folge, ausser die Vollmacht wurde auf die Dauer des Vertrags beschränkt oder verliere ihren Sinn durch die Beendigung des Vertrags.
- Widerruf durch den Vollmachtgeber: einseitiges Rechtsgeschäft, in dem der Vollmachtgeber dem Bevollmächtigten erklärt, die Vollmacht sei beendet. Ein solcher Widerruf ist jederzeit zulässig und kann formlos ergehen. Es kann auch eine Beschränkung der Vollmacht vorgenommen werden, die in einem teilweisen Widerruf besteht. Auf das Recht, die Vollmacht zurückzuziehen, kann der Vollmachtgeber nicht verzichten (→ ZGB 27)

- Verzicht durch den Vertreter: die Niederlegung der Vollmacht bildet ebenfalls einen Erlösungsgrund (umstritten). Sie wirkt auch ohne Zustimmung des Bevollmächtigten.
- Die „gesetzlichen“ Erlösungsgründe nach Art. 35 OR: sie wirken nur, soweit nichts anderes vereinbart ist oder aus der Natur des (dem Vertreter übertragenen) Geschäfts.

§ 14 Vertretung ohne Vollmacht

I. DER TATBESTAND

Der Vertreter handelt zwar im Namen eines anderen, jedoch ohne die hierzu erforderliche Vollmacht und damit ohne Vertretungsmacht. Es sind verschiedene Fälle denkbar: Entweder hat die Vollmacht nie bestanden; oder sie hat nie mit dem (für das betreffende Geschäft) erforderlichen Umfang bestanden; oder sie ist nachträglich erloschen oder wurde nachträglich beschränkt, sodass sie nicht mehr den erforderlichen Umfang aufweist. Ohne Vollmacht handelt auch ein Vertreter, der nur über die Kollektivvollmacht verfügt und dennoch allein handelt.

II. DIE RECHTSLAGE ZWISCHEN DEM VERTRETENEN UND DEM DRITTEN

1. Regel:

Keine Vertretungswirkung ohne Genehmigung! → Art. 38 OR

Vertretungswirkung setzt grundsätzlich Vertretungsmacht des Vertreters voraus → bei fehlender Vollmacht des Vertreters tritt keine Vertretungswirkung ein – es sei denn, die Rechtshandlung des Vertreters werde durch den Vertretenen genehmigt. Der Vertretene, für den der Vertreter ohne Vollmacht gehandelt hat, bleibt ungebunden (die Rechtshandlung wirkt weder für noch gegen ihn). Er kann die Handlung jedoch nachträglich genehmigen, was einen Ersatz für die Vollmacht darstellt. Der Dritte ist insoweit gebunden, dass er sich die nachträgliche Genehmigung des Rechtsgeschäfts ohne Vollmacht gefallen lassen muss. Er wird frei, sobald der Vertretene die Genehmigung ausdrücklich oder stillschweigend ablehnt. Die Ablehnung der Genehmigung begründet grundsätzlich keine Schadenersatzpflicht des Vertretenen gegenüber dem Dritten (ausser aus culpa in contrahendo).

2. Ausnahme:

Vertretungswirkung ohne Genehmigung.

Ausnahmsweise tritt die Vertretungswirkung trotz fehlender Vollmacht ein, ohne dass es der Genehmigung durch den Vertretenen bedarf.

a) Fälle des Gutgläubenschutzes Dritter:

Merkmale:

- Der Vertretene hat die Vollmacht nach aussen kundgegeben und der Vertreter handelt gegenüber einem Dritten, dem die Vollmacht kundgegeben wurde.
- Der Dritte ist gestützt auf die ihm kundgegebene Vollmacht gutgläubig (vertraut auf Bestand der kundgegebenen Vollmacht).
- Der gute Glaube heilt den Mangel, also tritt die Vertretungswirkung ex lege ein. Dem gutgläubigen Dritten kann das Fehlen der Vollmacht nicht entgegengehalten werden.

Fälle, in denen Vertretungswirkung trotz fehlender Vollmacht eintritt (abschliessend!):

- Die einem Dritten kundgegebene Vollmacht geht weiter als die wirklich erteilte Vollmacht. Dem Dritten gegenüber beurteilt sich der Umfang der Vollmacht dann „nach Massgabe der erfolgten Kundgebung“
- Der Vertretene gibt eine Vollmacht kund, die er überhaupt nicht erteilt hat.
- Die Vollmacht wird vom Vertretenen ganz oder teilweise widerrufen jedoch ohne Mitteilung des Widerrufs an Dritte

Externe Vollmacht: die vom Vertretenen nach aussen kundgegebene Vollmacht. Sie begründet aber keine Vertretungsmacht des Vertreters, sondern kann nur zum Schutz gutgläubiger Dritter herbeigezogen werden, um die Vertretungswirkung eintreten zu lassen.

b) Der Fall des Art. 37 OR:

Er betrifft die erloschene Vollmacht. Solange das Erlöschen der Vollmacht dem Bevollmächtigten nicht bekannt geworden ist, tritt die Vertretungswirkung von Gesetzes wegen ein, wie wenn die Vollmacht noch bestehen würde. Ausgenommen sind Fälle, in denen der Dritte vom Erlöschen der Vollmacht Kenntnis hatte. Art. 37 OR geht Art. 36 OR vor. Solange der Vertreter und der Dritte keine Kenntnis vom Widerruf haben, handelt der Vertreter mit Wirkung für den Vertretenen, mag ihm auch die Widerrufserklärung zugegangen sein.

III. DIE RECHTSSTELLUNG DES VERTRETERS

1. Rechtslage zwischen Vertreter und Drittem

- Negative Seite: Der Vertreter wird durch die Handlung, die er ohne Vollmacht im Namen des Vertretenen vorgenommen hat, grundsätzlich nicht persönlich (anstelle des Vertretenen) berechtigt und verpflichtet.
- Positive Seite: Unter den Voraussetzungen und im Umfang des Art. 39 OR wird der Vertreter dem Dritten zu Schadenersatz verpflichtet, falls die Vertretungswirkung nicht eintritt → Anwendungsfall der Culpa-Haftung.

2. Rechtslage zwischen Vertreter und Vertretenem

Hängt von den Umständen ab. Schädigt der Vertreter durch sein vollmachtloses Handeln den Vertretenen, so kann er dem Geschädigten gegenüber zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet werden

§ 15 Nachtrag

I. ECHTE UND UNECHTE STELLVERTRETUNG

Echte (unmittelbare/direkte) Stellvertretung: Der Eintritt der Vertretungswirkung setzt voraus, dass der Vertreter mit Vertretungsmacht und in fremdem Namen handelt.

Davon zu unterscheiden ist die unechte (indirekte/mittelbare) Stellvertretung. Sie zeichnet sich durch ihren Tatbestand und ihre Wirkung aus:

- Tatbestand: Der indirekte Vertreter handelt in seinem eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung. Er schliesst ein Geschäft ab, dessen wirtschaftlicher Erfolg zwar einem anderen zukommen soll, doch handelt er nicht in dessen Namen.
- Wirkung: Sie tritt nicht beim Vertretenen ein, sondern beim indirekten Vertreter selbst. Um die vom Vertreter begründeten Rechte und Pflichten aus den Vertretenen zu übertragen, bedarf es weiterer Rechtsgeschäfte (z.B. Abtretung oder Schuldübernahme).

II. NACHTRAG ZUR ECHTEN STELLVERTRETUNG

1. Mehrheit von Vertretern

Eine Vollmacht kann an mehrere Personen erteilt werden.

- Solidarvollmacht: Jede Bevollmächtigte kann einzeln für den Vollmachtgeber handeln
- Kollektivvollmacht: Mehrere Bevollmächtigte können den Vollmachtgeber nur gemeinsam vertreten, wodurch der subjektive Umfang der Vollmacht beschränkt ist. Es genügt auch, wenn die restlichen Bevollmächtigten die Handlung des einen nachträglich genehmigen. Für die passive Vertretung gilt, dass jedem einzelnen der Vertreter die Vertretungsmacht zusteht. Die Vertretungswirkung tritt also auch ein, wenn sich eine Erklärung eines Dritten nur an einen der Kollektivvertreter richtet (ausser es ergibt sich nichts anderes aus den Umständen).

2. Vertretung mehrerer; Handeln für sich und andere

Ein Vertreter kann ein Rechtsgeschäft auch im Namen mehrerer vornehmen, sodass die Vertretungswirkung bei mehreren Personen eintritt. Der Vertreter kann ein Geschäft auch in seinem eigenen Namen und im Namen des Vertretenen abschliessen. Die Wirkung tritt dann bei ihm und bei dem Vertretenen ein.

3. Selbsteintritt und Doppelvertretung

Beim Selbsteintritt (auch Selbstkontrahieren genannt) schliesst der Vertreter ein Geschäft, das er für den Vertretenen vornimmt, mit sich selber ab. Bei der Doppelvertretung schliesst ein von zwei Parteien Bevollmächtigter ein Geschäft zwischen diesen beiden ab, indem er sowohl als Vertreter der einen Partei als auch der anderen Partei handelt.

Diese Fälle nennt man „Insichgeschäfte“. Sie sind wegen möglicher Interessenkonflikte grundsätzlich verboten. Sie sind nur ausnahmsweise zulässig, wenn die Natur des Geschäfts eine Benachteiligung des Vertretenen ausschliesst oder dieser den Vertreter zum Geschäftsabschluss besonders ermächtigt hat. Handelt der Vertreter ohne diese spezielle Befugnis, tritt die Vertretungswirkung erst ein, wenn der Vertretene die Handlung nachträglich genehmigt hat.

4. Überschreitung einer Vollmacht

Vertretung ohne Vollmacht liegt auch vor, wenn der Vertreter eine erteilte Vollmacht überschreitet. Die Vertretungswirkung tritt also erst ein, wenn der Vertreter seine Genehmigung erteilt hat.

5. Wissensvertretung

Das Wissen und das Wissenmüssen des Vertreters werden in unserer Rechtsordnung grundsätzlich dem Vertretenen angerechnet → z.B: es wird nach der Person des Vertretenen beurteilt, ob das Rechtsgeschäft an einem Willensmangel leidet. Willenserklärungen Dritter werden nach dem Vertrauensprinzip so ausgelegt, wie der Vertretene sie verstehen durfte und musste.

6. Untervollmacht (Substitution)

Nach dem Inhalt seiner eigenen Vollmacht kann ein Vertreter (Hauptvertreter) befugt sein, im Namen und mit Wirkung für den eigenen Vollmachtgeber (Prinzipal) einen anderen (Untervertreter) zu bevollmächtigen. Die Vollmacht, die der Hauptvertreter dem Untervertreter erteilt, wird als Untervollmacht bezeichnet. Durch sie wird der Untervertreter Bevollmächtigter des Prinzipals und handelt in dessen Namen.

Es gibt aber auch die Vollmacht zur Vertretung des Hauptvertreters. Der Untervertreter hat deshalb im Namen des Hauptvertreters zu handeln; doch wirken seine Handlungen „durch den Hauptvertreter hindurch“ und treffen auf diese Weise (mittelbar) den Prinzipal.