

**OR I**

## 1. Teil: Grundlagen

### § 1 Rechtsquellen des Obligationenrechts

#### I. Eigenart der Rechtsquellen

- praktisch nur *gesetztes* Recht
- praktisch nur *Bundesrecht*
- praktisch nur *Gesetzesrecht*
- vorwiegend *nationales* Recht

#### II. Entwicklung des Bundesrechts im Bereich des Obligationenrechts

Seit 1874 liegt die Kompetenz zur Gesetzgebung von Obligationenrecht inkl. Handels- und Wechselrecht beim Bund. Darauf wurde 1881 das aOR erlassen. 1907 wurde das aOR ans ZGB angepasst und laufend abgeändert und ergänzt.

#### III. Das geltende "Obligationenrecht" (OR)

##### Gliederung

Das OR ist in *fünf Abteilungen* gegliedert. Nur die erste Abteilung befasst sich mit eigentlichem Schuld(Obligationen-)recht, der Rest ist Handelsrecht.

##### OR und ZGB

###### *OR als Bestandteil des ZGB*

*Materiell* bildet das OR den fünften Teil des ZGB. *Formell* hingegen ist das OR ein selbständiger Erlass, welcher umgangssprachlich (wie auch im Folgenden) als Eigenständig aufgefasst wird. Mit ZGB ist das ZGB im engeren Sinn gemeint.

###### *Einheit von ZGB und OR*

Das ZGB und das OR bilden eine *innere Einheit* durch:

- Anwendung der allgemeinen Bestimmungen (auch jene z.B. über unerlaubte Handlungen und ungerechtfertigte Bereicherung) des OR auf andere zivilrechtliche Verhältnisse (Art. 7 ZGB).
- Anwendung der allgemeinen Bestimmungen des ZGB auf das Gebiet des OR. Die obwohl im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt. Gemeint sind v.a. die Einleitungsartikel, aber auch weitere (z.B. Art. 11-19 ZGB, Art. 52 ff. ZGB).

##### OR und Sondergesetze

Das OR wird durch zahlreiche *Sondergesetze des Bundes* ergänzt. In gewissen Gesetzen sind obligationenrechtliche Bestimmungen mitenthalten. Diese Gesetze sind entweder nur privatrechtlicher Natur (BG über Pauschalreisen) oder teils privat-, teils öffentlichrechtlicher Natur (SVG).

Im *internationalen Bereich* stellen sich "kollisionsrechtliche" Vorfragen, welche durch das IPRG beantwortet werden.

##### Europäische Einflüsse und private Regelwerke

###### *Der Einfluss des Rechts der EU*

Die EU hat einen immer stärkeren Einfluss auf das schweizerische Recht. Trotz EWR-Nein werden Gesetze "Europa-kompatibel" ausgestaltet, um für etwaige Fälle gerüstet zu sein.

Dabei muss beim schweizerischen "*autonomen Nachvollzug*" europäischen Rechts, also der Übernahme europäischer Vorgaben ins schweizerische Recht, stets geprüft werden, ob die schweizerischen Normen in allen Punkten den europäischen Richtlinien entsprechen. Es muss bedacht werden, dass europäische Rechtsprechung und Lehre ebenfalls das schweizerische Recht beeinflusst.

### *Die Schaffung privater Regelwerke*

Es werden auch Regelwerke privat geschaffen, welche für die Gerichte nicht verbindlich sind. Sie sind aber z.B. im Schiedsgerichtswesen durchaus von Bedeutung. Beispiele:

- "*Principles of International Commercial Contracts*". Sie wollen ein stimmiges Regelwerk schaffen, welches von Parteien angewandt werden kann, welche aus Ländern mit verschiedenen Rechtsstraditionen und wirtschaftlichen und politischen Bedingungen kommen. Soll dann anwendbar sein, wenn es die Parteien so vereinbart haben.
- "*Principles of European Contract Law*". Erklärte Grundlage für ein zukünftiges europäisches Vertragsrecht. Anwendbar bei Vereinbarung oder wenn keinerlei Rechtswahl getroffen wurde.

### *Ausblick*

Die Frage der internationalen Vereinheitlichung bedarf einer näheren Untersuchung.

## § 2 Grundbegriffe des Obligationenrechts

### I. Obligation

"Obligation" ist ein juristischer Fachausdruck lateinischen Ursprungs. Er bezeichnet eine Rechtsbeziehung (ein Rechtsverhältnis) zwischen zwei Personen (oder Personengruppen), wobei eine Person (Gläubiger) eine *Forderung* gegenüber einer anderen Person (Schuldner) hat.

Siehe G/S/S, Nr. 25.

### II. Forderung

#### **Begriff**

*Forderung ist ein klagbares Recht auf Leistung.* Gläubiger und Schuldner sind stets Rechtssubjekte. Forderung und Schuld sind korrelative Begriffe, welche denselben Sachverhalt (Obligation) aus verschiedenen Sichtweisen beschreibt. Obwohl auch mehrere Gläubiger oder mehrere Schuldner pro Obligation möglich sind, handelt es sich *stets* um eine *Zweiparteienbeziehung*.

#### **Entstehung der Forderung**

Zur Entstehung einer Forderung bedarf es eines *Grundes*: nicht abschliessend sind dies der *Vertrag* (Art. 1 ff. OR), die *unerlaubte Handlung* (Art. 41 ff. OR) und die *ungerechtfertigte Bereicherung* (Art. 62 ff. OR).

#### **Gegenstand der Forderung: Leistung des Schuldners**

Die Leistung des Schuldners ist – kurz gesagt – Aufwand zum Vorteil eines anderen. Sowohl materiell (Geld, Arbeit) als auch individuell (Musik, Unterlassen von Lärm). Es sind verschiedene Arten von Leistungen:

- *Tun, Unterlassen, Dulden* oder Kombinationen
- *Tatsächliche* Leistung (z.B. körperliche Arbeitsleistung) oder *rechtliche* Leistung (z.B. Abtretung)
- *Einmalige* Leistung oder *fortgesetzte* Leistung
- *Individuelle* Leistung (z.B. Übereignung einer Kaufsache) oder *überindividuelle* Leistung (z.B. Kinobesuch)

#### **Inhalt der Forderung**

##### *Das private Recht des Gläubigers auf Leistung des Schuldners*

Der privatrechtliche Inhalt der Forderung spielt sich zwischen Gläubiger und Schuldner ab. Der Gläubiger hat die *Einziehungsbefugnis*, also die Befugnis, die Leistung (gerichtlich oder aussergerichtlich, z.B. Mahnung) zu verlangen, sobald die Forderung fällig ist. Auf der anderen Seite gibt es die *Genussbefugnis* des Gläubigers: Befugnis, die Leistung entgegen zu nehmen und zu "geniessen".

### *Das Klagerecht des Gläubigers*

Das private Recht des Gläubigers auf Leistung ist *klagbar*. Das Klagerecht richtet sich gegen den Staat als Träger der Gerichtsbarkeit (öffentlich-rechtlich). Es besteht also ein *Recht* auf staatlichen Rechtsschutz, *also auf Verurteilung des Schuldners zu Leistung und überdies auf alle Vollstreckungsmassnahmen, die das Gesetz zur Durchsetzung der Forderung vorsieht*.

- Recht auf Urteil
- Recht auf Realvollstreckung (Recht auf behördliche Massnahmen zur Erzwingung der Leistung).

### *Das Zugriffsrecht des Gläubigers*

Es besteht im *Recht des Gläubigers, im Fall der Nichtleistung auf das Vermögen des Schuldners zu greifen*. Grundsätzlich ist dies aber nicht als Recht auf privaten Zugriff zu verstehen, sondern muss nach Bundesrecht (SchKG) verlaufen. Somit sind eigentlich nur Geldschulden erfasst (Art. 38 Abs. 1 SchKG).

## **Forderung und andere subjektive Rechte**

Die Forderung ist ein subjektives Recht und somit eine "Berechtigung". Es herrscht ein Theorienstreit. Unbestritten ist, dass nicht jedes subjektive Recht auch eine Forderung darstellt. Von der Forderung sind zu unterscheiden:

### *Absolute Rechte*

Absolute Rechte richten sich gegen jedermann ("erga omnes"). Zu unterscheiden sind *dingliche Rechte, Immaterialgüterrechte* und *Persönlichkeitsrechte*.

Eine *Forderung* ist demgegenüber ein *relatives ("persönliches") Recht*, das sich nur und gerade gegen den (oder die) Schuldner richtet.

### *Gestaltungsrechte*

Das Gestaltungsrecht besteht in der *Befugnis, durch einseitige Willenserklärung die Rechtsstellung eines anderen (ohne dessen Mitwirkung) zu verändern*. Somit wird der sonst geltende Grundsatz der gegenseitigen Zustimmung (Vertrag) durchbrochen.

- *Arten*  
Siehe G/S/S, Nr. 66 ff.
- *Die Einrede*  
Die Einrede ist im engen (materiellen) Sinn nach verbreiteter Meinung ebenfalls ein Gestaltungsrecht. Sie erschöpft sich in der *Befugnis, die Erfüllung eines Rechts, das sich gegen den Einredoberechtigten richtet, zu verweigern*.

### *Vertragsrechte*

*Befugnis, Dritten gegenüber mit Wirkung für einen anderen so zu handeln, wie wenn der andere selbst handeln würde*. Dazu bedarf es einer Ermächtigung (Art. 32 Abs. 1 OR, Art. 33 OR).

## **Einzelfragen**

- Forderung und Anspruch: Begrifflich nur schwer auseinander zu halten.
- "*Unvollkommene Obligation*" umfasst mehrere Sachverhalte:
  - Die *Naturalobligation* ist eine "Forderung ohne Klagbarkeit". Das Recht besteht, der Staat verweigert aber den Rechtsschutz aus div. Gründen. Bsp. Art. 513 OR, Wettschulden.
  - Die *sittlichen Pflichten*. Keine *Rechtspflicht*, aber eine *sittliche Pflicht*.
  - Die *einredebelastete Forderung* ist zwar klagbar, doch vom Schuldner durch Einrede zu unterbinden.
- Die Realobligation beinhaltet ein klagbares Recht auf Leistung und ein "*reales*" ("*dingliches*") *Element*. D.h. es knüpft am "Ding" an und nicht am Schuldner, welcher z.B. durch Eigentumsübergabe ändern kann.

### III. Schuld, Haftung und Schuldverhältnis

#### Schuld

Die Schuld *besteht in der einklagbaren Pflicht zur Leistung*. Korrelat zur Forderung der Gläubigerin. Grundsätzlich ist der Schuldner nur dann verpflichtet, persönlich zu leisten, wenn es auf seine Persönlichkeit ankommt (Art. 68 OR). Dies dürfte sogar die Ausnahme sein.

Es werden *erfolgsbezogene* und *nicht erfolgsbezogene* Schulden unterschieden. Zwar hat jede geschuldete Tätigkeit einen Erfolg zum Ziel, welcher aber nicht in jedem Fall mitgeschuldet ist. Z.B. ist der Arzt nicht verpflichtet, zu heilen, sondern nur zielgerichtete Heiltätigkeit. Anders sieht es bei einem Handwerker aus, welcher den Erfolg, z.B. die fertige Mauer, mitschuldet.

*Wahlobligation / Alternativermächtigung ???, G/S/S, Nr. 92.*

Die Schuld kann eine *einfache Schuld* sein, oder eine *Dauerschuld*. Bei der einfachen Schuld erlischt die gezahlte (meist einfache) die Forderung mit der Erfüllung (z.B. Kaufschuld, Ratenzahlung). Bei der Dauerschuld verlangt ein fortdauerndes oder wiederholtes Leistungsverhalten. (z.B. Vermietung einer Wohnung oder Pedalos).

Auf Sachleistungen gerichtete Schulden sind entweder *Stückschulden* (Speziesschulden), bei welchen die Sache individuell bestimmt ist oder *Gattungsschulden* (Genus-Schulden), welche nur der Gattung nach (Art und Zahl) bestimmt sind. Dazwischen gibt es noch die *begrenzte Gattungsschuld* (z.B. 1'000 Liter Wein aus einem begrenzten Vorrat von 100'000 Litern). Diese Unterscheidung wird im Vertrag getroffen und hängt nicht von der Natur der Sache ab!

Von der Schuld zu unterscheiden ist die *Obliegenheit*. Z.B. obliegt es dem Käufer, die Waren auf Mängel zu prüfen. Eine Obliegenheit ist aber *nicht* einklagbar und somit eine "Pflicht minderen Grades". Meist liegt sie im Interesse des Belasteten, da ihm gewisse Rechte (z.B. Umtausch) nicht mehr ausüben kann wenn er seine Obliegenheit verletzt. Wird in der Rechtssprache trotzdem oft als "Pflicht" bezeichnet.

#### Haftung

##### *Schuldhaftung*

Die Schuldhaftung ist die Hauptform der "Haftung". Es ist das *Einstehenmüssen des Schuldners für die Erfüllung seiner Schuld* mit seinem Vermögen. *Es ist also die Gegenseite des in der Forderung enthaltene Zugriffsrecht*. Der Weg führt über eine Betreibungsverfahren (kein Recht auf privaten Zugriff!). Verschiedene Haftungen in G/S/S, Nr. 107 ff.

Grundsätzlich haftet das Schuldnervermögen allen Gläubigern zu gleichen Teilen. Diese *Gleichstellung der Gläubiger* wird aber verschiedentlich durchbrochen (z.B. Art. 110 Abs. 2 SchKG).

##### *Weitere Begriffe des Wortes "Haftung"*

Bsp.: Schadenersatzpflicht, Einstehenmüssen für Mängel einer Kaufsache oder eines Werks. Oft wird "Haftung" synonym zu Schuld gebraucht. M.w.H. G/S/S, Nr. 113 f.

#### Schuldverhältnis

???

### IV. Rechtsgeschäft

#### Begriff

Private (nicht hoheitliche) *Willenserklärung, die darauf gerichtet ist, eine dem erklärten Willen entsprechende Rechtsfolge eintreten zu lassen*.

Die *Willenserklärung* bildet den Grundtatbestand (Kern) jedes Rechtsgeschäftes. Dies kann eine einzige Willenserklärung sein (z.B. Kündigung) oder auch mehrere übereinstimmende (z.B. Vertrag). Es können weitere Tatbestandselemente dazukommen. Z.B. die Übertragung des Besitzes (Art. 714 ZGB) bei Fahrniskäufen.

Die *Rechtsfolge* besteht in der Begründung, Änderung oder Beendigung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses. Bsp.: Ein Schuldverhältnis entsteht, Eigentum geht über, eine Forderung geht unter. Wesentlich ist, dass die eingetretene Rechtsfolge mit dem erklärten Willen *übereinstimmt*.

## Arten

### *Einteilung nach dem Tatbestand*

- **Einseitiges Rechtsgeschäft**  
Es besteht in einer *einzigsten Willenserklärung* (z.B. Ermächtigung, letztwillige Verfügung (Art. 498 ZGB)).
- **Vertrag**  
Ist ein *Austausch übereinstimmender Willenserklärungen*. Beteiligt sind also zwei oder mehrere Rechtssubjekte.
- **Beschluss**  
Zwei- oder mehrseitiges Rechtsgeschäft, aber kein Vertrag. Dient zu einer *einheitlichen Entscheidung in einer gemeinsamen Angelegenheit*. (z.B. GV einer AG). Bedarf i.d.R. nur Stimmenmehrheit und nicht Einigung.

### *Einteilung nach der Rechtsfolge*

- **Rechtsgeschäfte unter Lebenden**  
Dient dazu, *zu Lebzeiten der Beteiligten Wirksamkeit zu entfalten*.
  - *Verpflichtungsgeschäfte begründen eine oder mehrere Obligationen*. Typischerweise der Kauf oder der Arbeitsvertrag.
  - *Verfügungsgeschäfte ändern unmittelbar, endgültig und zu Gunsten eines anderen den Bestand oder Inhalt eines Rechts, das einem Erklärenden zusteht*. Endgültig: der frühere Zustand kann nur noch mit Zustimmung des anderen wiederhergestellt werden (z.B. Eigentumsübertragung, Aufhebung einer Forderung).  
Den Verfügungsgeschäften geht meist ein Verpflichtungsgeschäft (als Grundgeschäft) voraus. Merke: Der Kaufvertrag ist ein Verpflichtungsgeschäft (Art. 184 OR), seine Erfüllung geschieht durch das nachfolgende Verfügungsgeschäft.
- Ein *Statusgeschäft* (Sozialakt) *begründet oder beendet eine dauerhaftes Gemeinschaftsverhältnis* (z.B. Eheschliessung, Gründung einer AG).
- Die *Ermächtigung bewirkt dass ein anderer (der Ermächtigte) befugt ist, im Rechtsbereich des Erklärenden zu handeln*.
- **Rechtsgeschäfte von Todes wegen**  
Sie *gestaltet die Nachfolge in eine Erbschaft*, indem sie den Nachlass betreffen. (z.B. letztwillige Verfügung).
- **Rechtsgeschäfte für sich selbst oder für einen anderen**  
Normalfall: für sich selbst, ausnahmsweise für einen anderen.

### *Das Gestaltungsgeschäft im Besonderen*

Das Gestaltungsgeschäft ist ein *einseitiges Rechtsgeschäft, mit dem der Erklärende ein Gestaltungsrecht ausübt*. Ist nicht im Gesetz nicht besonders geordnet; folgend einige allgemeine Regeln aus Lehre und Rechtsprechung:

- Die *Wirksamkeit* ist abhängig von den Schranken des Gestaltungsrechts, von Treu und Glauben und Rechts- oder Sittenwidrigkeit.
- Ausübung von Gestaltungsrechten unter einer *Bedingung* sind grundsätzlich unwirksam.
- Die Ausübung eines Gestaltungsrechts ist grundsätzlich *unwiderruflich*. Dies rechtfertigt sich im Schutz des Erklärungsgegners, der nicht der Willkür des Berechtigten ausgesetzt sein soll.
- Grundsatz der *Unverjährbarkeit*. Aber: ev. Verwirkungsfrist.

Diese Grundsätze sind aber nie auf alle Gestaltungsgeschäfte anwendbar.

## **Rechtsgeschäft und andere juristische Tatsachen**

Siehe G/S/S, Nr. 162 ff.

## V. Willenserklärung

### Begriff

*Mitteilung des Willens zur Begründung, Änderung oder Beendigung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses.* Es bedarf mindestens eines Erklärenden und eines Erklärungsempfängers. Die Willenserklärung umfasst zwei Elemente:

- *Der Wille des Erklärenden:* Der *Geschäftswille* besteht im (endgültigen und aktuellen) Willensentschluss des Erklärenden, ein Rechtsverhältnis in einer bestimmten Weise zu gestalten. Der *Erklärungswille* besteht im Entschluss, des Erklärenden, den bestehenden (!) Geschäftswillen dem Empfänger mitzuteilen. Siehe G/S/S, Nr. 173.
- *Der Erklärungsvorgang* umfasst die *Abgabe* der Erklärung und deren *Kenntnisnahme*.

### Form

Die Form ist die *Art und Weise, wie der Erklärende seinen Geschäftswille dem Empfänger mitteilt*. Manche Geschäfte sind "*formbedürftig*".

#### *Reine Erklärung*

Die Mitteilung erfolgt durch eine *Handlung, die gerade und nur bezweckt, den Geschäftswillen kundzutun*. Das ist die Regel. Zu den Ausdrucksmitteln gehören: *Sprache* (Wort oder Schrift), *Zeichen* oder sogar blosses *Schweigen*.

#### *Konkludentes (schlüssiges) Verhalten*

*Der Erklärende gibt den Geschäftswillen dadurch kund, dass er ihn gegenüber dem Erklärungsempfänger bestätigt.* Ausnahmefall. Bsp.: Käuferin legt Waren an der Kasse vor.

#### *Mündliche und schriftliche Erklärung*

Mündliche Erklärungen können z.B. auch durch Telefon oder Tonband erfolgen. Möglich sind auch schriftliche Erklärungen auf Papier oder auf elektronischem Weg via Telex, Telefax, Teletex, Videotext oder E-Mail.

#### *Unmittelbare und mittelbare Erklärung*

Bei *unmittelbaren Erklärungen* fallen Abgabe und Empfang der Erklärung zeitlich zusammen (Face-to-face, Telefon).

Bei *mittelbaren Erklärungen* schiebt sich durch die Übermittlung eine Zeitspanne dazwischen, auch wenn diese möglicherweise nur von sehr kurzer Dauer ist (E-Mail).

#### *Ausdrückliche und stillschweigende Erklärung*

*Ausdrücklich* ist eine Erklärung durch Worte oder Zeichen. *Stillschweigend* ist sie, wenn sie durch Schweigen erfolgt, jedoch *nur* dann, wenn das Erklärungsverhalten *eindeutig* ist. Ebenfalls als konkludent bezeichnet (siehe G/S/S, Nr. 191).

### Empfangsbedürftigkeit

Im Gesetz selber zwar nicht ausdrücklich erwähnt, aber sich aber in der Lehre eingebürgert.

#### *Empfangsbedürftige Erklärung*

Die meisten Erklärungen im OR sind empfangsbedürftig.

- *Ihr Merkmal* ist es, dass sie nur wirksam ist, wenn sie gegenüber einer (oder mehreren) bestimmten Person(en) abgegeben wird (z.B. Kündigung).
- *Das Wirksamwerden* setzt i.d.R. voraus, dass die Erklärung dem Empfänger *zugeht*. Der Zugang entscheidet darüber, *ob und wann* die Erklärung wirksam wird. Bei den unmittelbaren Erklärungen ist das der Zeitpunkt der Kenntnisnahme, bei mittelbaren Erklärungen das Eintreffen (unabhängig von der Kenntnisnahme). Umgekehrt genügt das reine Absenden (Post) nicht.
- Der *Zugang mittelbarer Erklärungen* hängt von der Art der Übermittlung ab:
  - Schriftliche Erklärungen mit Hilfe eines Erklärungsträgers (z.B. Brief) gehen zu, wenn sie im Machtbereich des Empfängers sind (z.B. Briefkasten, Sekretärin).

- Schriftliche Erklärungen im elektronischen Verkehr gehen zu, sobald sie vom Empfänger abgerufen werden können.
- Mündliche Erklärungen mit Hilfe eines Empfangsboten gehen dem Empfänger zu, sobald dessen Bote sie wahrnimmt.

#### *Nicht empfangsbedürftige Erklärung*

Es genügt eine Erklärung an eine Mehrheit noch unbestimmter Personen (z.B. letztwillige Verfügung) oder an jedermann (z.B. Auslobung).

## VI. Vertrauensprinzip

### Das Prinzip

Siehe G/S/S, Nr. 207 ff.

### Verdeutlichung

Das Vertrauensprinzip dient dem Schutz der Verkehrssicherheit. Es leitet sich aus dem *Grundsatz von Treu und Glauben* (Art. 2 ZGB) ab.

Das Vertrauensprinzip ist aber *nur dann sinnvoll und erforderlich, wenn nicht feststeht, dass der Empfänger den Erklärenden tatsächlich richtig verstanden* (und dessen Willen also erkannt) *hat*. Das trifft z.B. dann nicht zu, wenn der Erklärende irrtümlich Franken statt Dollar geschrieben hat, der Empfänger aber erkannt hat, dass Dollar (und nicht Franken) gemeint waren. Dies ist in *Art. 18 Abs. 1 OR* festgehalten.

Kommt das Vertrauensprinzip zur Anwendung, fordert es ein Urteil vom *Standpunkt des Empfängers* aus. Massgebend ist der Sinn der Erklärung wie der Empfänger (und nicht ein "abstrakter" Dritter) ihn verstehen durfte und musste. Es ist aber kein Blankoschein für den Empfänger. Von ihm wird erwartet, dass er die Erklärung sorgfältig prüft.

Bei Missverständnissen gibt es *drei Fälle*: Siehe G/S/S, Nr. 218 ff.

Das Vertrauensprinzip klärt nicht nur die Frage des Inhaltes der Willenserklärung, sondern schon (vorfrageweise) den Erklärungscharakter eines bestimmten Verhaltens. Also ob ein bestimmtes *Verhalten* (*ohne Erklärungsbewusstsein*) (z.B. Schweigen) als Erklärung verstanden werden durfte und musste.

## VII. Vertrag

### Begriff

#### *Der juristische Fachbegriff*

Doppeldeutigkeit des Begriffes. Entweder Vertrag als *Rechtsgeschäft* oder als *Rechtsverhältnis*.

#### • *Vertrag als Rechtsgeschäft*

*Austausch übereinstimmender Willenserklärungen, darauf gerichtet, eine den übereinstimmenden erklärten Willen entsprechende Rechtsfolge zu bewirken*. Siehe G/S/S, Nr. 225 ff. Die Rechtsfolge trifft nur ein, wenn noch weitere Voraussetzungen erfüllt sind. Art. 1 Abs. 1 OR sagt dann auch nur aus, dass übereinstimmende Willensäußerungen für den Abschluss eines Vertrages erforderlich seien, nicht aber, dass er für den Eintritt der Rechtsfolge genüge. Vorausgesetzt ist aber auf jeden Fall, dass der Vertrag nicht unter einem Mangel leidet.

Der Vertrag kann also zustande gekommen sein. Jedoch *gültig* zustande gekommen nur dann, wenn keine Gültigkeitsmängel vorliegen.

#### • *Vertrag als Rechtsverhältnis*

Gleichbedeutend mit "*Vertragsverhältnis*". Dieses Verhältnis besteht in der Rechtsfolge des Vertragsabschlusses, z.B. einem Kauf-, oder Mietverhältnis.

#### *Vertrag als Vertragsurkunde (Nebensinn)*

### Arten

Siehe G/S/S, Nr. 236 ff.

## Schuldvertrag

Er ist der wichtigste der schuldrechtlichen Verträge.

### Begriff

Der Schuldvertrag ist eine *Vertrag, durch dessen Abschluss mindestens eine Obligation entsteht*. Wird er vom Vertragstatbestand her definiert, so ist er: *Ein Vertrag, bei welchem mindestens einer der ausgetauschten Erklärungen in einem Versprechen besteht*. Ein Versprechen ist die Erklärung des Verpflichtungswillens (Versprechen einer Leistung). Er ist der *Grund* zur Entstehung der Obligation.

### Arten

- Nach dem Verhältnis zum Gesetz:
  - *Nominatsverträge*: In der zweiten Abteilung des OR oder in Spezialgesetzen geregelte Vertragstypen.
  - *Innominatsverträge*: Nicht geregelte Vertragstypen mit Elementen aus diversen anderen (geregelten) Vertragstypen.
  - *Zusammengesetzte Verträge*: Vertragsverbindungen von einzelnen (an sich selbständigen Verträgen), nach dem Willen der Parteien miteinander verbunden (z.B. Brauerei gewährt einem Gastwirt ein entgeltliches Darlehen, dieser muss dafür bei jener Brauerei das Bier einkaufen).
- Nach der Leistungsbeziehung:
  - *Einseitiger Schuldvertrag*: Zwei Parteien, von denen aber nur die eine eine Leistung schuldet (z.B. Schenkungsvertrag).
  - *Zweiseitiger Schuldvertrag*: Zwei Parteien, von denen beide je eine Leistung schulden.
    - *Vollkommene zweiseitige Verträge*: z.B. Kauf
    - *Unvollkommene zweiseitige Verträge*: Kein Austauschverhältnis (z.B. Rückleistung beim unentgeltlichen Darlehen oder Auslagenersatz beim unentgeltlichen Auftrag).
  - *Gesellschaftsvertrag*: Interessensgemeinschaft (Art. 530 OR).
- Nach dem Verhältnis zur Zeit:
  - *Lang- und kurzzeitige Verträge*: Stellt auf die Dauer zwischen Vertragsabschluss und Leistungserbringung ab.
  - *Dauervertrag*: Dauerschuld wie z.B. bei der Miete, Gebrauchslleihe oder beim EAV.
  - *Einfacher Schuldvertrag*: z.B. Kauf, Schenkung.

### Sonderfall: Handgeschäft (auch Bargeschäft)

Vorgegebene Definition bei *Schuldverträgen* geht von einer *künftigen Leistung* aus. Im Alltag sind aber die Handgeschäfte (z.B. Kaugummikauf am Kiosk) die Regel.

Je nach Auffassung wird das Handgeschäft auch den Schuldverträgen untergeordnet, wobei von einer "logischen Sekunde" des Auseinanderfallens der beiden Zeitpunkte ausgegangen wird. Manche Autoren finden dies überflüssig und sehen in dem eher eine künstliche Unterordnung der Handgeschäfte in die Schuldgeschäfte.

### Faktisches Vertragsverhältnis

Obwohl ein gültiger Vertrag fehlt, werden gewisse Rechtsverhältnisse, da Vertragsverhältnissen so ähnlich, wie solche behandelt.

## § 3 Entstehung der Obligation (Überblick)

Siehe G/S/S, Nr. 271 ff.

## 2. Teil: Abschluss des Vertrags

### § 4 Vertragsabschluss im Allgemeinen

#### I. Übersicht

Der *Vertragstatbestand* des Art. 1 Abs. 1 OR besteht im Austausch übereinstimmender Willensäußerungen.

Merke: Ein Angebot muss rechtzeitig angenommen werden. Diese Frist gilt im Folgenden stets als gewahrt.

Mit seinem Abschluss ist der Vertrag zustande gekommen. Grundsätzlich tritt dann die Vertragswirkung ein, sprich der Vertrag ist *gültig* zustande gekommen. Vorbehalten bleiben *zusätzliche Tatbestandsmerkmale* wie z.B. die Zustimmung Dritter und das Fehlen eines *Mangels*, wie:

- Die *Handlungsfähigkeit* einer Partei
- Die *fehlende Verfügungsmacht* (Dieser Mangel kann immerhin geheilt werden)
- Der *Formmangel*
- Der *Inhaltsmangel*
- Die *Übervorteilung* (Art. 21 OR) und die *Willensmängel* (soweit erheblich) (Art. 23 ff. OR)  
Diese zwei Mängel machen den Vertrag *einseitig* unverbindlich. Nach einer anderen Ansicht ist der Vertrag gültig aber "ex tunc" anfechtbar.

#### II. Die beim Vertragsschluss Beteiligten

Am Vertragsschluss beteiligte sind in erster Line (und notwendigerweise) die *Vertragsparteien*: Sie geben die Willenserklärung ab. Entweder persönlich, oder aber durch einen Vertreter (auch Computer) dessen Erklärung *zugerechnet* wird.

Jede Partei muss im erforderlichen Masse *handlungsfähig* sein. Der gute Glaube (Art. 3 ZGB) an die Handlungsfähigkeit des Vertragspartners wird *nicht* geschützt. Ein solcher Vertrag ist nichtig, bei Urteilsunfähigen jedoch im Nachhinein durch Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu heilen.

Es können *weitere Personen* am Vertragsabschluss beteiligt sein:

- Vertreter (auch Organe);
- Erklärungshelfen wie Notare, Dolmetscherinnen, Boten;
- Personen, deren Zustimmung zum Vertragsabschluss erforderlich sind.

#### III. Übereinstimmende Willenserklärung

Die übereinstimmenden Willensäußerung ist dahingehend übereinstimmend, als "dass ein Vertrag mit bestimmtem Inhalt" deren "rechtliche Beziehung regeln soll". Das Einverständnis muss sich auf *alle wesentlichen Vertragspunkte* beziehen.

Beim so genannten Konsensstreit geht es darum, ob alleine die Willenserklärung als Aussage (Wortlaut von Art. 1 OR) ausschlaggebend ist, oder ob es auf den inneren Willen drauf an kommt.

#### Das Vorliegen übereinstimmender Willenserklärungen; tatsächlicher und rechtlicher Konsens

Den *Zustand*, wenn übereinstimmende Willenserklärungen ausgetauscht wurden nennt man *Konsens*.

Der Normalfall sieht so aus, dass beide Parteien einander *tatsächlich richtig verstanden* haben. Es handelt sich um die *wirklichen Willen* der Parteien. Beide wollten also diesen inhaltlich festgelegten Vertrag so abschliessen. Man spricht dabei vom *tatsächlichen Konsens*, oder aber auch vom "inneren" oder "natürlichen" Konsens. Es handelt sich auch um einen tatsächlichen Konsens, wenn von einer Partei eine "unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise" gebraucht wurde. Der tatsächliche Konsens ist Ausfluss aus dem *Prinzip der Privatautonomie*. Der Wille jedes einzelnen wird respektiert.

Vom Normalfall abweichend ist jener (pathologische) Fall, in dem *mindestens eine der Parteien die andere nicht tatsächlich richtig verstanden hat*. Deren Wille also nicht erkannt hat. In diesem Fall kommt das *Vertrauensprinzip* zum Zug. Die Erklärung der anderen Partei ist so auszulegen, wie sie der Empfänger nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste. Dieser Konsens wird als *rechtlichen Konsens* bezeichnet, oder auch als "äusseren" oder "normativen" Konsens. Dies, weil hier eine

*Wertung* vorgenommen wurde. Obwohl nicht tatsächlich, so haben sich die Parteien *im Rechtssinn* "geeignet". Dies ist mit dem Vertrauensschutz zu begründen, welcher das Prinzip der Privatautonomie komplettiert.

Zur praktischen Nützlichkeit der Unterscheidung von tatsächlichem und rechtlichem Konsens siehe G/S/S, Nr. 319 ff. ?????

### **Der Konsens und der Dissens**

Dissens ist grundsätzlich als Gegenteil von Konsens zu verstehen. Also wenn weder ein tatsächlicher noch eine rechtlicher Konsens vorliegt.

### **Die Einigung über den wesentlichen Vertragsinhalt**

Oft sind Verträge lückenhaft und müssen ergänzt werden, weil einzelne Rechtsfragen nicht durch zwingendes Recht oder durch die Parteien nicht oder nur unvollständig geregelt wurden. Ergänzt wird durch dispositives Recht, Gewohnheitsrecht und Richterrecht.

#### *Die wesentlichen Vertragspunkte*

Es ist nicht verlangt, dass der *gesamte* Vertragsinhalt geregelt ist. Der *Konsens muss sich aber zumindest auf die wesentlichen Punkte beziehen*. Ohne Einigung über sie ist Art. 1 Abs. 1 OR nicht erfüllt. Dies steht zwar nicht ausdrücklich in Art. 1 Abs. 1 OR, wird aber von Art. 2 Abs. 1 OR aber vorausgesetzt. Zu unterscheiden sind die objektiv und die subjektiv wesentlichen Vertragspunkte:

#### *Die objektiv wesentlichen Vertragspunkte*

stehen im Vordergrund. Sie bilden den unentbehrlichen "Geschäftskern", nämlich "das und nur das, was nach den Umständen gerade genügt, um ein sinnvolles Ganzes darzustellen.

Um zu definieren, was wesentlich ist, soll erst geschaut werden, was *unwesentlich* ist: Unwesentlich sind die Punkte, welche das Gesetz schon zwingend regelt, etwaige Abänderungen der Parteien also zum vornherein ungültig sind. Es gehören auch diejenigen Punkte dazu, welche bei fehlender Abrede nicht ungeregelt bleiben (z.B. dispositives Recht). Die wesentlichen Punkte erstrecken sich also auf jene Anliegen, welche die Regelung der Parteien bedürfen, weil sie sonst nicht geschlossen werden können.

Dazu muss feststehen, wie weit die Zuständigkeit des Gerichtes reicht. Dies ist nicht normativ festzuhalten. Es kann für heute aber gesagt werden, dass das Gericht z.B. nicht zuständig sein kann, einen Kaufpreis anstelle der Parteien festzulegen oder den Zweck einer einfachen Gesellschaft zu umschreiben. Ebenfalls wesentlich ist, ob eine Leistung entgeltlich oder unentgeltlich erbracht wird. Steht zwar fest, dass die Leistung entgeltlich erbracht wird, jedoch nicht der genaue Betrag, so stehen einander verschiedene Meinungen gegenüber. Das BGer sagt, der Preis sei nicht ergänzbar, sprich objektiv wesentlich. Die h.L. hingegen stellt darauf ab, dass ein Preis vom Richter festgesetzt werden kann (z.B. anhand des Marktwertes einer Sache).

Objektiv wesentliche Punkte können bestimmt oder *bestimmbar* sein:

- bestimmt
  - Betrag (z.B. 50'000.-)
- bestimmbar
  - (aktueller) Marktwert
  - objektiv bestimmbar (z.B. Schätzer)
  - subjektiv bestimmbar (vom Verkäufer beliebig anzusetzen). Diese Variante ist in der Lehre sehr umstritten, denn es wird allgemein ein Widerspruch zu Art. 27 ZGB gesehen. Soweit die Theorie. In der Praxis werden jedoch häufig solche Verträge abgeschlossen, beispielsweise mit Banken, welche den Zins selbst festlegen und abändern können.

Die hier vertretene Auffassung von objektiv wesentlichen Punkten weicht von der (wohl) h.L. ab. Diese bezeichnet solche Punkte als objektiv wesentlich, welche "vertragstypenbestimmende" Teile enthält. Kritik siehe G/S/S, Nr. 340.

#### *Die subjektiv wesentlichen Vertragspunkte*

Vertragspunkte, welche eine "*conditio sine qua non*" für den *Abschlusswillen* der Parteien bilden. Wird über subjektiv wesentliche Punkte keine Konsens erzielt, so fehlt es am übereinstimmend erklärten Abschlusswillen, weshalb kein Vertrag zustande kommt, sei dies für die Parteien auch nicht ersicht-

lich. Beachte Art. 2 Abs. 1 OR: Es besteht die Vermutung, dass wenn in einem Vertrag Nebenpunkte vorbehalten sind, es sich bei diesen um subjektiv *unwesentliche* Punkte handelt.

*Siehe G/S/S, Nr. 342.*

"Wer objektiv *unwesentliche* Punkte als Bedingung seines Vertragswillens ansieht, muss dies *deutlich zu erkennen geben*!"

*Die Frage der genügenden Bestimmtheit*

?????

### **Einzelfragen**

*Bedeutung des wirklichen Willens* für das Zustandekommen des Vertrages. Wenn ein tatsächlicher Konsens besteht herrscht der wirkliche Wille. Nur beim rechtlichen Konsens ist es möglich, dass entgegen des wirklichen Willens der einen Partei entschieden wird.

*Begriff der "übereinstimmenden Willensäußerung" in Art. 1 Abs. 1 OR.* Übereinstimmende Willenserklärung der Parteien. Für eine abweichende Meinung beschreibt Art. 1 Abs. 1 OR lediglich den Normalfall des tatsächlichen Konsenses.

*Vertrag mit einem Inhalt, welche keine der Parteien gewollt hat?* Nein, denn das Vertrauensprinzip wird nie angewandt, wenn es *zu lasten beider* Parteien geht (Stufe Vertrauensprinzip). Den "beidseitig unbewussten und ungewollten Vertragsschluss" gibt es nicht.

*Abgrenzung von Vertrag und Gefälligkeitsgeschäft.* Siehe Spontanfall 14. ?????

*Verhältnis der wesentlichen Vertragspunkte zur gewillkürten Form.* Erforderlich ist neben dem Konsens über den Inhalt auch jener über die *Form* (mündlich oder schriftlich)!

## **IV. Austausch der Willenserklärung**

### **Gegenseitigkeit der Willenserklärung**

Sie bedeutet, dass *jeder Erklärende zugleich Empfänger (Adressat) der anderen Erklärung* ist. Die *zeitlich* erste Erklärung heisst *Antrag*, die nachfolgende *Annahme*.

### **Der Antrag**

*Die Terminologie*

Umgangs- wie rechtssprachlich wird der Antrag auch "Offerte" oder "Angebot" genannt.

*Begriff und Inhalt*

#### • *Begriff*

Der Antrag ist die *zeitlich erste Willenserklärung eines Vertrags*. Der Abschlusswille ist dabei endgültig (verbindlich) und so bestimmt, dass es für den Abschluss des Vertrages nur noch die Annahme des Antragsempfängers bedarf. Merke:

- Der Antrag kann zwar grundsätzlich ein ausdrückliches oder stillschweigendes "ja" sein, aber ebenso eine Wahl aus verschiedenen Möglichkeiten (Biete 1-10 Stück. zu je 70 Franken – ich nehme 8 Stück.)
- Ob es sich bei einer Vertragserklärung um einen Antrag oder um eine Annahme handelt hängt allein von der zeitlichen Reihenfolge ab.
- Sonderform *Dauerofferte* (Verkaufe 5 Tonnen Stahl pro Woche)
- Antragsteller muss *rechtsfähig* sein.

*Kein Antrag* ist die *Erklärung der bloss grundsätzlichen Bereitschaft*, einen Vertrag abzuschliessen ohne einen endgültigen Abschlusswillen kund zu tun. Dabei ist an einen schlichten Kostenvorschlag oder die in Frageform gestellte Erkundigung zu denken. Ausgelegt wird nach dem *Vertrauensgrundsatz*, vorbehaltlich den gesetzlichen Ausnahmen von Art. 7 Abs. 2 und 3 OR:

- Die *Auskündigung* besteht in der öffentlichen Bekanntgabe von Abschlussbedingungen. Sie ist "an sich" noch kein Antrag (Art. 7 Abs. 2 OR). Dazu zählen Kataloge, Werbespots und auch das Internet. Möglich ist aber, dass eine entsprechende Zusatzklärung dazu führt, dass in gutem Treu und Glauben davon ausgegangen werden darf und muss, dass es sich um ein verbindliches Angebot handle (Kundgabe von Limitierung oder "gültig bis").

- Die *Auslage von Waren mit "Angabe des Preises"* ist ein Sonderfall der Auskündigung. Sie *"gilt in der Regel als Antrag"* (Art. 7 Abs. 3 OR). Jedoch ist die Einschränkung "first come first served", bezogen auf das einzige Ausstellungsstück, zu beachten, welche den Antragsteller davor schützt, überrumpelt zu werden. Aber auch Abs. 3 kann umgangen werden, indem an das Ausstellungsobjekt der Vermerk "verkauft", "Muster" oder "reserviert" angebracht wird. Abs. 3 beschränkt sich nur auf "Waren" (also keine DL wie Ferienarrangements oder Konzerttickets) und das Objekt kann nicht durch eine Attrappe ersetzt werden.
- *Inhalt*  
Der Antrag gibt den *Abschlusswillen* des Antragstellers kund und umschreibt den zu vereinbarenden Inhalt des gewollten Vertrags. Merke: Zum Inhalt des Vertrags gehört *alles, was Gegenstand der übereinstimmenden Willensäußerung werden soll*. Der Antragsteller kann aber eine Wahl offen lassen (1-10 Stück) oder den Annehmenden zu gewissen Punkten ermächtigen (Lieferort).

#### Form

*Grundsatz: keine Formvorschrift.* Er kann ausdrücklich (*mündlich, schriftlich, teilweise schriftlich*) erklärt werden oder auch stillschweigend (z.B. *Realofferte*).

*Ausnahme* der Formfreiheit ist *Art. 11 und Art. 16 OR*.

#### Empfänger (Adressat)

*Normalerweise* geht der Antrag an *einen einzigen Empfänger, oder aber auch an mehrere*. Für diesen Sonderfall gibt es die Möglichkeit, dass der Antragsteller mit jedem Empfänger separat einen Vertrag schliesst, oder nur einen einzigen (für alle oder "first come first served").

#### Rechtswirkung

Der *Antrag bindet den Antragsteller*, sofern er gültig ist.

- *Bindung des Antragstellers*  
Der Antrag ist grundsätzlich *unwiderruflich und einseitig unveränderlich* und der *Empfänger ist berechtigt, den Vertrag durch einseitige Annahmeerklärung zum Abschluss zu bringen*.  
Es wird von einem *Gestaltungsrecht des Empfängers* gesprochen. Dies ist aber umstritten und hat nur klassifikatorische Bedeutung.
- *Dauer der Bindung (Annahmefrist)*  
Die Bindung des Antragstellers ist zeitlich durch die *Annahmefrist* begrenzt. Die verschiedenen Fälle werden in Art. 3-5 OR aufgezählt.
  - *"Antrag mit Annahmefrist"* (Art. 3 OR) Dabei kann die Frist auch unvernünftig kurz sein und ausdrücklich wie auch stillschweigend gegeben sein. Sie ist *vom Antragsteller selbst gesetzt*.
  - *"Antrag ohne Annahmefrist unter Anwesenden"* (Art. 4 OR) Dabei genügt eine *akustische Anwesenheit*. Die Annahme muss "sogleich" erfolgen. Dies ist zwar sehr kurzfristig, ändert aber nichts an der (grundsätzlichen) Unwiderrufbarkeit des Antrags. Es sind vier Sonderfälle zu beachten:
    - Es handeln *Vertreter*. Wird gleich behandelt wie wenn die Parteien selbst anwesend wären.
    - Die telefonische Verbindung wird *aus technischen Gründen unterbrochen*. Erfolgt eine umgehende Wiederaufnahme der Verbindung und Annahmeerklärung, so ist dies noch rechtzeitig.
    - Der räumlich anwesende Antragsteller überreicht ein *schriftlich verfasstes Angebot*. Die Frist dauert so lange, wie man vernünftigerweise braucht, das Dokument zu lesen.
    - Zwischen den Anwesenden entwickelt sich ein *länger dauerndes Gespräch* über die Modalitäten des Angebotes. Es ist davon auszugehen, dass der Antragsteller während diese Gesprächs an seinem Angebot festhält.
  - *"Antrag unter Abwesenden"* (Art. 5 OR) Die Frist bildet sich aus den drei Teilfristen, wie lange es braucht, bis das Angebot eingetroffen ist, der angemessenen Überlegungsfrist (Einzelfallbezogen) und der "ordnungsgemässen" Rücksendung. Dabei ist aber die *Gesamtzeit* ausschlaggebend (eine längere Lektüre kann durch den schnellen Telefax ausgeglichen werden).  
Z.B. Chats werden behandelt wie schriftliche Angebote unter Anwesenden (siehe oben). E-Mail nicht, da jedes Mal eine neue Verbindung aufgebaut werden muss.  
Mit unbenutztem *Ablauf der Annahmefrist* erlischt die Bindung des Antragstellers. Zum Widerruf siehe Art. 9 OR. Die Ablehnung des Antrags ist eine *endgültige* Weigerung (auch konkludent möglich).

Die *Annahmefrist ist eingehalten*, wenn die Annahmeerklärung beim Antragsteller innerhalb der Frist *"eintrifft"*. Es genügt also der Zugang.

Eine verspätete "Annahme" bleibt ohne Annahmewirkung. Siehe G/S/S, Nr. 419.

#### *"Antrag ohne Verbindlichkeit" / "Antrag mit Vorbehalt des Widerrufs"*

Ein Antrag ohne Verbindlichkeit im Sinne von Art. 7 Abs. 1 OR liegt dann vor, wenn "der Antragsteller ... dem Antrag eine die Haftung ablehnende Erklärung beifügt". Somit handelt es sich nicht um *keinen Antrag im Rechtssinn*.

Anders der "Antrag mit Vorbehalt des Widerrufs". Ein solcher Vorbehalt schliesst die "Annahmefähigkeit" des Antrages nicht aus, solange der Antragsteller nicht widerrufen hat. Er bleibt an sein Angebot gebunden. Gebräuchlich sind *Klauseln* wie z.B. "freibleibend", "ohne Verbindlichkeit", "ohne Obligo", "freibleibend unter Vorbehalt eines Zwischenverkaufs", "solange Vorrat reicht".

#### *"Zusendung einer unbestellten Sache" (Art. 6a OR)*

Dies gilt auch bei Sachen, denen eine ausdrückliche Willenserklärung beiliegt, wie z.B. einer Rechnung. Die Bestimmung soll nur auf Konsumgüter Anwendung finden, die Nichtkaufleuten zugesandt werden. *Durch die Zusendung einer unbestellten Sache kann kein rechtswirksamer (!) Antrag gestellt werden, mit dessen Annahme ein Vertrag zustande kommt.* Wollte man anders entscheiden, so wäre es ein Leichtes, Art. 6a Abs. 1 OR zu umgehen.

Solche Sachen dürfen unverzüglich vernichtet oder weggeworfen werden, aber auch gebraucht oder verbraucht werden. Ist die Sache offensichtlich falsch zugesandt worden (Indiz: Wert der Sache), muss der Absender informiert werden und die Sache während angemessener Frist aufbewahrt werden.

## **Die Annahme**

### *Terminologie*

Umgangs- wie rechtssprachlich wird die Annahme auch "Akzept" oder "Akzeptation" genannt.

### *Begriff, Inhalt und Anforderungen*

Die Annahme ist die *zeitlich zweite Vertragserklärung*. Der Antragsempfänger erklärt seinen (endgültigen) Abschlusswillen. Die Kundgabe einer bloss grundsätzlichen Bereitschaft zum Vertragsabschluss ist keine Annahmeerklärung

Die Annahme muss vom Antragsempfänger ausgehen und sich an den Antragsteller richten. Andernfalls fehlt es an der Gegenseitigkeit. Streite bez. *von wem* oder *an wen* werden nach dem Vertrauensprinzip behandelt.

Die Annahme muss *rechtzeitig* erfolgen. Ausserdem müssen *sämtliche Erfordernisse, die sich aus dem Antrag ergeben* erfüllt sein. Eine verspätete "Annahme" ist keine Annahme im Rechtssinn, wirkt aber ihrerseits als Antrag.

Die Annahme muss mit dem Antrag übereinstimmen. Weicht die "Annahme" inhaltlich vom Antrag ab, so ist es grundsätzlich keine Annahme. Die Annahme gilt trotzdem, wenn es sich um objektiv wie subjektiv *unwesentliche Punkte* handelt.

### *Form*

*Grundsatz:* keine Formvorschrift. Kann ausdrücklich (*schriftlich, mündlich, teilweise schriftlich*) sein oder konkludent (*Realakzept*) wie z.B. das Bezahlen einer angebotenen Kaufsache oder das auf-Band-legen der ausgewählten Ware an der Kasse.

*Ausnahmen:* ergeben sich aus Art. 11 und 16 OR.

### *Das Schweigen auf einen Antrag*

#### • *Der Grundsatz: Keine Annahme*

Blosses Schweigen (*Nullreaktion*) auf einen Antrag bedeutet *grundsätzlich keine Annahme*. Selbst dann nicht, wenn der Antragsteller einseitig erklärt, der Vertrag gelte als abgeschlossen falls nicht die Ablehnung innert bestimmter Frist erfolge!

#### • *Die Ausnahme: Art. 6 OR*

Nur unter der Ausnahme von Art. 6 OR kann eine Nullreaktion als Wille gelten. Eine Weiterentwick-

lung von Art. 6 OR ist beim Bestätigungsschreiben (siehe unten) zu beobachten. Siehe G/S/S, Nr. 453 ff.

#### *Die Rechtswirkung der Annahme*

Über das konsensmässige Zustandekommen *tritt der Vertrag in Kraft*. Unter Anwesenden ist dies der Zeitpunkt des Abschlusses und der Vertragswirkung identisch.

Unter Abwesenden gilt die Sonderregel von Art. 10 OR. Die "Wirkung" von Art 10 OR ist nur die Gestaltungswirkung, nicht auch die Bindewirkung. Dies ist in Bezug auf die Gefahrtragung beim Kauf entscheidend. Ebenso für den Beginn des Versicherungsschutzes beim Versicherungsvertrag. Diese Punkte sind aber umstritten in der Lehre.

*Keine Annahmewirkung* entfaltet die verspätete "Annahme".

### **Der Widerruf von Antrag oder Annahme**

#### *Im Allgemeinen*

Der Widerruf besteht in der *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*.

Ausnahmsweise doch möglich ist dies im Falle eines Vorbehalts:

- Nach Art. 9 OR bei:
  - Fall 1: Der Widerruf der (Antrags- oder Annahme-)Erklärung trifft beim Empfänger vor oder mit dieser Erklärung ein, oder;
  - Fall 2: Der Widerruf trifft zwar später ein, wird aber dem Empfänger vor der (widerrufenen) Erklärung zur Kenntnis gebracht.

Merke: G/S/S, Nr. 474.

- Weitere Ausnahmefälle sind abgesehen vom Wiener Kaufrecht und den Haustürgeschäften selten.

#### *Das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften im Besonderen*

Siehe G/S/S, Nr. 476 ff., OR, Art. 40a-f.

### **Vertragsabschluss ohne "Antrag" und "Annahme"**

In der Praxis kommen atypische Fälle vor, wo nicht mehr wirklich "Antrag" und "Annahme" unterschieden werden kann. Beispiele sind Handgeschäfte, wo die Leistung in gegenseitigem Einverständnis aber ohne vorheriges Leistungsversprechen vollzogen werden oder ein stillschweigend weitergeführter Dauervertrag nach dessen Kündigung. Ebenso unklar ist es nachträglich, wenn Verträge gleichzeitig von beiden Parteien unterzeichnet werden.

Ein weiterer Fall ist der sogenannte "gewachsene Vertrag", wo sich die Parteien über längere Zeit schrittchenweise an den Konsens annähern.

## **§ 5 Form der Verträge**

Jeder Vertrag hat eine Form. Es gibt keine formlosen Willenserklärungen. Theoretisch ist das Wort massgebend. Es gibt aber Ziele/Zwecke, welche es rechtfertigen, dass gewisse Verträge aber von Gesetzes wegen einer *bestimmten* Form bedürfen (Art. 11-15 OR). Man nennt sie "*formbedürftig*". Andere Verträge bleibt eine Form vorbehalten (Art. 16 OR). Sie sollen die Sache "verkomplizieren", so dass sich die Parteien sich die Sache sicher gründlich überlegen bevor sie handeln bzw. den gegenseitigen, übereinstimmenden Willen austauschen.

## I. Gesetzlich vorgeschriebene Form

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

*Verträge sind ohne Rücksicht auf ihre Form gültig.* Es genügt also eine übereinstimmende Willenserklärung in irgend einer Form für die Rechtswirkung. Dieser Grundsatz wird "*Konsensprinzip*" genannt. Er gilt aber nur unter *Vorbehalt*, dass das Gesetz keine andere Form vorschreibt.

- Nach Art. 11 Abs. 1 OR kann ein Formzwang *nur durch Gesetz* begründet werden. Nicht aber etwa durch Gewohnheitsrecht oder richterliche Lückenfüllung! Es bedarf eines (Bundes)Gesetzes im formellen Sinn.
- Mit der *vertraglich vorbehaltenen Form* befasst sich Art. 11 OR nicht. Dies ist ein Fall von Art. 16 OR.

### Gesetzliche Formvorschriften

Da gesetzliche Formvorschriften den Grundsatz der Formfreiheit durchbrechen, sind sie im Zweifel eng auszulegen.

#### Der Zweck

Es gibt nicht einen, sondern mehrere Hauptzwecke der Formvorschrift. Auf einzelne Sachverhalte kann einer, oder auch mehrere der nachfolgend genannten Gründe zutreffen.

- *Schutz der Vertragsschliessenden* (vgl. Art. 22 Abs. 2 OR). Es soll vor *Übereilung* beim Vertragsabschluss geschützt werden.
- *Rechtssicherheit* unter den Parteien und nach aussen. Stichwort: Schaffung eines Beweismittels, Erleichterung der Prozessführung.
- Schaffung einer sicheren Grundlage für die *Führung öffentlicher Register*.
- *Information*. Gewisse Vertragsparteien sollen geschützt werden, indem ihnen bestimmte Hinweise zum Vertrag in schriftlicher Form vorliegen.

#### Die vorgeschriebenen Formen

##### • Einfache Schriftlichkeit

Kurz als "Schriftlichkeit" bezeichnet. Die einfache Schriftlichkeit (Art. 13-15 OR) bedeutet: *Erklärung in Schriftform* (somit: Verurkundung) *und Unterzeichnung des Schriftstücks* (der Urkunde) durch den Erklärenden:

- Die Formulierung in Art. 13 Abs. 1 OR zielt darauf ab, dass der Formzwang sich auf die *Erklärung des Verpflichteten* beschränkt. Sie ist zugeschnitten auf Schuldverträge. Bei zwei- oder mehrseitigen Verträgen bedarf es demnach die Unterzeichnung aller beteiligten Parteien.
- Art. 13 Abs. 1 OR sieht vor, dass sich alle Unterschriften auf ein und derselben Vertragsurkunde befinden müssen. Diese *Urkundeneinheit* ist zwar in manchen Bereichen geschäftsüblich, jedoch für die Schriftform *nicht vorausgesetzt*.
- Merke: Es könne auch *Vertreter* unterzeichnen. Die *Schrifttechnik* ist gleichgültig. Es bedarf keiner Datierung. Umfasst die (private) Vertragsurkunde mehrere Blätter müssen diese entweder körperlich verbunden sein oder speziell gekennzeichnet (z.B. Paginierung).
- Die *Unterschrift* ist Namenszug: *Familien- und Vornamen* genügt in jedem Fall. *Verwandtschaftsbezeichnungen* können je nach Situation ausreichen ("Dein Vater"). *Blosse Initialen* reichen nur aus, um Änderungen oder Zusätze zu einer vorab gültig unterzeichneten Erklärung hinzuzufügen. Die *Lesbarkeit* muss nicht gegeben sein, jedoch müssen einzelne Buchstaben erkennbar sein (Wesensmerkmal der Schrift).

Verlangt ist grundsätzlich die *eigenhändige* Unterschrift (Kopien je nach Situation (z.B. Wertpapiere) gestattet). Die Unter(!)schrift muss *räumlich nach der Erklärung* sein, kann aber *zeitlich vor der Erklärung* liegen (Blankounterschrift).

Sondervorschriften gelten für Blinde (Art. 14 Abs. 3 OR) und solche, welche nicht unterzeichnen können (Art. 15 OR).

- Die Frage bezüglich formbedürftigen Verträgen und e-Mail ist noch einiges offen. Grundsätzlich erfüllt eine Mail die Schriftform *nicht*. Es wurde aber ein entsprechender Artikel geschaffen, um die digitale Signatur zu ermöglichen (Art. 14 Abs. 2bis).

- **Qualifizierte Schriftlichkeit**  
Diese Form besteht in *einfacher Schriftlichkeit, qualifiziert durch zusätzliche Elemente*: Siehe G/S/S, Nr. 522 f.
- **Öffentliche Beurkundung**  
Der Begriff der öffentlichen Beurkundung gehört, obwohl in keinem Bundesgesetz erwähnt, dem Bundesrecht an. Das formbedürftige *Rechtsgeschäft wird in einem Schriftstück festgehalten, und zwar "durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betrauten 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". Den Kantonen sind aber Schranken durch das Bundeszivilrecht mit Mindestvorschriften gesetzt.
  - Es gilt der *Grundsatz der Freizügigkeit*: d.h. die Urkunde muss in der ganzen Schweiz anerkannt werden.
  - Für einzelne Verträge enthält das Bundesrecht Bestimmungen über die Form oder/und den Inhalt der öffentlichen Urkunde.
  - Zur Beweiskraft von ZGB 9 siehe G/S/S, Nr. 535.

### Umfang des Formzwangs

Ist ein Vertrag von Gesetzes wegen formbedürftig, stellt sich *die Frage*, welche Punkte dazuzählen. Das Gesetz beantwortet diese Frage nicht, weshalb die Antwort in der Lehre und Praxis zu suchen ist. Sofern sich aus den anwendbaren Einzelvorschriften nichts anderes ergibt, gilt folgender *Grundsatz*: formbedürftig ist der gesamte Einzelvertrag, und zwar mit sämtlichen Vertragspunkten, die objektiv und subjektiv wesentlich sind. Der Formzwang ist grundsätzlich für beide Parteien erforderlich. Bei der öffentlichen Beurkundung müssen diese Punkte aus der Urkunde hervorgehen. D.h. es sind z.B. grundsätzlich keine Verweise auf externe Dokumente erlaubt.

Der soeben erwähnte Grundsatz bedarf einiger *Präzisierung* bezüglich den subjektiv wesentlichen Punkten. Die h.L. schränkt den Formzwang auf diejenigen subjektiv wesentlichen Elemente ein, welche ihrer Natur nach Elemente des betreffenden Vertragstyps bilden. Siehe G/S/S, Nr. 539 f., R16.

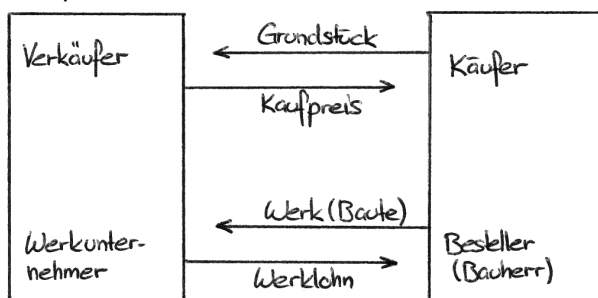
Dieser Grundsatz inkl. Präzisierung kann immer noch *Abweichungen* erfahren durch jeweils anwendbare Formvorschriften:

- Die anwendbare Formvorschrift kann den Formzwang auf eine Partei beschränken, z.B. beim Schenkungsvertrag auf den Schenker.
- Es ist auch möglich, dass nach anwendbaren Formvorschriften solche Elemente verkündet werden müssen, welche überhaupt nicht den Vertragsinhalt betreffen. So z.B. beim Grundstückskauf die genaue Bezeichnung der Parteien.

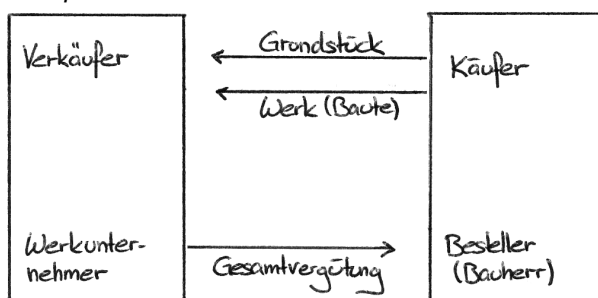
Der oben genannte Grundsatz hat also nur die Form einer allgemeinen Richtlinie. Er ist stets im Zusammenhang mit der einzelnen Formvorschrift zu bestimmen. Es kann jedoch gesagt werden, dass eine lückenlose Beurkundung des Vertragsinhaltes nicht erforderlich ist, das Formbedürftige jedoch wahrheitsgemäss beurkundet werden muss.

#### *Beispiel Grundstückskauf*

- Objektiv wesentliche Punkte:
  - Parteien (+ Stellvertreter) müssen genannt sein
  - Kaufobjekt (das Grundstück) muss umschrieben sein
  - Preis muss festgelegt sein
- Subjektiv wesentliche Punkte (Beispiele):
  - Freizeichnungsklausel (der Verkäufer zeichnet für Mängel frei, ist also nicht haftbar, wenn z.B. "das Dach rinnt" oder "Altlasten gefunden werden").
  - Zahlungsbedingungen
  - Konventionalstrafen festlegen

*Beispiel: Kombination von Grundstückkauf + Werkvertrag (I)*

Kennzeichen: selbständige Leistungspaare; nur das obere ist zu verurkunden.

*Beispiel: Kombination von Grundstückkauf + Werkvertrag (II)*

Kennzeichen: Gesamtvergütung; beide Geschäfte sind zu verurkunden.

**Formungültigkeit**

Wird eine Gültigkeitsvorschrift nicht oder nicht richtig erfüllt, so leidet der formbedürftige Vertrag an einem Formmangel, der ihn ungültig macht.

*Nichtigkeit des formungültigen Vertrags (bisherige Praxis des Bundesgerichts)*

Es steht fest, dass ein formungültiger Vertrag nicht widerrechtlich ist im Sinn des Art. 20 Abs. 1 OR. Trotzdem geht die bisherige Rechtsprechung des BGer davon aus, dass es sich um eine *Nichtigkeit des Vertrags*, eine sog. "Formnichtigkeit" handelt. D.h., dass der Vertrag schlechthin und unheilbar unwirksam ist, jedermann sich darauf berufen kann und das Gericht den Formmangel von Amtes wegen zu berücksichtigen hat. Wurde einen Teil bereits geleistet, kann dieser zurückverlangt werden. Falls das Gesetz selbst Regeln zur Folge enthält, gelten diese. In Stichworten:

- Vertrag ist grundsätzlich unheilbar unwirksam
- Jedermann (auch Dritte) kann sich darauf berufen
- Berücksichtigung von Amtes wegen
- Schranke: Rechtsmissbrauchsverbot (siehe unten) nach Art. 2 Abs. 2 ZGB.

*Abschwächung durch das Rechtsmissbrauchsverbot*

Die praktische Bedeutung von dieser "Formnichtigkeit" wird erheblich abgeschwächt durch das Rechtsmissbrauchsverbot. Verstösst die Berücksichtigung der Formnichtigkeit gegen Treu und Glaube, so ist die Berufung darauf rechtsmissbräuchlich. Dann ist der Vertrag so zu behandeln, "wie wenn er gültig wäre".

Die Umstände, welche die Anrufung des Formmangels rechtsmissbräuchlich machen, lassen sich nicht abschliessend umschreiben. Es gehören dazu:

- *Die beidseitige Erfüllung des formungültigen Vertrags.* Siehe G/S/S, Nr. 554.
- *Weitere Umstände.* Eine Partei, die sich auf den Formmangel beruft, hat den Mangel arglistig herbeigeführt oder ihn beim Vertragsabschluss bewusst in Kauf genommen oder sogar zum eigenen Vorteil gewollt.

Das BGer verkennt dabei Grundsätze des Sachenrechts. So braucht z.B. der Grundbucheintrag zu seiner Gültigkeit ein rechtsgültiges Rechtsgeschäft (Kausalitätsprinzip). Ist nun der Vertrag eigentlich nichtig, so wäre kein Grund für das Grundbuch gegeben.

Ist der formungültige Vertrag bei Aufrufung des Formmangels noch unerfüllt, so bleibt die Einrede des Rechtsmissbrauchs nach der Ansicht des BGer ausgeschlossen, weil aus dem Rechtsmissbrauchsverbot kein Erfüllungsanspruch abgeleitet werden könne. Siehe G/S/S, Nr. 556 ff. ???????

*Die Ablehnung der Formnichtigkeit, Ungültigkeit sui generis (herrschende Lehre)*

Die h.L. lehnt die Praxis des BGer ab. Sie anerkennt, dass formungültige Verträge keine Rechtswirkung entfaltet. Doch soll die Formungültigkeit grundsätzlich nicht von Amtes wegen zu beachten und eine Heilung des Formmangels durch Vertragserfüllung möglich sein.

Die h.L. hat sich zu Recht vom *doktrinären Begriff der Formnichtigkeit gelöst*.

Habe die Parteien ein formungültiges Verpflichtungsgeschäft freiwillig und mindestens bis zur Hauptsache erfüllt, so ist der Formmangel geheilt. Dies entspricht der Rechtsidee, dass ein erfüllter Vertrag erhöhten Bestandsschutz verdient.

Diese Lehre ist heute schon teilweise im Gesetz enthalten, so z.B. in den Bestimmungen über das erfüllte Schenkungsversprechen nach Art. 243 Abs. 3 OR.

In Stichworten:

- Keine Berücksichtigung von Amtes wegen
- Mangel ist heilbar (durch Erfüllung)
- Rechtsmissbrauchsverbot bleibt ebenfalls vorbehalten.

*Der formungültige Grundstückskauf (Beispiel eines formgültigen Vertrags)*

In Lehre und Rechtsprechung über die Formungültigkeit steht im Vordergrund der formungültige Grundstückskauf und hier wiederum die unrichtige Beurkundung des Kaufpreises. Die unrichtige Beurkundung des Kaufpreises wird als Formmangel mit Ungültigkeitsfolge für den Vertrag angesehen. Siehe G/S/S, Nr. 565 ff.

**Einzelfragen**

- *Grundsatz der Formfreiheit.* Obwohl der Wortlaut nur "Verträge" umschliesst, gilt der Grundsatz von Art. 11 Abs. 1 OR auch sämtliche Rechtsgeschäfte und Beschlüsse.
- *Der Gegenstand der Formvorschriften.* Nebst Verträgen können auch einseitige Rechtsgeschäfte und Beschlüsse formbedürftig sein.  
Formvorschriften des Konsumentenschutzrechts halten dazu an, den Konsumenten gewisse Angaben schriftlich zu machen (z.B. Zutaten auf Verpackung). Die Missachtung dieser Vorschriften führt zwar nicht zur Ungültigkeit des Vertrages, kann aber folgen wie Aufschub des Fristenablaufs für das Widerrufsrecht haben.
- *Die gesetzlich vorgeschriebenen Formen.* Neben den drei oben genannten Hauptformen (einfache Schriftlichkeit, qualifizierte Schriftlichkeit und öffentliche Beurkundung) können auch andere (Neben)Formen auftreten. Bsp.: Art. 266I Abs. 1 OR: "mit einem Formular, das von den Kantonen genehmigt ist", Kündigung der Familienwohnung muss an beide Ehegatten getrennt gehen, Abreden zum Nachteil des Mieters sind nichtig, wenn sie vorformuliert in den AGB's stehen.
- *Die Schenkung von Todes wegen* (Art. 245 Abs. 2 OR). Bleibt bis zur Anfechtung auch mit Formmangel gültig.
- *Der aussergerichtliche Vergleich.* Innominatsvertrag, welcher grundsätzlich keiner bestimmten Form bedarf. Hat er aber Abreden zum Inhalt, welche normalerweise einer Form bedürfen, müssen diese eingehalten werden,
- *Die Abänderung formgebundener Verträge.* Siehe Art. 12 OR.
- *Der Umfang der Formungültigkeit.* Grundsätzlich ist der ganze Vertrag formungültig. Wenn jedoch ein Vertrag vorliegt, welcher aus mehreren Einzelabreden besteht, kann er auch nur teilweise ungültig sein.
- *Die Haftung für Formungültigkeit.* Wer sich erfolgreich auf die Formungültigkeit eines Vertrages beruft, kann von seinem Vertragspartner aus "culpa in contrahendo" auf Schadenersatz belangt werden, wenn diesen am Formmangel ein Verschulden trifft.
- *Die Konversion ("Umdeutung").* Es wird geprüft, ob ein Vertragstyp ohne Formbedürftigkeit für den Beschlossenen Inhalt (ähnlicher Zweck und Erfolg) vorliegen könnte, sofern angenommen werden kann, dass die Parteien auch diesen Vertrag gewollt hätten. Ist nicht im Gesetz ausdrücklich vorgeesehen, von der Lehre aber allgemein anerkannt.

## II. Vertraglich vorbehaltene Form (Art. 16 OR)

### Der Tatbestand

Parteien haben sich auf die Verwendung einer bestimmten (besonderen) Vertragsform geeinigt: sei es gleichzeitig oder mit der Einigung über den Vertragsinhalt oder früher. Der "Formvorbehalt" kann zuerst auch einseitig erfolgen wenn die eine Partei der anderen zu verstehen gibt, den Vertrag nur unter einer bestimmten Form (z.B. schriftlich) einzugehen. Die Bedeutung des Vorbehalts lässt der Tatbestand offen. Es sind zwei Möglichkeiten gegeben:

- *Abschlussform*. Vor der Erfüllung der Form wollen die Parteien nicht gebunden sein. Ugs. soll der Vertrag nur "gültig" sein, wenn er die vereinbarte Form aufweist.
- *Blosse Beweisform*. Die vereinbarte Form hat rein deklaratorischen Charakter. Auch ohne diese Form wollen die Parteien gebunden sein.

### Die zwei Vermutungen des Art. 16 OR (Siehe G/S/S, Nr. 590 ff.!!)

- Erste Vermutung (Art. 16 Abs. 1 OR): Es wird *vermutet, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen*.
- Zweite Vermutung (Art. 16 Abs. 2 OR): Wenn die Formabrede der Parteien auf "schriftliche Form ohne nähere Bezeichnung" geht, wird *vermutet, dass die vereinbarte Schriftform als "einfache Schriftlichkeit" im Sinne der Art. 13-15 OR verstanden wird*, weshalb für die Erfüllung "die Erfordernisse der gesetzlich vorgeschriebenen Schriftform" gelten.

### Einzelfragen

- *Der vertragliche Formvorbehalt* kann in beliebiger Form, also auch stillschweigend vereinbart werden. Art. 16 Abs. 1 OR rechtfertigt sich aber nur, wenn sich die Parteien ihres Formvorbehaltes bewusst sind (vorformulierte AGB's fallen weg). Auf eine spätere Formabrede kommt Art. 16 Abs. 1 nicht zur Anwendung, weil es sich nicht um einen Vorbehalt handelt.
- Wie die vorbehaltene Form beschaffen sein soll, können die Parteien nach ihrem Ermessen bestimmen. Sie können (müssen aber nicht) eine gesetzlich geregelte Form wählen.
- Über seinen Wortlaut hinaus kommt Art. 16 Abs. 1 OR auch zur Anwendung, wenn ein *Vertrag, für welchen von Gesetzes wegen eine bestimmte Form gilt, "verschärft"* werden soll, also z.B. die öffentliche Beurkundung anstelle der einfachen Schriftlichkeit.
- Die Beweislast für die Formabrede obliegt dem, der das Zustandekommen des Vertrages wegen Nichteinhaltung einer vorbehaltenen Form bestreitet. Ist die Formabrede bewiesen, behauptet aber die Gegenpartei, dass die Abrede durch eine nachträgliche Vereinbarung aufgehoben worden sei, so trägt diese Partei die Beweislast.
- Nach seinem Wortlaut befasst sich Art. 16 OR mit der für einen Vertrag vorbehaltenen Form. Doch ist er *sinngemäss anwendbar*:
  - *auf blosse Einzelabreden*. Enthält der Vertrag solche, beschränkt sich die Vermutung von Art. 16 Abs. 1 OR auf diese, das Zustandekommen des Rests des Vertrages ist nicht davon berührt.
  - *auf einseitige Rechtsgeschäfte*. ????????
- Auf die *nachträgliche Abänderung des Vertrags*, für den die Parteien eine Form vorbehalten haben, ist Art. 12 OR nicht anwendbar. Das schliesst jedoch nicht aus, dass die Parteien auch (oder nur) für die vertragliche Abänderung eine Form vorbehalten.

## § 6 Die Vertragsfreiheit

### I. Die Bedeutung der Vertragsfreiheit

Die "Vertragsfreiheit", ausgehend von der Privatautonomie (Vertragsfreiheit, Vereinsfreiheit, Stiftungsfreiheit, Testierfreiheit, Eigentumsfreiheit) ist der Ausgangspunkt unseres Vertragsrechts. Verfassungsrechtlich ist sie in Art. 27 BV, Wirtschaftsfreiheit, verankert. Die *Bedeutungsfrage* gliedert sich in zwei Teile auf:

- *Sinngehalt der Vertragsfreiheit*; hier gibt es mehrere Aspekte:

- *Abschlussfreiheit* – Verträge können, ab beliebigem Ort, nach belieben abgeschlossen, oder *nicht* abgeschlossen werden.
- *Partnerwahlfreiheit*
- *Aufhebungsfreiheit* – Verträge können durch Vereinbarung wieder aufgehoben oder auch nur abgeändert werden.
- *Formfreiheit*
- *Inhaltsfreiheit*
- *Verwirklichung der Vertragsfreiheit*; jeweils nur für eine bestimmte Zeit beantwortbar. Heute ist das Prinzip in der Schweiz anerkannt, aber weitgehend eingeschränkt.
  - Eine erste Schranke ist das Vertrauensprinzip. Bei Verträgen mit rechtlichem (normativem) Konsens ist gerade *nicht* der wirkliche Wille vorhanden. Je nach Situation greift aber noch Art. 23 OR.
  - Des weiteren sind noch viele andere Schranken gegeben. Z.B. dass Arbeitsbedingungen einzuhalten sind, oder gewisse Verträge einer Genehmigung bedürfen.

Zu den rechtlichen Schranken kommen die *faktischen Beschränkungen* in der Vertragsfreiheit. Dies ist der Fall, wenn die eine Vertragspartei der anderen (wirtschaftlich) überlegen ist. So sind gerade bei Geschäften mit Banken oder Versicherungen die AGB's nicht den Wünschen der Kunden anpassbar. Der Bund hat dies erkannt und versucht dieses Problem mit Gegenmassnahmen zu lösen.

## II. Die Inhaltsfreiheit

Die Inhaltsfreiheit ist in Art. 19 Abs. 1 OR ausdrücklich erwähnt. Weil am Häufigsten, wird sie am Beispiel des Schuldvertrages erläutert.

Ein Aspekt der Inhaltsfreiheit ist die *Typenfreiheit*. Es ist den Vertragspartnern freigestellt, ob sie gesetzlich geregelte Verträge, oder nicht geregelte (Innominatkontrakte) schliessen wollen. Dies im Gegensatz zum Sachenrecht, welches einen *numerus clausus* kennt.

Die ganze Inhaltsfreiheit gilt aber nur "innerhalb der Schranken des Gesetzes".

## III. Die rechtlichen Schranken der Inhaltsfreiheit

Sie werden in Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 OR aufgezählt. Danach *darf der Vertrag keinen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt haben, und er darf nicht gegen die guten Sitten verstossen*. Tut er dies, weist er *Inhaltsmängel* auf.

### Ein Vertrag mit unmöglichem Inhalt

Der Vertrag hat einen "unmöglichen Inhalt" (Art. 20 Abs. 1 OR), wenn bei Vertragsschluss feststeht, dass *eine der versprochenen Leistungen* objektiv nicht erbringbar ist.

- Die Unmöglichkeit kann *eine oder mehrere Leistungen* (Haupt- oder Nebenleistungen) betreffen. Unmöglich ist z.B. der "Einsatz magischer Kräfte".
- Die Unmöglichkeit ist eine *ursprüngliche*. Sie steht bereits bei Vertragsabschluss fest. Dies im Unterschied zur nachträglichen Unmöglichkeit (Art. 97 Abs. 1 (verschuldet) und Art. 119 (unverschuldet) OR).
- Die Leistung ist *objektiv unmöglich*. Dies können tatsächliche oder rechtliche Gründe sein. Auf jeden Fall sind sie zu unterscheiden von den bloss subjektiven Unmöglichkeiten: das bloss Unvermögen des Schuldners fällt nicht unter Art. 20 Abs. 1 OR. Ebenfalls zu unterscheiden von der blossen "Unerschwinglichkeit".

Eine Besonderheit ergeben sich aus Verträgen, welche nach dem Inhalt des Vertrages vom Schuldner (höchst-)persönlich zu erbringen sind (z.B. Portrait von einem bestimmten Maler erstellt). Da fallen objektive und subjektive Unmöglichkeit unweigerlich zusammen. ????????

Die umschriebenen *Leistungsunmöglichkeiten* bilden zwar den Hauptfall, doch gehören auch andere dazu. So z.B. die Abrede, dass eine bestimmte Schlichtungsstelle fungieren soll, welche es gar nicht gibt.

### Ein Vertrag mit widerrechtlichem Inhalt

Ein Vertrag mit "widerrechtlichem Inhalt" (Art. 20 Abs. 1 OR) *verstösst gegen eine objektive Norm des schweizerischen Rechts*. Widerrechtlich kann sein:

- entweder das Vereinbarte: also irgendetwas, das Gegenstand der Getroffenen Vereinbarung bildet, z.B. eine Leistung, die in einem strafbaren Verhalten besteht;
- oder der Abschluss eines Vertrages mit dem vereinbarten Inhalt: z.B. der Vertrag zum Verkauf von Betäubungsmitteln;  
Obwohl in solchen Fällen nicht das "Vereinbarte", sondern die "Tatsache der Vereinbarung" widerrechtlich ist, handelt es sich doch – über den engen Wortlaut von Art. 20 Abs. 1 OR hinaus – um Verträge mit "widerrechtlichem Inhalt".
- oder ein mittelbarer Vertragszweck, der zwar nicht Gegenstand der Vereinbarung bildet, den Parteien aber doch gemeinsam ist. Bsp.: Aufnahme und Gewährung eines Darlehens zum Zweck der Abwicklung eines Rauschgiftgeschäfts.  
Dabei ist der Begriff des "Inhalts" untechnisch-weit zu verstehen. Also auch Umstände "ausserhalb" des Vertrages können "inhaltlich" sein.

Die Widerrechtlichkeit kann sich ergeben:

- entweder *aus einer "unabänderlichen Vorschrift" des Privatrechts* (Art. 19 Abs. 2 OR), also den *zwingenden Bestimmungen* (ius cogens).  
Welche Vorschriften zwingend sind ist durch Auslegung zu ermitteln. Einige Bestimmungen sind ausdrücklich als solche zu erkennen, bei anderen fehlt eine solcher Hinweis, die h.L. kennt sie aber als solche an. Wieder andere sind nur *einseitig* zwingend. Nach Art. 19 Abs. 2 OR seien Vorschriften des Gesetzes jedenfalls dann zwingend, wenn "die Abweichung ... einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung, die guten Sitten oder das Persönlichkeitsrecht in sich schliesst".
- oder aus einer Vorschrift des öffentlichen Rechts. So z.B. dem Verwaltungsrecht, Prozessrecht (Bestimmungen über den Gerichtsstand), Strafrecht usw. Der "Verstoß gegen die öffentliche Ordnung" (Art. 19 Abs. 2 OR) ist somit ein Verstoß gegen konkrete Rechtsnormen des öffentlichen Rechts.

Dem Gesagten ist Anzuführen:

- Eine versprochene Handlung kann *vertragliche Rechte Dritter* (z.B. ein vertragliches Konkurrenzverbot) verletzen. Aber auch das ist kein Grund, der den vereinbarten Vertragsinhalt widerrechtlich macht, weshalb z.B. der Verkauf eines bereits verkauften Gegenstandes dem Widerrechtsverbot entzogen bleibt. Unter gewissen Voraussetzungen können solche Verträge jedoch gegen die guten Sitten verstossen.
- Ein Verstoß *gegen ausländisches Recht* macht den Vertragsinhalt zwar nicht widerrechtlich im Sinn des Art. 20 Abs. 1 OR, kann aber ein Grund dafür sein, dass der Vertrag "gegen die guten Sitten verstösst".
- Der Widerrechtsbegriff für Art. 20 Abs. 1 OR und Art. 41 Abs. 1 OR sind *gesondert* zu definieren.

### Ein Vertrag, "der gegen die guten Sitten verstösst"

*Die Verletzung des Persönlichkeitsrechts (Art. 27 ZGB)*

Art. 27 ZGB ist bedeutsam für das Vertragsrecht. In Art. 19 Abs. 2 OR wird der "Verstoß gegen das Recht der Persönlichkeit" sogar hervorgehoben und neben der Sittenwidrigkeit speziell erwähnt. In Art. 20 Abs. 1 OR dagegen bildet die Verletzung des Persönlichkeitsrechts einen *Unterfall der Sittenwidrigkeit*. Ein Verstoß gegen Art. 27 Abs. 1 ZGB kommt selten vor (z.B. Nichtigkeit einer vertraglichen Verpflichtung zum Abschluss eines Erbvertrags).

Praktisch bedeutsam ist vor allem Art. 27 Abs. 2 OR. Er richtet sich im Vertragsrecht gegen *rechtsgeschäftliche Verpflichtungen, welche die Freiheit eines Vertragspartners* – auch juristische Personen – *in sittenwidriger Weise beschränken*. Sie kann begründet sein:

- Im *Gegenstand der Bindung*: In sog. Höchstpersönlichen Bereichen wie Ehe, Familie, Religion. Bsp.: Zölibatsklausel, Vertrag, die Konfession oder Staatsangehörigkeit zu wechseln oder empfängnisverhütende Medikamente einzunehmen.
- Im *Übermass der Bindung*: Bsp.: übermässiges Konkurrenzverbot, Verträge auf übermässig lange Zeit. Diese Entscheidungen sind *vom Gericht stets im Einzelfall* zu entscheiden.

Ob ein Verstoß gegen Art. 27 Abs. 2 OR vorliegt, kommt auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses an. Wurde der Vertrag vor der "Übermässigkeit" aufgelöst oder treten Umstände ein, welche die ur-

sprünglich als übermässig erscheinende Bindung als nicht mehr übermässig erscheinen lassen ist eine Klage ausgeschlossen.

#### *Der sonstige Verstoss gegen die guten Sitten*

Umschreibungen sind: gegen die "herrschende Moral", "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden". Dieser Begriff ist dem Wandel unterworfen. Beispiele:

- Entgeltliche Verpflichtung zur Mithilfe bei einer Dissertation. Vertrag über die Beschaffung öffentlicher Ämter und Titel.
- Schweigegeldvertrag, wonach jemand sich für die Unterlassung einer Strafanzeige ausbedingt, der ihm nicht gebührt.
- Gewisse Geschäfte der Sexualsphäre. Sex-Verträge werden vom BGer / h.L. grundsätzlich als sittenwidrig angeschaut, weshalb keine Vertragspartei Schutz geniesst. In Deutschland wird der schwächeren Partei (meist der Prostituierten) Schutz zugesprochen, weil sie den Vertrag meist nicht wirklich freiwillig eingegangen war, sondern unter wirtschaftlichem Druck.
- Verfälschung von Auktionen
- Ein Vertrag, der zwar von schweizerischem Recht beherrscht wird, aber gegen die Normen des ausländischen Rechts verstösst.

Ein Teil der Lehre vertritt die Meinung, dass auch Verträge, die ein grobes *Missverhältnis zwischen den vereinbarten Austauschleistungen* begründen, im Extremfall gegen die guten Sitten verstösst. Diese Meinung verkennt, dass dieser Fall abschliessend in Art. 21 OR geregelt und somit Art. 20 OR entzogen ist. Mag das Missverhältnis noch so grob sein – die Rechtslage bestimmt sich immer nur nach der Vorschrift des Art. 21 OR.

Zur *Bürgschaft* siehe G/S/S, Nr. 676a.

#### **Die Bedeutung der Grundrecht**

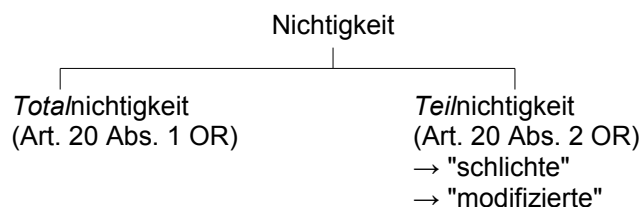
Zur Frage der Grundrechte gehen die Meinungen auseinander. Nach richtiger Ansicht gilt unter der alten und neuen BV folgender Grundsatz: Die Grundrechte entfalten zwar keine unmittelbaren Drittwirkung in dem Sinn, dass sie den privatrechtlichen Verkehr direkt normieren würden. Als elementare Bestandteile unserer Gesamtrechtsordnung greifen die Grundrechte mittelbar jedoch auch in die Privatverhältnisse ein, indem sie bei der Gesetzgebung, bei der Auslegung privatrechtlicher Gesetzesbestimmungen und bei der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe (hier "gute Sitte") zu berücksichtigen sind.

Art. 8 Abs. 2 BV durchbricht dieses Prinzip und ist unmittelbar anwendbar. Auch die Verfassungsnorm des Art. 8 Abs. 2 BV darf nach Massgabe von Art. 35 Abs. 3 BV zur Auslegung privatrechtlicher Gesetzesbestimmungen und bei der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe berücksichtigt werden.

## **IV. Die Rechtslage bei unmöglichem, rechtswidrigem oder sittenwidrigem Vertragsinhalt**

### **Nichtigkeit des Vertrages (Art. 20 Abs. 1 OR)**

Siehe G/S/S, Nr. 681.



Zur umschriebenen Rechtslage der Nichtigkeit gelten folgende Einschränkungen:

- Bei unsittlichen und widerrechtlichen Verträgen ist eine Rückforderung im Rahmen des Art. 66 OR ausgeschlossen.
- Verträge, die gegen eine Norm des öffentlichen Rechts verstossen, sind *nicht in jedem Fall nichtig*. Nämlich nur dann, wenn das Gesetz diese Rechtsfolge ausdrücklich vorsieht. Ist dies nicht der Fall, ist der Vertrag *nur dann nichtig*, wenn sich dies aus dem Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt.

- Verträge, durch die sich eine Partei in sittenwidriger Weise gebunden hat (Art. 27 Abs. 2 ZGB), fallen nach h.L. ebenfalls unter Art. 20 OR und sind nichtig. Dabei wird Art. 20 OR im Zusammenhang mit Art. 27 ZGB ausgelegt und die Nichtigkeitsfolge des Art. 20 OR unter Berücksichtigung des von Art. 27 Abs. 2 ZG verfolgten Zwecks festgelegt.
- Fälle mit *ursprünglicher Unmöglichkeit* sind der Nichtigkeitsanktion in gewissen Situationen nicht gerecht. So ist in gewissen Fällen eine Schadenersatzpflicht aus "culpa in contrahendo" zuzulassen.

### Blosse Teilnichtigkeit (Art. 20 Abs. 2 OR)

#### Allgemeines zu Art. 20 Abs. 2 OR

Die teilweise Nichtigkeit nach ist in eine *objektive* und eine *subjektive Voraussetzung* gegliedert: Objektiv wird verlangt, dass der Mangel nur ein *Teilmangel* ist. Subjektiv setzt Art. 20 Abs. 2 OR voraus, dass nicht anzunehmen ist, der Vertrag wäre "ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden".

Die Teilnichtigkeit zeichnet sich dadurch aus, dass nur (aber immerhin) die vom Mangel betroffenen Teile (Abreden) nichtig sind. Die einzelnen Abreden hingegen können nicht mehr zerlegt werden, da jede von ihnen einen "einheitlichen Konsensinhalt" darstellt.

Art. 20 Abs. 2 OR bezweckt, dass die Nichtigkeit mit ihren destruktiven Konsequenzen möglichst eingeschränkt wird. Dies setzt natürlich voraus, dass ein *teilbarer Vertrag* vorliegt und der sogenannte "Rest" zumindest die objektiv wesentlichen Vertragspunkte enthält.

Es kommt, wenn auch selten vor, dass die Parteien im Voraus vereinbaren, wie eine allfällige Nichtigkeit behandelt werden soll. Sog. "*Nichtigkeitsabrede*". Diese ist in den Schranken von Art. 19 Abs. 1 OR erlaubt. Sie verdrängt das insofern dispositive Recht von Art. 20 Abs. 2 OR. Da aber nur die Folge, nicht aber die Nichtigkeit selbst geregelt werden kann, ist Art. 20 Abs. 2 OR insoweit doch zwingendes Recht.

#### Zusätzliche Erläuterungen

- Frage der *subjektiven Voraussetzungen der Teilnichtigkeit*.  
Ebenso wie bei gerichtlichen Vertragsergänzungen kommt es auf den "*hypothetischen Parteiwillen*" an. Nämlich was die Parteien als vernünftig und korrekt – nach Treu und Glauben – handelnde Vertragspartner vereinbart hätten, wenn ihnen die Nichtigkeit des mangelhaften Teils schon bei Vertragsabschluss bewusst gewesen wäre. Ist nach dieser normativen Formel anzunehmen, der Vertrag wäre ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden, erfasst die Nichtigkeit den ganzen Vertrag; ansonsten bleibt es nach Art. 20 Abs. 2 OR bei der Teilnichtigkeit. Für *Sonderfälle* siehe G/S/S, Nr. 701!
- Frage der *Rechtslage, die bei einem Teilmangel besteht*.  
Nach Art. 20 Abs. 2 OR bestehen zwei Möglichkeiten: Entweder sind nur die nichtigen Abreden in einem Vertrag ungültig und der Rest gilt unverändert (*Schlichte Teilnichtigkeit*), oder aber der Vertrag ist als Ganzes nichtig, obwohl der Mangel nur eine einzelne Vertragsklausel betrifft (*Ganznichtigkeit*). Es gibt aber noch mehr Alternativen:
  - Möglicher Fall, in welchem anzunehmen ist, dass die Parteien (als vernünftige und korrekte Vertragsparteien) an Stelle des nichtigen Teils (z.B. einer nichtigen Kündigungsklausel) eine andere Regel (z.B. eine feste Vertragsdauer von bestimmter Zeit) vereinbart und den Vertrag mit dieser *Ersatzregel* geschlossen hätten. Hier rechtfertigt es sich, den Vertrag mit der Ersatzregel ("hypothetischer Parteiwille") gelten zu lassen. Man spricht von "*modifizierter Teilnichtigkeit*"; wird in neueren BGE praktiziert.  
Diese "modifizierte" Teilnichtigkeit lässt den Vertrag gültig bleiben, auch wenn es sich um einen Hauptpunkt handelt und der "Rest" des Vertrages für sich alleine (ohne Ersatzregel) nicht bestehen könnte. Mit dieser Anerkennung wird das Erfordernis der "Teilbarkeit" erheblich relativiert. Die soeben beschriebene "modifizierte" Teilnichtigkeit besteht also darin, dass an die Stelle des nichtigen Teils eine Ersatzregel tritt und der Vertrag mit dieser Regel gilt.
- Frage der "*Reduktion auf das erlaubte Mass*" bei einzelnen, übermässig bindenden Vertragsabreden.  
Ist eine Vertragsabrede übermässig bindend ist sie sicher mal nichtig. Wäre aber anzunehmen, dass die Parteien als vernünftig und korrekte Vertragspartner bei Kenntnis dieser Nichtigkeit die reduzierte (erlaubte) Verpflichtung vereinbart hätten, so gilt diese. Es handelt sich also um ein Fallbei-

spiel der "modifizierten" Teilnichtigkeit, welche als "Reduktion" bezeichnet werden kann. Es ist also nicht eine "Abänderung" des Vertragsinhaltes, sondern ein *Ersatz*.

- Frage, ob der Vertrag bei anfänglicher *Teilunmöglichkeit einer vereinbarten Vertragsleistung* mit einer auf das Mögliche beschränkte Leistungspflicht aufrecht erhalten bleibt.  
Wäre anzunehmen, dass die Parteien den Vertrag auch dann geschlossen hätten, wenn anstelle der nichtigen Abrede nur eine auf das Mögliche beschränkte Leistungspflicht stünde, dann gilt der Vertrag mit diesem Inhalt. Es greift also die hypothetisch gewollte Ersatzregel.
- Frage, ob *der nichtige Teil* auch *durch eine gesetzliche Regel ersetzt* werden kann.  
Diese Frage ist zu bejahen. Es werden zwei Fälle unterschieden:
  - Fall 1: Weicht eine Vertragsklausel nur von *dispositivem Recht* ab, ist sie aber aus anderen Gründen nichtig (da z.B. unsittlich), so wird die durch die dispositive Gesetzesregel ersetzt. Bsp.: eine nichtige Dauerabrede durch eine gesetzliche Kündigungsregel.
  - Fall 2: Verstösst eine Vertragsklausel gegen *zwingendes Recht*, ist sie also widerrechtlich und nichtig (Art. 20 OR), wird sie durch eine zwingende Gesetzesregel ersetzt. Bsp.: An die Stelle eines völligen Haftungsausschlusses tritt die zwingende Regel, dass der Schuldner für grobes Verschulden haftet (Art. 100 Abs. 1 OR).

In beiden Fällen gilt der Vertrag ohne die nichtige Klausel, dafür mit der gesetzlichen (dispositiven oder zwingenden) Ersatzregel. Auch das ist eine "*modifizierte*" *Teilnichtigkeit*, welche nicht von Art. 20 Abs. 2 OR erfasst ist. Die Besonderheit besteht darin, dass das Gesetz selbst die Ersatzregel vorsieht. Die Frage nach dem "hypothetischen Parteiwillen" entfällt. Greift eine solche Ersatzregel, kann keine Partei sich darauf berufen, dass der Vertrag mit der betreffenden Regle nicht geschlossen worden wäre.

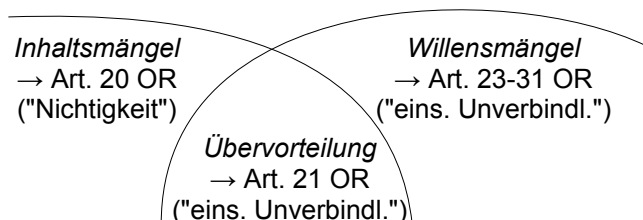
## V. Einzelfragen

- Wie verhält es sich mit Art. 20 OR, wenn es um ein Geschäft geht, welches der *Gesetzesumgehung* dient? Ein echtes Umgehungsgeschäft liegt vor, wenn die Parteien durch eine besondere ("atypische") Art der Vertragsgestaltung eine zwingende Gesetzesbestimmung umgehen wollen, den Vertrag aber ernst meinen. Für solche Fälle gibt es keine Allgemeine Regel, dafür Einzelschriften für bestimmte Tatbestände (z.B. Art. 216c Abs. 1 und Art. 493 Abs. 4 OR). Man kann die umgangene Bestimmung jedoch anwenden, wenn sie "nach ihrem Sinn und Zweck" auf das Umgehungsgeschäft anwendbar ist. Aber nicht, wenn sie "nur eine bestimmte Art und Weise des Vorgehens regeln" will, "ohne den angestrebten Erfolg als solchen zu verbieten".
- Ein und derselbe Vertrag kann auch aus *mehreren* Gründen nichtig sein. Man kann *einen* Vertrag also *gleichzeitig aus verschiedenen* Gründen bestreiten.
- Wird eine Partei durch die Nichtigkeit (oder Teilnichtigkeit) des Vertrages geschädigt, so hat sie den erlittenen *Schaden* grundsätzlich selber zu tragen. Ausgenommen sind Fälle, wo ein besonderer Haftungsgrund eingreift. Hauptsächlich "culpa in contrahendo".
- Das Gesetz kann auch andere als die in Art. 20 OR geregelten Rechtsfolgen vorsehen. So sind z.B. Arbeitsverträge mit Inhaltmangel nach Art. 320 Abs. 3 OR wie gültige Verträge zu erfüllen, bis sie von einem der Beteiligten wegen diese Mangels aufgehoben werden.
- Durch Art. 20 OR wird die Vertragsfreiheit in der Form der Inhaltsfreiheit beschränkt:
  - Zu unterscheiden ist der *amtliche Einspruch* oder die *behördliche Bewilligungspflicht*.
  - Zu "*Lex Friedrich / Lex Koller*" siehe G/S/S, Nr. 722 ff.
- Dass eine versprochene Handlung vertragliche Rechte Dritter verletzt, macht den Vertrag zwar nicht widerrechtlich im Sinn des Art. 20 OR. Das wurde bereits erwähnt. Dies darf aber nicht dahin missverstanden werden, dass auch die vorsätzliche Verleitung eines anderen zum Vertragsbruch ohne weiteres erlaubt wäre. Eine solche Anstiftung könnte durch Art. 41 OR zu Schadenersatz verpflichten.
- Vom Vertrag mit unsittlichem Inhalt (Art. 20 Abs. 1 OR) ist das "*unsittliche Zustandekommen des Vertragsabschlusses*" zu unterscheiden. Dies ist nämlich die Art und Weise wie der Vertragswille gebildet wird. Zu erwähnen sind Übervorteilung (Art. 21 OR), absichtliche Täuschung (Art. 28 OR) und Furchterregung (Art. 29 f.)

## § 7 Übervorteilung und Willensmängel

### I. Die Übervorteilung (Art. 21 OR)

Wird bisweilen auch "Wucher" genannt. Übervorteilter = Wucherer. Systematische Einordnung im Gesetz wie folgt:



Die Übervorteilung enthält Elemente beider Mängel. Sie regelt das krasse Missverhältnis gesondert, wendet aber die Rechtsfolgen der Willensmängel an.

#### Der Tatbestand

Es bedarf kumulativ dreier Elemente. Einem objektiven und zwei subjektiven:

- Das objektive Element betrifft den *Vertragsinhalt*. Es muss zum Nachteil des Übervorteilten ein *offenbares Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung* bestehen. "Offenbar" heisst, dass nicht jedes Ungleichgewicht zählt, sondern dass dieses "für jedermann", der das Verhältnis vernünftig betrachtet, "in die Augen fällt". Es handelt sich also schlussendlich um eine Ermessensfrage und nicht um eine (mathematische) Formel die auf den Sachverhalt angewandt werden kann. Dabei zählt der objektive Wert der Leistung und dieser darf nicht allzu streng beurteilt werden. Man will ja hauptsächlich die Art und Weise des Zustandekommens des Vertrages sanktionieren und nicht die Höhe des Unterschiedes.  
Nach diesem objektiven Tatbestandsmerkmal betrachtet kommen nur *vollkommen zweiseitige Schuldverträge* in Frage. Nach der Lehrmeinung aber kann diese Bestimmung analog auf *andere Verträge sinngemäss* angewandt werden (z.B. Vergleichsverträge, Gesellschaftsverträge, Erbteilungsverträge). Ebenfalls auf unentgeltliche Leistungsversprechen, denn einem unverhältnismässig geringem Entgelt ist gar kein Entgelt gleichzusetzen.
- Das erste subjektive Element betrifft die *Seite der benachteiligten Partei*. Dabei muss eine bestimmte *Schwäche* zum Abschluss des Vertrages geführt haben. Diese Schwäche führt zu einer unterlegenen Verhandlungsposition der betroffenen Partei.  
Es handelt sich um *keine abschliessende Aufzählung*. Zu denken ist etwa auch an den Einfluss von Alkohol, Drogen oder an Zustände der Erschöpfung oder Dankbarkeit. Ist die Übervorteilte Partei aber geradezu urteilsunfähig im Sinne von Art. 16 ZGB, entfaltet der Vertrag gar keine Wirkung. Art. 21 OR erübrigt sich.
- Das zweite subjektive Element beschlägt die *Seite der Gegenpartei*. Ausbeuten bedeutet das bewusste zunutze machen der Schwäche des anderen. Es bedarf aber nicht einer bösen Absicht. Der Ausbeutete muss aber von der Schwäche seines Partners wissen, wobei die Initiative aber auch vom Ausbeuteten ausgehen kann ("auf Bitten" eines Verunglückten).

Die Beweislast für alle drei Elemente trägt derjenige, welcher die Übervorteilung nicht gelten lassen will.

#### Die Rechtsfolge

Es führt zu einer einseitigen Unverbindlichkeit gemäss Art. 23 OR. Man will also den Missbrauch der Vertragsfreiheit bekämpfen. Grundsätzlich kann man Verträge mit offensichtlichem Leistungsmissverhältnis abschliessen. Wer aber dabei eine Schwäche ausbeutet, handelt *unfair*. Erreicht der Wucher eine bestimmte Grenze, bzw. erfüllt die Tatbestandsmerkmale von Art. 157 StGB, so ergibt sich ein Fall von Art. 20 OR. In Stichworten:

- Einseitige Unverbindlichkeit des Vertrages, Frist gem. Art. 21 Abs. 1 und 2 OR.
- Sog. "Teilunverbindlichkeit" ist möglich gem. BGer und h.L. (siehe R, Unterlage 27)
- Schadenersatzpflicht des Ausbeuters. "Culpa in contrahendo"; vgl. Art. 31 Abs. 3 OR
- pro Memoria: Sondernormen (z.B. KG, Art. 269 ff. OR)

## Einzelfragen

Kann auch der Vergleich unter Art. 21 OR fallen? Da der *Vergleich* kein synallagmatischer Schuldvertrag ist, fällt er nicht unmittelbar unter Art. 21 OR. Es rechtfertigt sich aber, ihn sinngemäss anzuwenden. Entscheidend ist das "Ausmass des beidseitigen Nachgebens", wobei hier der *subjektive* Standpunkt der Beteiligten betrachtet wird.

Wie sieht es mit der "Teilunverbindlichkeit" aus? Die Regeln der "modifizierten Teilnichtigkeit" passen sinngemäss auf den "einseitig unverbindlichen" Vertrag des Art. 21 OR. Siehe G/S/S, Nr. 754 ????????

Wie sieht das Verhältnis zwischen Art. 20 und 21 OR aus? Es fragt sich, gerade wenn die Jahresfrist von Art. 21 OR unbenutzt verstrichen ist, ob der Tatbestand der Übervorteilung (Art. 21 OR) zugleich ein *Nichtigkeitsgrund* im Sinn des Art. 20 OR ist. Die Frage ist ausnahmslos zu verneinen.

Bei kartellrechtlichen Missbrauchstatbeständen greifen schon die Artikel des KG, wobei Betroffene sich ebenfalls auf Art. 21 OR berufen können.

Bei Fragen im Verhältnis zu Art. 269 ff. OR bei den Mietzinsen besteht eine Wahlmöglichkeit.

## II. Die Willensmängel

Es sind *drei* Fehlthatbestände zu behandeln, welche das Gesetz als "*Mängel des Vertragsabschlusses*" (Randtitel zu Art. 23 OR) bezeichnet. Es sind dies der Irrtum, die absichtliche Täuschung und die Furchterregung.

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

#### *Begriff und Arten*

Ein Irrtum liegt vor, wenn "Vorstellung" und "Wirklichkeit" auseinanderklaffen. Wer "irrt", hat also eine *falsche Vorstellung über einen Sachverhalt*. Dies zum Wort "Irrtum". Rechtlich gesehen fällt auch die *fehlende Vorstellung* eines Sachverhalts der falschen Vorstellung gleichzustellen. Aber: Wer weiss, dass er nicht weiss, irrt nicht, ebensowenig wie derjenige der zweifelt.

Arten von Irrtum sind:

- Irrtum über *gegenwärtige oder vergangene* (ev. *zukünftige*), über *rechtliche oder nichtrechtliche Sachverhalte*.
- *Wesentlicher Irrtum*, welcher den Vertrag für den Irrenden unverbindlich "macht" und der *unwesentliche Irrtum*, der keinen Einfluss auf die Verbindlichkeit hat.
- *Motivirrtum* und *Erklärungsirrtum*.

#### *Der Motivirrtum (Art. 24 Abs. 2 OR)*

Der Motivirrtum bezieht sich "auf den Beweggrund zum Vertragsabschluss" (Art. 24 Abs. 2; "les motifs du contrat") und wird daher auch "*Irrtum im Beweggrund*" genannt.

#### • *Begriff*

Seinem Wesen nach ist der Motivirrtum ein *Irrtum in der Willensbildung*: in der Bildung des Geschäftswillens einen Vertrag – überhaupt oder mit bestimmtem Inhalt abzuschliessen.

Vorstellungen "bewegen", "motivieren" eine Partei zum Vertragsabschluss. Diese Vorstellung kann falsch sein, oder es kann gar keine Vorstellung vorliegen. In beiden Fällen handelt es sich um einen Motivirrtum.

Bsp.: Grundstückskauf in Annahme (unrichtiger Auslegung des Baureglements), 5-stöckig (statt nur 3-stöckig) bauen zu dürfen; Engagierung eines Privatlehrers für die Tochter, ohne sich vorzustellen, dass dieser wegen Sittlichkeitsverletzungen vorbestraft sein könnte, was er tatsächlich ist.

#### • *Unwesentlicher und wesentlicher Motivirrtum*

Der Motivirrtum eines Vertragschliessenden ist:

- *grundsätzlich unwesentlich* (Art. 24 Abs. 2 OR). Trotz Irrtum ist der Vertrag verbindlich – auch dann, wenn der Vertragspartner des Irrenden den Beweggrund kannte. Kannte dieser allerdings nicht nur den Beweggrund, sondern auch den Irrtum, liegt ev. eine absichtliche Täuschung vor.
- *ausnahmsweise wesentlich*, wenn die qualifizierten Merkmale eines Grundlagenirrtums vorliegen.

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

- **Grundlagenirrtum als qualifizierter Motivirrtum**

Der Grundlagenirrtum wird in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR behandelt, ohne so bezeichnet zu werden. Er ist ein wesentlicher Irrtum. Vom Tatbestand her nichts anderes als *ein qualifizierter Motivirrtum*. Es stellt sich also die Frage nach den qualifizierenden Merkmalen, die den (wesentlichen) Grundlagenirrtum vom gewöhnlichen (unwesentlichen) Motivirrtum unterscheiden:

- **Die qualifizierenden Merkmale**

Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR umschreibt den Grundlagenirrtum. Der Motivirrtum ist dann ein (wesentlicher) Grundlagenirrtum, wenn er "einen bestimmten Sachverhalt", betrifft, "der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet" wird. Dabei ist der vorangestellte, *von der Wirklichkeit abweichende* Sachverhalt gemeint! (Unklare Formulierung des Gesetzes).

Es müssen *kumulativ* also *zwei qualifizierende Merkmale* erfüllt sein. Ein subjektives und ein objektives Merkmal:

- Das *subjektive Merkmal* besteht darin, dass der Irrende, den irrtümlich vorgestellten Sachverhalt als eine *"notwendige Grundlage des Vertrages"* betrachtet, dies für ihn also *"conditio sine qua non"* für den Vertragsabschluss ist. Bsp.: Der Käufer hätte das Grundstück nicht gekauft, wenn er gewusst hätte dass die (5-stöckige) Überbaubarkeit (vorgestellter Sachverhalt) nicht gegeben ist. Es darf sich also nicht nur um einen mitentscheidenden, sondern es muss sich um einen *ausschlaggebenden* Sachverhalt handeln.

Dabei kommt beurteilt sich dies ausschliesslich nach der Auffassung des Irrenden. Auf die Gegenpartei kommt es also nicht an. Für sie braucht es nicht einmal *erkennbar* zu sein. Und schon gar nicht erforderlich ist, dass die Gegenpartei den Irrtum ihres Partners erkennt oder nach den Umständen erkennen sollte. *Wird* aber der Irrtum von der Gegenseite *erkannt* oder ist er für sie erkennbar, so ist der Schadenersatz bei Berufung des Irrenden von vornherein ausgeschlossen. Ev. sogar Fall absichtlicher Täuschung.

- Das *objektive Merkmal* ist darauf gerichtet, dass der Irrende den vorgestellten Sachverhalt *"nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr"* als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachten darf. Diese "objektive Betrachtung" hat den Grund, dass die Rechtsfolge, nämlich die einseitige Unverbindlichkeit (Art. 23 OR) für den loyalen Geschäftsverkehr angemessen sein muss ("Sonst könnte ja jeder kommen"). Deswegen müssen diese Gründe auch eine gewisse Intensität haben. Entschieden wird nach den gesamten Umständen des Einzelfalls.

Zwar kommt es wie gesagt nicht auf die Gegenpartei an, jedoch kann der Umstand, dass die Gegenpartei den gleichen Sachverhalt als notwendige Vertragsgrundlage ansieht, für die Bejahung des objektiven Merkmals mitentscheidend sein.

Fahrlässigkeit des Irrenden schliesst den Grundlagenirrtum nicht aus.

Wie erwähnt ist der falschen Vorstellung die *fehlende Vorstellung* (sog. "ignorantia") gleichzusetzen wenn anzunehmen ist, dass die betreffende Partei den Nichtbestand des unbedachten Sachverhalts (z.B. den Nichtbestand von Vorstrafen des Privatlehrers) als "notwendige Grundlage des Vertrages" betrachtet hätte.

- **Abgrenzung und Beispiele**

Wie sieht es aus, wenn die Parteien die Verbindlichkeit des Vertrag an eine ausdrücklich oder stillschweigend *vereinbarte Voraussetzung* knüpfen? Also wenn z.B. der Bauwerkvertrag unter der Voraussetzung abgeschlossen wird, dass die geltende Rechtslage die Ausführung des Bauprojekts (5-stöckigkeit) erlaubt. Fehlt diese Voraussetzung, so bleibt der Vertrag von Anfang an unwirksam. Es handelt sich hier also *nicht um eine Folge eines Grundlagenirrtums*.

Für Beispiele siehe G/S/S, Nr. 793.

- **Streitfragen**

- Kann sich der Grundlagenirrtum auch auf "künftige Sachverhalte" beziehen? Bsp.: Kauf einer Liegenschaft mit Wirtschaft; Wirtenpatent wird nicht erteilt.

- Die *Praxis des BGer* ist schwankend. Einerseits wurde es wiederholt abgelehnt, die Berufung auf Grundlagenirrtum auch für künftige Sachverhalte zuzulassen, andererseits wurde es erlaubt, sofern sie bei Vertragsschluss "voraussehbar" seien. Die (neuste) Formel des BGer heisst, dass ein Grundlagenirrtum "auch dann vorliegt, wenn zwar nur die sich auf den Irrtum berufende Partei fälschlicherweise annahm, ein zukünftiges Ereignis sei sicher, *aber auch die Gegenpartei* nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr hätte erkennen müssen, dass die Sicherheit für die andere Partei Vertragsvoraussetzung war". Der Sachverhalt muss also von beiden Parteien als sicher Angenommen werden. Zur Kritik siehe G/S/S, Nr. 798.

- Die *Lehre* ist ebenfalls gespalten.
- Die *hier vertretene Ansicht* folgt im Ergebnis derjenigen Lehrmeinung, welche die möglichen Gegenstände für einen Grundlagenirrtum auf gegenwärtige und vergangene Sachverhalte beschränkt. Einerseits, weil sonst Verträge über Jahre hinaus ungewiss bleiben, andererseits deswegen, weil eine einseitige Unverbindlichkeit als Rechtsfolge unpassend ist, wenn sich die Zukunft anders entwickelt, als bei Vertragsabschluss erwartet (was rasch möglich ist!).  
Unrichtige oder fehlende Vorstellungen einer Partei über die Zukunft sind aber damit nicht a priori unwesentlich. Bisweilen hat eine vertragschliessende Partei nur deshalb keine richtige Vorstellung über die Zukunft, weil sie sich über die bereits bei Vertragsabschluss gegebenen Verhältnisse irrt. Bsp.: Ein Grundstückskäufer weiss bei Vertragsabschluss nicht um die Gefährdung des Grundstücks durch Lawinen; deshalb geht er von der Baubarkeit der Kaufparzelle aus, während diese nach Vertragsabschluss in die Lawinenzone einbezogen und mit Bauverbot belegt wird.
- Wie sieht die Abgrenzung zwischen Grundlagenirrtum und der so genannten "clausula rebus sic stantibus" aus? Die *clausula rebus sic stantibus* ist die stillschweigende Abrede der Parteien, dass der Vertrag nur dann gültig ist, wenn sich die Zukunft nicht *grundlegend* anders entwickelt als dies zu erwarten gewesen wäre. Die *clausula* wurde schon in England bejahrt, in den so genannten *crownation cases*.<sup>1</sup>  
Die Lehre sieht diese Variante als besser, gegenüber der Behandlung der Zukunft-Irrtümer nach Irrtumsrecht (Art. 23 ff. OR). Die *clausula* erlaubt eine differenziertere Gestaltungsmöglichkeit als der 23er, da dieser, abgesehen von der Teilmodifikation, nur ein alles oder nichts kennt. Die "clausula rebus sic stantibus" ist in Art. 2 Abs. 2 ZGB geregelt.
- Wie ist das Verhältnis zwischen der kaufrechtlichen Sachgewährleistung (Art. 197 ff.) und dem Grundlagenirrtum? **Siehe R, Unterlage 21, Picasso-Fall!**

#### Der Erklärungsirrtum (Äusserungsirrtum)

- *Begriff*  
Siehe G/S/S, Nr. 809 ff.
- *Erscheinungsformen*
  - *Der Erklärungsirrtum im engen Sinn* (Hauptfall). Siehe G/S/S, Nr. 815 f. Auf diese Art von Irrtum beziehen sich die Beispiele in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1-3 OR.
  - *Der Übermittlungsirrtum*. Er wird in Art. 27 OR als Sondervorschrift geregelt. Beispiele: Der Bote (*nicht* Stellvertreter!) bringt den Brief an C statt an D; ein Telegramm ist verstümmelt.
  - *Der Irrtum über die Ausdruckskraft einer ungewollten Erklärung*. Dieser Irrtum ist im Gesetz nicht enthalten. Der Irrende hat keinen Erklärungswille, möglicherweise gar kein Erklärungsbewusstsein. Irrtümlicherweise aber (also ohne Täuschungsabsicht) verhält er sich so, dass der andere das Verhalten nach Treu und Glauben als Willenserklärung auffassen kann. Z.B. Scherzerklärung.
- *Wesentlicher und unwesentlicher Erklärungsirrtum*  
Ob der Erklärungsirrtum ein wesentlicher oder ein unwesentlicher ist, ist für die Rechtsfolge entscheidend. Der *wesentliche* Irrtum macht den Vertrag einseitig unverbindlich (Art. 23 OR), verpflichtet aber den Irrenden, der sich darauf beruft, zur Leistung von Schadenersatz (Art. 26 OR), wenn ihn der Vorwurf der Fahrlässigkeit trifft. Bei *unwesentlichem* Erklärungsirrtum gilt der Vertrag von Anfang an, und zwar – nach Massgabe des Vertrauensprinzips – mit dem Inhalt, den der Erklärungsgegner sich vorgestellt (der Irrende aber nicht gewollt) hat.  
Das Gesetz beschränkt sich auf eine Aufzählung von Beispielen wesentlicher Irrtumsfällen in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1-3 OR:
  - Ziff. 1: "*error in negotio*". Der Irrende wollte z.B. eine Sache vermieten, erklärte sie aber zum Verkauf. Ebenfalls enthalten ist der Fall, wo der Irrende überhaupt keinen Vertrag eingehen wollte. *Kein* Erklärungsirrtum liegt allerdings vor, wenn er sich nur die rechtliche Qualifikation des Vertrags bezieht.
  - Ziff. 2: "*error in corpore*" oder "*error in persona*".

<sup>1</sup> Leute mieteten teilweise mit ihrem gesamten Vermögen Marktstände an der Route des zu krönenden Königs, welcher just an diesem Tag erkrankte und die Zeremonie verschieben musste. Man ging davon aus, (dass stillschweigend klar war), dass die Leute diesen Marktplatz nur am Tag des Umzugs mieten wollten.

- Ziff. 3: "*error in quantitate*". Über die (Un)Wesentlichkeit ist nach dem Ermessen des Richters zu entscheiden.

In den Fällen, wo die Frage der (Un)Wesentlichkeit nicht vom Gesetz bestimmt wird, hat der *Rechtsanwendende* jedoch nicht freie Hand. *Wesentlich* oder *unwesentlich* ist der Erklärungsirrtum je nachdem, ob diese oder jene *Rechtsfolge angemessen* ist. Allgemein:

- Der Erklärungsirrtum ist nur dann wesentlich, wenn sie für den Irrenden subjektiv wesentlich ist.
- Ausserdem muss für die Wesentlichkeit die Diskrepanz zwischen dem objektiven Sinn der Erklärung und dem wirklichen Willen "tatsächlich von Bedeutung", sprich objektiver Wesentlichkeit sein. Damit sollen Vertragspartner nicht der "Kleinlichkeit" von Irrenden ausgesetzt werden.
- *Abgrenzungen*  
Vom Erklärungsirrtum eines Vertragsschliessenden zu unterscheiden sind die folgenden Sachverhalte:

- *Motivirrtum*. Er ist ein Irrtum in der Willensbildung, während beim Erklärungsirrtum der Wille des Irrenden richtig gebildet, aber mangelhaft kund gegeben wird. Begrifflich sind diese beiden Arten also klar abgrenzen, in der Praxis können sie sich aber sehr nahe kommen. Hat der Verkäufer sich im Schaufenster beim Anschreiben um eine Kommastelle vertan, handelt es sich um einen Erklärungsirrtum, hat der Kommastellenfehler seinen Ursprung in der Kalkulation, handelt es sich um einen Motivirrtum.
- *Missverständnis des Erklärungsempfängers*. Ebenso wie beim Erklärungsirrtum versteht der Empfänger das Erklärungsverhalten des Erklärenden abweichend vom wirklichen Willen. Im Unterschied zum Erklärungsirrtum darf er dies jedoch nach den konkreten Umständen nicht; vielmehr muss er nach Treu und Glauben (Vertrauensprinzip) die Erklärung so verstehen, wie sie der Erklärende meint. Es können sein: Wahrnehmungsfehler (Empfänger liest z.B. "Ablehnung" statt "Annahme, wie geschrieben steht"); Deutungsfehler (Empfänger versteht z.B. "unverbindlich" im Sinn von "unentgeltlich"). Das Missverständnis ist nicht direkt im Gesetz geregelt.
- *Falscherklärung*. Siehe G/S/S, Nr. 834 ff. ????????
- *Gemeinsamer Irrtum nach Art. 18 Abs. 1 OR*.
- *"Blosse Rechnungsfehler" nach Art. 24 Abs. 3 OR*. Der Vertrag ist mit der Berichtigung des Rechnungsfehlers von Anfang an gültig und kann von keiner Partei in Frage gestellt werden. Dies tönt auf den ersten Blick überraschend. Jedoch ist der Anwendungsbereich von Art. 24 Abs. 3 OR eng. So wird ein *beidseitiges Versehen* der Parteien vorausgesetzt. Die ganze Fehlkalkulation muss ersichtlich sein. Bsp.:  $500 + 1000 + 5000 = 5500$ . Die Einzelbeträge ( $500 + 1000 + 5000$ ) allein sind *massgeblich*; es müssen also die *Berechnungsgrundlagen zum Inhalt der Vereinbarung* gehören. Die Vereinbarung ist also *in sich widersprüchlich*.

#### *Irrtumsfolge: Rechtsfolge wesentlichen Irrtums*

Der gesetzliche Grundsatz wird in Art. 23 OR umschrieben: Einseitige Unverbindlichkeit. Dazu kommen Einzelregeln:

- Art. 25 Abs. 1 OR: Diese Regel betrifft nicht das Vorliegen, sondern die "Geltendmachung" (Randtitel) eines wesentlichen Irrtums. Gegen Treu und Glauben verstösst eine Geltendmachung eines Irrtums, wenn eine unnütze Rechtsausübung vorliegt oder ein krasses Missverhältnis der Interessen besteht.
- Art. 25 Abs. 2 OR: Diese Regel bezieht sich auf den wesentlichen Erklärungsirrtum. Die behaftet den Irrenden auf dem, was er wirklich gewollt hat. Es verbietet dem Irrenden also, sich widersprüchlich zu verhalten. Art. 25 Abs. 2 OR kommt zum Zug, wenn (erstens) der Irrende sich überhaupt auf den Irrtum beruft, und wenn (zweitens) die Erklärung des Vertragsgegners, den Vertrag im Sinn des Irrenden gelten zu lassen, unmittelbar auf die Irrtumsberufung erfolgt.
- Art. 26 OR: Eine Haftung aus "culpa in contrahendo". Es genügt schon eine leichte Fahrlässigkeit, man will dieses Verhalten mit einer gewissen Strenge beurteilen. Praktische Bedeutung hat der Haftungsausschluss, wenn der andere den Irrtum gekannt hat oder hätte erkennen können, nur für den Grundlagenirrtum.
- Art. 20 Abs. 2 OR: Der Grundgedanke des Art. 20 Abs. 2 OR und die daraus folgende Regel der "modifizierten" Teilnichtigkeit kann auf den *Grundlagenirrtum* übertragen werden. Eine sinngemässe Anwendung kommt in Betracht, wenn der Irrende geltend macht, er hätte ohne den Irrtum den Vertrag nicht zu "diesen" Bedingungen abgeschlossen.  
Beim wesentlichen *Erklärungsirrtum* hingegen fragt sich nicht, ob der Vertrag unverbindlich ist, son-

dem ob er mit einem anderen Inhalt als dem vereinbarten gilt. Hier ist Art. 25 Abs. 2 OB abschliessend anwendbar. ???????

## Die absichtliche Täuschung (Art. 28 OR)

### Tatbestand

Eine Partei schliesst den *Vertrag auf Grund eines Motivirrtums* (egal ob wesentlich oder unwesentlich), *der auf absichtlicher Täuschung beruht*. Ohne diesen Irrtum (Kausalzusammenhang!) würde sie den Vertrag entweder überhaupt nicht abschliessen oder nicht so abschliessen. Unterschiede werden im Einzelnen:

- **Haupttatbestand** (Art. 28 Abs. 1 OR): *Absichtliche Täuschung durch den Vertragsgegner*. Und zwar entweder:
  - *durch positives Verhalten*. Es wird ein Irrtum im Laufe der Verhandlungen oder früher "erregt". Es können Tatsachen vorgespiegelt werden, die nicht bestehen oder bestehende Tatsachen als nicht bestehend. Dabei kann dies durch Äusserung (Worte) oder anderes Verhalten (z.B. km-Stand zurückdrehen) geschehen. Meist handelt es sich auch um eine *unrichtige Beantwortung von Fragen*. So typisch bei Fragebogen von Arbeitgeber oder Wohnungsvermietern. Bei gewissen persönlichen Fragen (Art. 27 ZGB) wie z.B. der Schwangerschaftsfrage kann der Fragende nicht von einer wahrheitsgetreuen Beantwortung ausgehen, bzw. sich nicht auf absichtliche Täuschung berufen. Besondere Regeln gelten bei Fragebogen von *Privatversicherern*;
  - *oder durch Schweigen*. Der Partner wird über seinen Irrtum nicht aufgeklärt, obwohl der Vertragsgegner den Irrtum bemerkt hat und zur Aufklärung verpflichtet wäre. Dies geht über den Wortsinn (errgen) von Art. 28 Abs. 1 OR hinaus. Die *Täuschung durch Schweigen* setzt eine *Aufklärungspflicht* voraus, die es aber nicht als Allgemeine Pflicht gibt (grundsätzlich ist jeder für sich selbst verantwortlich), sondern nur bei spezifischen Geschäften. So ist niemand dazu verpflichtet, jemanden über Umstände aufzuklären, welche dieser mit gehöriger Aufmerksamkeit hätte erkennen können. Eine spontane Aufklärungspflicht (unter Kaufleuten) zur eigenen Kreditwürdigkeit besteht in aller Regel nicht.

In beiden genannten Fällen *täuscht* der Vertragsgegner *absichtlich*, also im *Wissen* darum, einen Irrtum herbeizurufen oder zu unterhalten gepaart mit der *Absicht* den Vertragsschluss herbeizuführen. Dabei bedarf es aber *keine* Schädigungs- oder Bereicherungsabsicht seinerseits.

- **Nebentatbestand** (Art. 28 Abs. 2 OR): *Absichtliche Täuschung durch einen Dritten*. Nur dann gegeben, wenn der Vertragsgegner des Getäuschten zur Zeit des Vertragsabschlusses die Täuschung kennt oder kennen muss (Art. 3 Abs. 1 und 2 ZGB). Kennt er die Täuschung, so täuscht er selber durch Schweigen. Kennt er sie nicht gilt Art. 23 ff. OR. Keine Dritten im Sinne von Art. 28 Abs. 2 OR sind direkte Stellvertreter.

Pro Memoria: Widerrechtlichkeit – In der älteren Lehre ist sie immer gegeben. In der neueren Lehre wird dagegen davon ausgegangen, dass bei den oben erwähnten Fragekatalogen, welche keinen Zusammenhang zum Vertrag haben (oder nach Art. 8 BV haben dürfen), absichtliche Täuschungen *nicht* widerrechtlich sind.

### Rechtsfolgen

- *Der Vertrag ist für den Getäuschten* nach Art. 28 OR (einseitig) *unverbindlich*, auch wenn der Irrtum kein wesentlicher (im Sinn von Art. 23 f. OR) ist. Es ist die Einhaltung der Frist erforderlich nach Art. 31 OR.  
Eine besondere Rechtslage besteht im Fall, da der Getäuschte den Vertrag auch ohne Täuschung abgeschlossen hätte, aber mit einem anderen Inhalt ("dolus incidens"). Es gilt dann Sinngemäss Art. 20 Abs. 2 OR.
- *Schadenersatzpflicht*, wenn Art. 41 ff. OR oder die "culpa in contrahendo" greifen. Vergütet wird das "negative Interesse". Macht der Getäuschte die Unverbindlichkeit nicht (oder nicht rechtzeitig) geltend, greift *Art. 31 Abs. 3 OR*. Der Anspruch bleibt danach bestehen, wenn der Getäuschte den Vertrag durch Stillschweigen genehmigt hat, ohne ihn genehmigen zu wollen, oder die Genehmigung für ihn das kleinere Übel war als die Nicht-Genehmigung.

### Sonderregeln und weitere Rechtsbehelfe

Es bestehen Sonderregeln, wo andere Termini verwendet werden und auch die Rechtsfolgen nicht strikt den hier aufgezählten folgen. Siehe G/S/S, Nr. 871a.

## Die Furchterregung (Art. 29 f. OR)

### Tatbestand

Der Vertragsschliessende wird "von dem anderen oder von einem Dritten widerrechtlich *durch Erregung begründeter Furcht zur Eingehung eines Vertrages bestimmt*". Ohne diese Furcht (Kausalzusammenhang!) würde er den Vertrag überhaupt nicht abschliessen oder zu anderen Bedingungen. Es mangelt also hier nicht am Verstand, sondern am Willen und damit an der inneren Freiheit.

Die *Furchterregung* erfolgt durch *Drohung* (Art. 29 Abs. 2 OR): durch die Androhung eines Übels, welche ernst genommen wird, so dass es zur Furcht kommt. Die Bedrohung kann auf den Vertragspartner selber oder auf andere gerichtet sein. Ebenso auf eine juristische Person. Gleichgültig ist die Person des Drohenden. Ebenso ob er die Drohung wahr machen will oder nicht.

Von der Drohung zu unterscheiden sind verwandte Fälle: Abschluss eines Vertrags aus Furcht, die nicht aus Drohung hervorgerufen wurde; Abschluss eines Vertrags, weil der Partner erklärte, sich selbst ein Übel zuzufügen.

Die erregte *Furcht* ist eine "*gegründete*" und die Furchterregung in diesem Sinn qualifiziert. Art. 30 Abs. 1 OR zählt nicht abschliessend Leib, Leben Ehre oder Vermögen auf. Es ist z.B. auch das seelische Gleichgewicht möglich (Selbstmorddrohung).

Das *Element der Widerrechtlichkeit* besagt, dass entweder der angedrohte Nachteil als solcher widerrechtlich ist (z.B. Bedrohung gegen Leib und Leben) oder die "Geltendmachung des Rechtes". ???????

### Rechtsfolgen

- *Der Vertrag ist für den Bedrohten* nach Art. 29 OR *unverbindlich*. Dies gilt auch dann, wenn ein Dritter gedroht hat und der Partner des Bedrohten es weder wusste noch wissen konnte!  
Eine besondere Rechtslage besteht im Fall, da der Bedrohte den Vertrag auch ohne Drohung abgeschlossen hätte, aber mit einem anderen Inhalt ("*metus incidens*"). Es gilt dann Sinngemäss Art. 20 Abs. 2 OR.
- *Schadenersatzpflicht*; und zwar die:
  - *Ersatzpflicht des Drohenden gegenüber dem Bedrohten*. Es gilt die gleiche Regel wie für die Schadenersatzpflicht des Täuschenden.
  - *Ersatzpflicht des Bedrohten gegenüber dem Vertragspartner*. Im Fall einer Drittdrohung, die der Vertragspartner "weder gekannt hat noch hätte kennen sollen" (Art. 29 Abs. 2 OR).

## Die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrags

Leidet der Vertrag an einem erheblichen "Willensmangel" einer Partei, so ist er für die betroffene Partei – den Irrenden, Getäuschten oder Bedrohten – unverbindlich. Sie kommt bei den oben genannten Sachverhalten (Irrtum, absichtliche Täuschung, Drohung und Übervorteilung) zum Zug. Diese Rechtslage wird als "einseitige Unverbindlichkeit" bezeichnet. Dazu notwendig ist die Berufung auf Unverbindlichkeit innert Frist (Art. 31 OR).

### Bedeutung

Die Meinungen gehen auseinander. Zur hier vertretenen Ansicht der "*Ungültigkeitstheorie*" **siehe G/S/S, Nr. 890 ff.!!** In Stichworten:

- Der Vertrag ist ungültig (unwirksam) – von Anfang an.
- Nur die eine Partei (diejenige die irrt, getäuscht oder bedroht wurde) kann sich auf die Ungültigkeit berufen. Und zwar entweder
  - die Erfüllung verweigern;
  - das bereits geleistete Sache vindizieren (Art. 641 Abs. 2 ZGB), bzw. Geld kondizieren (Art. 62 OR) in einer
  - Rückleistung "Zug um Zug".
- Die Frist von Art. 31 OR muss gewahrt werden, ansonsten der Vertrag "ex tunc" als genehmigt gilt.

Eine andere, gegenteilige Ansicht ist die "*Anfechtungstheorie*". Sie wird im deutschen BGB vertreten und in der Schweiz vor allem von deutschen, oder von Deutschland beeinflussten Autoren befürwortet. Nach der Anfechtungstheorie ist der einseitige unverbindliche Vertrag für beide Parteien gültig. Die betroffene Partei – und nur sie – hat jedoch ein *Anfechtungsrecht*. Der Vertrag wird dann "ex tunc" auf-

gehoben. Das BGer verwirft diese Theorie ausdrücklich. (Denn) obwohl gewisse Gründe für diese Theorie sprechen, so läuft sie der Entstehungsgeschichte des Art. 23 OR und somit dem Willen des schweizerischen Gesetzgebers zuwider.

Eine Dritte Theorie ist jene der "geteilten Ungültigkeit". Danach ist der Vertrag für die betroffene – z.B. irrende oder getäuschte – Partei von Anfang an ungültig, für die andere Partei dagegen gültig. Dass dies nicht sehr praktikabel ist zeigt sich am Beispiel, dass bei einem Abtretungsvertrag (Art. 164 OR) ein Gläubigerwechsel schlicht nicht eintritt und gleichzeitig doch nicht eintritt!

#### *"Aufhebung des Mangels" (Art. 31 OR)*

Das *Recht der betroffenen Partei*, sich auf die Unverbindlichkeit des Vertrags zu berufen ist *befristet*: nach Art. 31 Abs. 1 OR *ein Jahr*. Im Einzelnen:

Diese *Genehmigung* bewirkt ein Wirksamwerden des Vertrages "ex tunc" und der Ausschluss der späteren Berufung auf Unverbindlichkeit. Darin besteht die *"Aufhebung des Mangels"* (Randtitel zu Art. 31 OR).

Die *Erklärung* des Berechtigten, *"dass er den Vertrag nicht halte"*, ist eine Willenserklärung. Sie ist an keine Form gebunden und kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Sie ist bedingungsfeindlich und, einmal abgegeben, unwiderruflich. Entgegen dem Gesetzeswortlaut ("weder/noch") kann sie auch durch das Zurückfordern einer "schon erfolgten Leistung" erfolgen.

Es handelt sich nicht um eine Anfechtung, wie oft bezeichnet, denn angefochten kann nur ein gültiger Vertrag werden, welcher nach der hier vertretenen Meinung gar nicht besteht.

Die *Jahresfrist* ist eine Verwirkungsfrist. Sie kann nicht angehalten oder unterbrochen werden nach Art. 134 ff. OR. Sie beginnt zu laufen, sobald der Getäuschte sichere Kenntnis des Willensmangels hat bzw. ausreichende Erkenntnis hat, dass eine Täuschung absichtlich ist.

Zur Frage, ob eine Genehmigung auch vor Jahresfrist möglich sei ist folgendes zu sagen: Eine Genehmigung, welche den Verzicht auf Aufrufung von Willensmängel bedeutet, darf nicht leichthin angenommen werden. Der Irrende muss *"deutlich"* zu verstehen geben, dass er sich mit dem mangelhaften Vertrag abgefunden hat".

Die Frage nach der "absoluten" und der "relativen" Verwirkungsfrist ist umstritten. Das BGer spricht sich gegen eine zehnjährige "absolute" Verwirkungsfrist aus, wenn auch mit nicht überzeugenden Argumenten.

Von der Verwirkungsfrist von Art. 31 OR ist die Verjährungsfrist von Art. 67 OR (Rückforderungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung) zu unterscheiden. Hier gilt sowohl die "relative" wie auch die "absolute" Frist. Siehe G/S/S, Nr. 913 f.

## **Einzelfragen**

### *Erklärungsirrtum und Vertragsabschluss*

Siehe G/S/S, Nr. 916 ff.!!

### *Die Verwendung einer nicht gelesenen Urkunde*

Eine Partei unterzeichnet eine Vertragsurkunde und verwendet sie zur Abgabe ihrer Vertragserklärung, ohne deren Text (überhaupt oder vollständig) gelesen zu haben. Dieser Sachverhalt kann, muss aber nicht die *Ursache eines Erklärungsirrtums* sein. Handelt es sich um einen wesentlichen Erklärungsirrtum, so ist der Vertrag für die irrende Partei unverbindlich. Je nach dem kann aber schon auf der Konsensebene von Art. 1 Abs. 1 OR angesetzt werden.

Wird eine Urkunde nicht gelesen handelt es sich im Regelfall um eine *Unsorgfalt*. Diese Unsorgfalt ist eine Fahrlässigkeit des Irrenden, der bei Berufung ev. zu Schadenersatz verpflichtet werden kann. Für AGB's greift eine besondere Regel ein, wonach ungewöhnliche Klauseln zu Gunsten eines nur global Zustimmenden unwirksam bleiben.

Hat die Gegenpartei den Unterzeichner *tatsächlich richtig verstanden*, so gilt die Erklärung nach Massgabe des erklärten wirklichen Willens, auch wenn zwischen diesem Willen und dem unterzeichneten Text ein Widerspruch besteht. Als Grundsatz ist aber festzuhalten, dass der Empfänger einer ungelesenen Urkunde nach Treu und Glauben davon ausgehen darf, "dass der Erklärende gewillt sei, sich gemäss dem Text zu verpflichten".

*Willensmängel bei einseitigen Rechtsgeschäften, beim Vergleich und bei Dauerverträgen*

Entgegen dem Randtitel zu Art. 23 ff. OR (Mängel des "Vertragsabschlusses") werden diese Normen *sinngemäss auch auf einseitige Rechtsgeschäfte* angewandt. Ebenso bei *Innominatsverträgen* und bei (gerichtlichen oder aussergerichtlichen) *Vergleichen*.

Beim Vergleich kann man sich laut BGer und h.L. ebenfalls irren. Hingegen "darf" man sich nicht über den ungewissen Punkt, also den Kern des Vergleiches irren, bzw. sich darauf berufen.

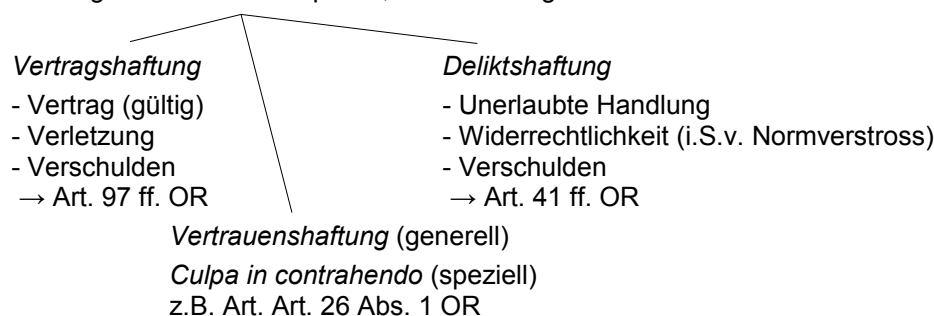
Zu den Dauerschuldverträgen (typischerweise der Arbeits-, oder Mietvertrag), welche schon ins Erfüllungsstadium gelangten ist zu sagen, dass in diesen Fällen eine Rückabwicklung (als Folge der einseitigen Unverbindlichkeit) meist äusserst unpraktikabel ist. Wie lässt sich z.B. der "Mietgenuss" von drei Monaten in einer Wohnung rückabwickeln? In diesen Fällen zieht man der Rückabwicklung "ex tunc" eine ausserordentliche Kündigung vor. Siehe G/S/S, Nr. 943 ff.

**III. Übersicht**

Konsensmängel	Nichtigkeit	Einseitige Unverbindlichkeit
"Vertrag nicht zustande gekommen" (Grundtatbestand des Vertrages fehlt)	Vertrag unheilbar unwirksam - Formmängel (BGer) - Inhaltsmängel	Vertrag einseitig unverbindlich ("Un-gültigkeitstheorie"); Mangel aber heilbar - Willensmängel - Übervorteilung
→ Berücksichtigung von Amtes wegen	→ Berücksichtigung von Amtes wegen Schranke: Rechtsmissbrauchsverbot	→ benachteiligte Partei muss Mangel geltend machen; Frist Art. 31 und 21 OR

**§ 8 Vertragsverhandlungen**

Haftung = Schadenersatzpflicht; kommt in folgenden Formen vor:



**I. Die Verhandlungen**

Dem Abschluss eines Vertrages gehen meist Vertragsvorhandlungen voraus. Man will damit die Möglichkeit eines Vertragsabschlusses abklären. Dabei wird unter den Parteien ein Rechtsverhältnis, das *Vertragsverhandlungsverhältnis* begründet. Es hat insbesondere zum Inhalt die:

**II. Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben**

Alleine die Aufnahme von Verhandlungen führt zu einer erhöhten Sorgfalts- und Rücksichtspflicht der Beteiligten. Es wird ein "redlich denkender, sich loyal verhaltender Partner" erwartet, folgend aus *Art. 2 Abs. 1 ZGB*. Die gegenseitigen Erklärungen verdienen besonderen rechtlichen Schutz.

**Konkrete Einzelpflichten**

- *Die Pflicht zu ernsthaftem Verhandeln*. Dagegen verstösst, wer:
  - Verhandlungen aufnimmt oder fortsetzt, von denen er weiss oder annimmt, dass sei zumindest so nicht zum Abschluss führen werden.
  - den Eindruck erweckt, sein Abschlusswille sei stärker als er dies wirklich ist.

- es durch Unsorgfalt oder Absicht zu einem formungültigen (Art. 11 OR) oder nichtigem (Art. 20 OR) Vertrag kommen lässt, obwohl er weiss oder annehmen musste, dass das Gegenüber auf die Gültigkeit vertraut.
- bei Abschluss eines formungültigen Vertrages (Art. 11 OR) verspricht, die Form "nachzuholen", obwohl er weiss, dass er sich weigern wird (z.B. Grundstückskauf).

Weitere Fälle sind z.B. jener der Bank in Spreitenbach, welche monatelang verhandelt hat, ohne dabei anzumerken, dass der definitive Entschluss vom Mutterhaus kommen wird.

- *Die Pflicht zur Rücksichtnahme.* Sie wird verletzt, wenn eine Partei die Schwäche der anderen ausnützt.
- *Die Pflicht, den Vertragspartner nicht zu täuschen,* und dies im Bezug auf erhebliche Tatsachen. Daraus ergibt sich:
  - Eine Aufklärungspflicht mit Bezug auf (erhebliche) Tatsachen, welche die Gegenpartei "nicht kennt und nicht zu kennen verpflichtet ist". Dies Beurteilt sich jeweils nach dem individuellen Einzelfall. Hingegen ist man verpflichtet, wahre Auskünfte zu geben. Gesetzliche Einzelvorschriften zu vorvertraglichen Aufklärungspflichten sind im klassischen Vertragsrecht selten, kommen aber bei Konsumentenverträgen je länger je mehr.
  - Die Pflicht, allfällige *Auskünfte und Ratschläge* im Hinblick auf den möglichen Vertragsabschluss *nach bestem Wissen und Gewissen* zu erteilen. Diese Pflicht kann nicht nur aus dem Verhandlungsverhältnis, sondern auch aus vorbestehendem Vertragsverhältnis entstehen (z.B. Arzt – Patient)
- *Die Pflicht, Schutzmassnahmen zu treffen,* damit im Verlauf der Verhandlungen keine Rechtsgüter des Partners beeinträchtigt werden.

### Haftung aus "culpa in contrahendo"

Verstösst ein Verhandlungspartner gegen die Pflicht, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, so haftet er dem anderen für den dadurch entstandenen Schaden. Dies wird Haftung *aus "culpa in contrahendo"* ("Verschulden bei Vertragsverhandlungen") genannt. Für verschiedene Einzelfälle ist sie positivrechtlich geregelt. Darüber hinaus greift sie aber auch über diese im Gesetz festgehaltenen Fälle hinaus, Dies ist allgemein akzeptiert, aber immer noch teilweise heftig umstritten.

*Eigenarten und Merkmale* der Culpa-Haftung sind:

- Die Culpa-Haftung *sanktioniert die Verletzung der verschiedenen Einzelpflichten*, die sich aus dem Treueverhältnis der Vertragspartner ergeben. Inhaltlich ist dies eine Schadenersatzpflicht. Ursprünglich war nur der Vertrauensschaden erfasst worden, mittlerweile kommt der Culpa-Haftung aber die Form eines allgemeinen Haftungstatbestandes gleich. Dabei sind bloss die *negativen Interessen* (und nicht die Erfüllungsinteressen) zu ersetzen.
- Soweit das Gesetz nichts anderes Vorsieht, setzt die Culpa-Haftung ein *Verschulden* voraus. Die Beweislast ist im Verhältnis zu Art. 8 ZGB umgekehrt – derjenige der aus Culpa-Haftung belangt wird, muss beweisen, dass ihn kein Verschulden trifft. Es genügt dabei ein fahrlässiges Verschulden.
- Die Culpa-Haftung setzt nicht voraus, dass der Vertrag, über den verhandelt wird, zum Abschluss gelangt.
- Die Culpa-Haftung untersteht nach der Rechtsprechung des BGer den Verjährungsfristen von Art. 60 OR, während ein Teil der Lehre mit guten Gründen sich für eine Anwendung von Art. 127 OR ausspricht.
- Die Haftung für Hilfspersonen wird überwiegend Art. 101 OR zugeschrieben.

Die *Rechtsnatur der Culpa-Haftung* ist umstritten:

Die Meinungen gehen weit auseinander. Siehe G/S/S, Nr. 976. Die hier vertretene Ansicht geht bei der Culpa-Haftung von einer Dogmatischen Hilfsfigur aus, die dazu dient, eine "Haftung zwischen Vertrag und Delikt" zu begründen, weil eine Vertragshaftung nicht vorliegt (es ist ja noch gar kein Vertragsverhältnis entstanden) und die Deliktshaftung nicht ausreicht (Die Modalitäten der Deliktshaftung ist nicht auf die Culpa-Fälle zugeschnitten und der Begriff der "Widerrechtlichkeit" im heutigen Sinn lässt sich nicht auf alle Culpa-Fälle anwenden).

Es bleibt also nichts anderes übrig, als die *Culpa-Haftung als besondere Haftungsfigur* zu betrachten. Dabei ist von einer Lückenfüllung gem. Art. 1 Abs. 2 ZGB auszugehen. Dies ist dadurch gerechtfertigt,



### III. Der Verhandlungsvertrag

Das Verhandlungsverhältnis, das durch die bloße Aufnahme von Vertragsverhandlungen entsteht, ist kein Vertragsverhältnis. In der Praxis kommt es aber vor, dass die Parteien bestimmte *Vereinbarungen über die zu führenden Verhandlungen* treffen. Solche Vereinbarungen ("Vorfeldvereinbarungen") bilden Gegenstand eines Verwandlungsvertrages. Dies begründet *vertragliche Pflichten*, bei welchen die Regeln des Vertragsrecht eingreifen. Zu erwähnen sind:

- Die vereinbarte Verhandlungspflicht. Zwar beinhaltet dies keine Abschlusspflicht, aber die Parteien müssen dennoch ernsthaft verhandeln.
- Die vereinbarte Geheimhaltungspflicht. Z.B. gewisse Dokumente geheimzuhalten oder nicht zum eigenen Vorteil zu benutzen.
- Die vereinbarte Unterlassungspflicht. Z.B. gleichzeitig mit einem Dritten zu verhandeln.

Weitere Pflichten sind z.B.: Gegenpartei über bestimmte Sachverhalte zu informieren; mit Modellen oder sonstigen Sachen der Gegenpartei sorgfältig umzugehen.

### IV. Die Beendigung der Verhandlungen

Kann geschehen durch:

#### Beendigung durch Abbruch der Verhandlungen

Der Abbruch kann in gegenseitigem Einverständnis oder auch von einer Seite her erfolgen. *Grundsätzlich* darf jeder Teil die Verhandlungen jederzeit ohne Vertragsabschluss abbrechen. Dabei hat jede Partei die Verhandlungskosten (z.B. Offertenkosten) selbst zu tragen. Vorbehalten bleiben Fälle einer vereinbarten Verhandlungspflicht,<sup>2</sup> aus "culpa in contrahendo" oder aus Art. 26 OR.

Ausnahmsweise wird der Grundsatz durchbrochen, wenn eine Kontrahierungspflicht besteht oder eben eine Verhandlungspflicht vereinbart wurde.

#### Beendigung durch Vertragsabschluss

Ist streitig, ob es zum Abschluss des Vertrages gekommen ist, so sieht das Gesetz *zwei Vermutungen* vor:

- Die *Vermutung des Art. 2 Abs. 1 OR*. Es wird vermutet, dass der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern solle, falls sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte geeinigt haben. Dies ist auslegungsbedürftig:
  - Die Vermutung betrifft Fälle, bei denen sich die Parteien über "Nebenpunkte" noch nicht einig sind, sich eine vertragliche Regel aber für später vorbehalten. Dabei wird vermutet, dass dieser Vorbehalt die Verbindlichkeit des Vertrages nicht berühren soll. Die Vermutung greift nur, wenn feststeht, dass die Parteien sich über alle "wesentlichen Punkte" einig sind. *Siehe G/S/S, Nr. 996.*
  - Anders ausgelegt wird Art. 2 Abs. 1 OR von der traditionellen Meinung. Danach gehören zu den "wesentlichen Punkten" auch die subjektiv wesentlichen. Dann greift die Vermutung nur, wenn sich die Parteien über alle objektiv *und* subjektiv wesentlichen Punkten geeinigt hat.
- Die *Vermutung des Art. 16 Abs. 1 OR*. Es wird vermutet, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen, wenn sie der Anwendung einer solchen vorbehalten haben. Merke: Art. 2 Abs. 3 OR bezieht sich auch auf Art. 11 OR.

## § 9 Sondertatbestände im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss

### I. Diskrepanz zwischen Wortlaut und übereinstimmendem wirklichen Willen

#### Der Tatbestand des Art. 18 Abs. 1 OR

Es sind *drei Grundmerkmale* auszumachen:

---

2 Siehe III. Der Verhandlungsvertrag

- Die Parteien verwenden bei dem Austausch der Erklärung eine gemeinsame "Bezeichnung" oder "Ausdrucksweise". D.h., sie verwenden die *gleichen (oder gleichbedeutenden) Worte oder Zeichen* (z.B. Zahlen).
- *Die wirklichen Willen der Parteien stimmen überein.* Mit dem "übereinstimmenden Willen" ist der empirische Wille gemeint. Die Parteien haben sich tatsächlich richtig verstanden. Es liegt weder ein Erklärungsirrtum noch ein Missverständnis vor.
- Dafür stimmt die verwendete "Bezeichnung" oder "Ausdrucksweise" nicht mit dem "Willen" überein. *Die Parteien verstehen die verwendeten Worte übereinstimmend in einem vom Wortlaut abweichenden Sinn.* Die "Bezeichnung" oder "Ausdrucksweise" ist "unrichtig". Sie stimmt nicht mit dem üblichen Sprachgebrauch überein.
- Die Gründe für diese Diskrepanz können zweierlei Natur sein.
  - Sie beruht auf einem gemeinsamen Irrtum (ungewollte Diskrepanz), oder;
  - es handelt sich um eine sog. Simulation (gewollte Diskrepanz):

### Die ungewollte Diskrepanz: Gemeinsamer Irrtum der Parteien

Merkmal: Jede Partei irrt sich, und zwar in gleicher Weise. Beispiele siehe G/S/S, Nr. 1009.

Rechtslage: Wer sich auf eine irrtümliche Diskrepanz zwischen Wortlaut und übereinstimmendem wirklichen Willen beruft, trägt die Beweislast für den vom Wortlaut abweichenden Willen. Rechtserheblich ist alleine "der übereinstimmende wirkliche Wille", nicht die irrtümlich verwendete "Bezeichnung" oder "Ausdrucksweise". *Der Vertrag gilt also mit dem übereinstimmend gewollten Inhalt.*

### Die gewollte Diskrepanz: Simulation

Merkmal: Die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise wird von den Parteien gebraucht, den wahren Inhalt des Vertrages zu verbergen. Es wird beabsichtigt, einen Dritten (z.B. Steuerbehörde) zu täuschen. Die Erklärungen bzw. Falscherklärungen sind als solche zwar gewollt, es fehlt aber der Geschäftswille und damit der Erklärungswille.

Dieses Konstrukt wird *Simulation (simuliertes Geschäft, Scheingeschäft)* genannt. In der Simulationsabrede geben sich die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend den übereinstimmenden wirklichen Willen bekannt, ein Geschäft nur (oder teilweise) zum Schein abzuschliessen. Entweder kann sich das Geschäft im Scheingeschäft erschöpfen, oder aber neben diesem simulierten, einen *dissimulierten* (ernst gemeinten) Vertrag enthalten. Beispiele siehe G/S/S, Nr. 1016.

Rechtslage: Wer sich auf die Simulation beruft, trägt die Beweislast.

- *Zwischen den Parteien* ist der "übereinstimmende wirkliche Wille" massgebend. *Der simulierte Vertrag ist völlig unwirksam.* Er ist ein Nicht-Geschäft welches keinerlei Vertragswirkungen entfaltet. Bei der Dissimulation ist der *dissimulierte (ernst gemeinte) Vertrag zustande gekommen* und damit rechtmässig *gültig*, denn dieser Teil beruht auf dem übereinstimmenden Willen der Parteien. Oft ist der dissimulierte Vertrag aber *formungültig*, weil er, obwohl formbedürftig, nicht formgerecht abgefasst wurde. Der dissimulierte Vertrag ist aber nicht deswegen ungültig, weil er verborgen im Zusammenhang mit einer Simulation abgeschlossen wurde.
- *Im Verhältnis zu Dritten* ist der simulierte Vertrag ebenfalls unwirksam. Zu beachten ist jedoch Art. 18 Abs. 2 OR. Es handelt sich um den Schutz eines gutgläubigen Dritten. Das heisst: die simulierte Forderung gilt als wirkliche Forderung.

### Simulation und fiduziarische Rechtsübertragung

Die fiduziarische Übertragung eines Rechts ist ein Verfügungsgeschäft, das sich normalerweise durch *drei Merkmale* auszeichnet:

- Ein *Grundgeschäft*, worin der Fiduziant den Fiduziar (Treuhänder) beauftragt, im eigenen Namen, aber im Interesse und auf Rechnung des Fiduzianten tätig zu sein. Es handelt sich um einen Auftrag gem. Art. 394 OR. Der Fiduziar handelt als indirekter Stellvertreter des Fiduzianten.
- Die *Übertragung eines Rechts* durch den Fiduzianten auf den Fiduziar (z.B. Eigentum an Geld).
- Die *fiduziarische Abrede*, worin der Fiduziar verspricht, "er werden 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".

Ein häufiger Fall ist die Inkassoabtretung.

Das Verhältnis der fiduziarischen Übertragung eines Rechts zur Simulation ist umstritten. Nach h.L. ist die Rechtsübertragung von den Parteien ernst gemeint, nicht simuliert. Es geht nach dem Willen der Parteien das fiduziarisch übertragene Recht "voll" (z.B. das "volle Eigentum") auf den Erwerber über. Er kann dann, verglichen mit der obligatorischen Bindung "*mehr als er darf*".

Stellungnahme: Die h.L. ist insofern richtig, als dass es sich um den ernsthaften Willen der Parteien handelt. Es ist nicht einzusehen, warum man mittels Vertrag nicht Eigentum übertragen kann, aber doch Bedingungen daran knüpfen. Doch ist es möglich, dass eine fiduziarische Rechtsübertragung wie jeder andere Vertrag simuliert werden kann. Es geht aber nicht an, in jeder fiduziarischen Rechtsübertragung gewissermassen "begriffsnotwendig" eine Simulation zu sehen. Dies entscheidet sich nach dem wirklichen Willen der Parteien.

### **Einzelfragen**

Art. 18 Abs. 1 OR beschäftigt sich nicht mit der "Übereinstimmung des wirklichen Willens", sondern setzt diesen als Tatsache voraus.

Ob ein Vertrag unter eine bestimmte Formvorschrift fällt, ergibt sich aus seinem Inhalt. Also nach dem wirklichen Willen und nicht anhand der unrichtigen "Bezeichnung" oder Ausdrucksweise.

Ein häufiger Simulations-Fall ist die Preis-Simulation beim Grundstückskauf. Die unrichtige Preisangabe ist unwirksam, da simuliert. In der Praxis stellt sich oft die Frage der Formgültigkeit des *dissimulierten* Teils. Die h.L. verneint dies.

Mit dem TB von Art. 18 Abs. 1 OR eng verwandt ist der *Fall, da die Parteien einen Vertrag, aus Irrtum oder Absicht falsch qualifizieren*. Die rechtliche *Qualifikation eines Vertrags ist dem Parteiwillen schlechthin entzogen*. So wird z.B. ein Kaufvertrag nie zu einem Werkvertrag, weil die Parteien ihn selbst als "Werkvertrag" qualifizierten.

II.

III.

IV.

V.

## **VI. Allgemeine (Vertrags-)Bedingungen**

### **Begriff und Erscheinungsformen**

Allgemeine (Vertrags-)Bedingungen, auch "vorformulierte Vertragsinhalte" genannt, sind *Vertragsbestimmungen, die im Hinblick auf eine Vielzahl von Verträgen eines bestimmten "Typs" generell vorformuliert wurden*. Grundsätzlich können sie vom Durchschnitts-Geschäftspartner nicht geändert werden. Gerade als Kunde von Banken oder Versicherungen. Passen die englischsprachige Bezeichnung als "take it or leave it contract". Aus dem heutigen schriftlichen Geschäftsverkehr sind die Allgemeinen Vertragsbedingungen nicht mehr wegzudenken. Ihnen kommt also eine enorme praktische Bedeutung zu. Sie kommen vor als:

- *Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)*. Sie dienen einem Unternehmer beim Abschluss derjenigen Verträgen, die er mit einer Vielzahl von Vertragspartnern eingeht. Das können z.B. allgemeine Bank- oder Versicherungsbedingungen sein, oder aber auch der Anschlag der gegebenen Bedingungen einer Wäscherei. Mögliche Zwecke sind:
  - Rationalisierung im Massengeschäft. Bedeutet für den Verfasser auch eine gewisse Rechtssicherheit;
  - "Diktat"-Zweck (Verhandlungsmacht ausnützen und durchsetzen). Dabei will man Risiken aus dispositivem Recht der anderen Partei zuschieben. Insbesondere gegenüber Konsumenten haben sie AGB's eine solche Tendenz (Bsp. sind die Freizeichnungsklauseln (Haftungswegbedingung, welche einem gemäss dispositivem Recht entgegenstehen würde);
  - Bevorzugungszweck (insbesondere durch "Freizeichnungsklauseln").
- *Weitere Erscheinungsformen*, die oft auch als AGB bezeichnet werden sind zum Beispiel:



Die Frage, ob bestimmte Bedingungen in den Vertrag überhaupt übernommen wurden, kann streitig sein. Die Antwort ist durch Auslegung des Vertrages zu geben.

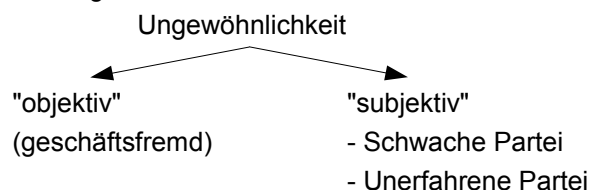
Nicht zu den Allgemeinen (Vertrags-)Bedingungen im hier verstandenen Sinn gehören vorformulierte Vertragsbestimmungen, die "als Inhalt von Einzelverträgen gesetzlich vorgeschrieben" sind. Sie erlangen von Gesetzes wegen Geltung (z.B. die normativen Bestimmungen von Gesamtarbeitsverträgen).

#### *Keine Geltung trotz Übernahme*

Verstossen die Bedingungen gegen zwingendes Recht (z.B. Art. 21-24 GestG) oder "sonstige Schranken des Gesetzes" (Art. 19 Abs. 1 OR) erlangen sie auch durch Übernahme *keine Geltung*. Ebenso nicht aus folgenden Gründen:

- 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. So muss der unerfahrenen Partei der Text vollständig ausgehändigt werden oder unübersehbar ausgehängt werden. Auch die *Lesbarkeit* hat einen Einfluss. So sind dem "Kleindruck des Kleingedruckten" Grenzen gesetzt.
- Weil es sich um eine *ungewöhnliche Bestimmung* handelt, mit welcher der global Zustimmende nicht gerechnet hat bzw. nicht rechnen musste. Es wird vor Vertragsklauseln mit Überraschungscharakter geschützt. Überraschend sind Bestimmungen, wenn deren Inhalt im Kontext eines "solchen" Vertrages aussergewöhnlich, "atypisch", "unerwartet" sind. Ebenso kann auch nur schon die räumliche Platzierung ungewöhnlich sein. Die Ungewöhnlichkeitsregel ist in der Schweiz eine *verdeckte Inhaltskontrolle!!*

Dabei ist "ungewöhnlich" und "unbillig" zu unterscheiden!



- Weil es sich um eine Gerichtsstandsklausel handelt, mit deren Übernahme eine Partei auf ihr Grundrecht von Art. 30 Abs. 2 BV verzichtet. Ein solcher Verzicht ist grundsätzlich ungültig, wenn er nur global übernommen wurde. Anders sieht es aus, wenn die Gegenpartei davon ausgehen durfte, der Verzichtende habe von der vorformulierten Gerichtsstandsklausel tatsächlich Kenntnis genommen. Bei der Beurteilung ob dies der Fall ist kommt es auf den Umstand an, z.B. die "Aufmachung" der Klausel in den AGB's und auch auf die (geschäftliche und juristische) Erfahrungheit des Verzichtenden.

Die beschriebene Rechtslage wird durch zwingende Bestimmungen im GestG ergänzt. Dieses Gesetz strebt den Schutz der sozial schwächeren Partei an.

- Weil es sich um eine Regel handelt, die *kraft ausdrücklicher Anordnung des Gesetzgebers* nicht in der Form Allgemeiner Vertragsbedingungen vereinbart werden können. Bsp. Art. 256 Abs. 1 OR.
- Weil die Bestimmung einen *vertraglichen Formvorbehalt* (Art. 16 Abs. 1 OR) enthält und nur global übernommen wurde. Die Vermutung von Art. 16 Abs. 1 OR greift nur, wenn die Parteien sich ihr bewusst sind. Dies ist bei dem nur global übernommene (vorformulierte) Formvorbehalt nicht der Fall.

Der schweizerische Gesetzgeber hält sich betreffend Regelungen zu Allgemeinen Bedingungen auffallend zurück. Es besteht aber längst Handlungsbedarf. Man versucht dieses Problem bis anhin mit verschiedenen Ansatzpunkten zu greifen. Siehe G/S/S, Nr. 1149 ff.

#### *Die Bestimmung des Art. 8 UWG*

Siehe unten, Inhaltskontrolle vs. AGB

### **Auslegung**

#### **Inhaltskontrolle vs. AGB**

In der Schweiz nur punktuell geregelt. Inhaltskontrolle ist also nur in wenigen Fällen möglich. Beispiele:

- Art. 256 Abs. 2 lit. a OR.

- Zwingende Normen (Art. 19 und 20 OR), insbesondere Art. 100 OR.
- Art. 8 UWG. Diese Norm war im Parlament auf Druck verschiedener Kreisen um die Formel "in irreführender Weise" erweitert worden, was den ganzen Artikel total entwertete. Fälle mit "Irreführung" werden schon von der Ungewöhnlichkeitsregel erfasst.
  - Darum de lege ferenda:
    - Art. 97 BV (Konsumentenschutz)
    - EU-Kompatibilität (Richtlinien in Unterlage 39)
  - Der Gesetzgeber soll:
    - eine Generalklausel / Inhaltskontrolle einführen und;
    - ein Klauselkatalog ("Blacklist") analog zum BGB ausarbeiten.
  - Was in der Zwischenzeit?
    - Die Gerichte sind gefordert. Art. 8 UWG soll "besser" ausgelegt werden, um eine verdeckte Inhaltskontrolle zu erreichen.
    - Art. 2 ZGB soll als Aufhänger für eine Inhaltskontrolle genommen werden, wie dies in Deutschland vor dem AGB-Gesetz ebenfalls praktiziert wurde.

## VII. Das Bestätigungsschreiben

### Begriff und Vorkommen

Das Bestätigungsschreiben ist eine *schriftliche Erklärung, worin der Erklärende (der Absender) dem Empfänger des Schreibens mitteilt, er habe mit ihm einen in der Erklärung umschriebenen mündlichen Vertrag abgeschlossen*. Dies ist in der Praxis sehr verbreiten und gerade bei telefonischen Verträgen ein Bedürfnis. Meist stimmt die Bestätigung des Vertrages mit dem mündlichen Besprechen überein – aber nicht immer.

### Die Beweisbedeutung

In rechtlicher Hinsicht erfüllt das Bestätigungsschreiben zunächst die *Funktion eines Beweismittels*. Es ist ein Indiz, für den Abschluss und den Inhalt des Vertrages. Das gilt besonders dann, wenn der Absender den Abschluss des Vertrages mit seinem Inhalt bestreitet. Es besteht aber auch die natürliche Vermutung, wenn der Empfänger geschwiegen hat, obwohl im zuzumuten war, den Widerspruch zu korrigieren.

### Die Frage nach der konstitutiven Wirkung

Von der Beweisbedeutung zu unterscheiden ist die Frage nach der konstitutiven Wirkung des Bestätigungsschreibens. Es fragt sich, ob der Vertrag trotz der Abweichung zum bestätigten Inhalt gilt oder nicht. In der Praxis stellt sich also die Frage, ob der Empfänger widersprechen muss, um nicht gebunden zu sein. Für den Normalfall ist dies zu verneinen, indem die unrichtige Bestätigung an der wirklichen Rechtslage nichts zu ändern vermag.

Für das *kaufmännische Bestätigungsschreiben* haben sich hingegen besondere Regeln herausgebildet. Es gilt der *Grundsatz*, dass ein Bestätigungsschreiben, dem nicht innerhalb angemessener Frist widersprochen wird, *rechtserzeugende Kraft mit konstitutiver Wirkung entfaltet* – sprich gilt. Wird auf Art. 6 OR gestützt. Dies hat das BGer bestätigt (siehe G/S/S, Nr. 1164). Ergänzungen in Einzelpunkten:

- Eine Vertrauenshaftung zu Lasten des schweigenden Empfängers ist nicht im Gesetz vorgesehen, sondern stützt sich auf *gerichtliche Rechtsfortbildung* (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Die sachliche Rechtfertigung liegt darin, dass der ordentliche Kaufmann widersprechen würde, wenn ihm etwas nicht passt.
- Es besteht ein *Schutz des Absenders*. Nach h.L. *gilt* der Vertrag (und es besteht nicht etwa ein Anspruch auf Schadenersatz).
- Der Vertrauensschutz des Absenders setzt voraus, *dass die Parteien überhaupt* über den bestätigten Vertrag verhandelt haben und entfällt von vornherein, wenn die Bestätigung so stark vom Verhandlungsergebnis abweicht, dass nach Treu und Glauben nicht mit einem Einverständnis des Empfängers gerechnet werden konnte.
- Geschützt wird nur das berechnete Vertrauen. Kein Schutz genießt der Absender
  - soweit ihm gar nicht bewusst ist, das von ihm bestätigt wurde;

- wenn er ausdrücklich eine Gegenbestätigung verlangt hat;
- wenn er erkennen kann, dass der Empfänger die Sachlage anders sieht;
- wenn er in Täuschung falsch bestätigt hat.

Es handelt sich aber nicht um eine Täuschung, wenn der Absender Punkte bestätigt, über welche er sich nicht im klaren ist, ob sie vereinbart wurden, oder wenn er (ohne Täuschungsabsicht!) nicht sicher ist, ob alles was er bestätigt auch tatsächlich bereits so abgemacht wurde.

- Der Vertrauensschutz greift ein, wenn der Empfänger es unterlässt, *innert angemessener Frist* zu widersprechen.

Zu einer abweichenden Lehrmeinung siehe G/S/S, Nr. 1173 ff.

## VIII.

## IX.

### 3. Teil: Auslegung, Ergänzung und Anpassung des Vertrags

#### § 10 Die Auslegung des Vertrags

##### Allgemeines

Ist der Inhalt des Vertrags zwischen den beteiligten Parteien oder ihren Rechtsnachfolgern umstritten, *ermittelt das Gericht durch Auslegung des Vertrags den vereinbarten Inhalt*. Es wird also ein *Auslegungsstreit* vorausgesetzt.

Dieser Auslegungsstreit im hier verstandenen Sinn bezieht sich nur auf den Inhalt, nicht auf das Zustandekommen des Vertrags: "*Auslegung eines Vertrages setzt voraus, dass die Parteien im Prozess in der Frage, ob überhaupt ein Vertrag zustande gekommen sei, übereinstimmen*". Wurde vom Gericht ein *Konsensstreit* entschieden, so bedarf es keiner Vertragsauslegung mehr, da der Vertrag mit dem im Konsensstreit festgestellten Inhalt gilt. Eine wiederum andere Frage ist die, ob der Vertrag *gültig* zustande gekommen ist. Auslegungs- und Konsensstreit sind also voneinander zu unterscheiden. In der Praxis gehen die beiden Streitlagen aber oft ineinander über.

*Ziel der gerichtlichen Vertragsauslegung* besteht in der Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Willens (*subjektive Auslegung*). Lässt sich dies feststellen, so bestimmt sich der Vertragsinhalt nach diesem Willen (Art. 18 Abs. 1 OR). Die Feststellung durch das kantonale Gericht beruht auf Beweiswürdigung und ist der bundesrechtlichen Überprüfung grundsätzlich entzogen.

In vielen Fällen ist der wirkliche Wille nicht mehr mit Sicherheit festzustellen. Dann wird vom Gericht durch *objektive ("normative") Auslegung* der *mutmassliche* Vertragswille ermittelt. Dies ist jeder, der von vernünftigen und redlich (korrekt) handelnden Parteien unter gegebenen (auch persönlichen) Umständen gewollt haben würden. Es ist nach einem *sachgerechten* Resultat zu suchen. Diese Frage des mutmasslichen Parteiwillens ist eine Rechtsfrage, welche der freien Prüfung des BGer unterliegt. Das wirklich gewollte, wenn es feststeht, geht aber immer vor.

Steht ein wirklicher oder mutmasslicher Wille fest, gelangte das Gericht zu einem positiven *Ergebnis*. Ist dies nicht der Fall, bedarf es ev. einer Ergänzung des Vertrags.

##### Auslegungsmittel und Auslegungsregeln

###### Die Auslegungsmittel

Es gibt zahlreiche Auslegungsmittel. Das *primäre Auslegungsmittel* ist der *Wortlaut*:

- Mangels anderen Anhaltspunkten gilt das Wort gemäss dem *allgemeinen Sprachgebrauch* im Sinn der damaligen Alltags- oder Umgangssprache.
- Wörter mit *besonderem Sinn im Verkehrskreis* gelten unter denjenigen Kreisen angehörigen Parteien.
- *Juristisch-technische* Wörter gelten nach deren Sinn, wenn es eine eindeutige Definition gibt (z.B. "Miteigentum").
- Es ist das *systematische Element* zu berücksichtigen, also das Wort im Kontext des gesamten Vertrags.

Bei schlüssigem Verhalten gilt der allgemeine Sinngehalt dieses sozialtypischen Verhaltens.

Die *ergänzenden Auslegungsmittel* werden oft auch "Umstände" genannt:

- Ort, Zeit und andere Begleitumstände des Vertragsabschlusses
- Verhalten der Parteien *vor* Vertragsabschluss
- Verhalten der Parteien *nach* Vertragsabschluss
- Interessenlage der Parteien bei Vertragsabschluss
- Verkehrsauffassung und Verkehrsübung (auch "Verkehrssitte"). Zweite dient auch als Mittel zur Auslegung unklarer Vertragsklauseln. Merke: Aus sich heraus gehört die Verkehrsübung aber niemals zum Inhalt eines Vertrags. Es bildet keine eigene Rechtsquelle, z.B. als Gewohnheitsrecht.

Im Verhältnis zu den ergänzenden Auslegungsmitteln kommt dem Wortlaut *Vorrang* zu. Er hat aber keinen selbständigen Stand, darf also nie gesondert von den Umständen gelten.

## Die allgemeinen Auslegungsregeln

Das Gesetz selbst kennt verschiedene Auslegungsregeln. Im folgenden werden aber *von Lehre und Rechtsprechung* herausgebildeten allgemeine Auslegungsregeln erläutert. Anerkannt sind:

- *Auslegung "ex tunc"*. Das Gericht muss sich also in die Zeit des Vertragsabschlusses und in die beteiligten Parteien hineinversetzen. Nachträgliche Handlungen ist nur (aber immerhin) bedeutsam, um Rückschlüsse auf den Vertragswillen zur Zeit des Vertragsabschlusses zu erhalten.
- *Auslegung nach Treu und Glauben*:
  - *Die Regel der objektivierten Vertragsauslegung*, die auf ein sachgerechtes Ergebnis abzielt und dann anzuwenden ist, wenn sich der wirkliche Wille der Parteien nicht mehr feststellen lässt.
  - *Das Vertrauensprinzip*
- *Keine Buchstabenauslegung*.
- *Ganzheitliche Auslegung*. Es ist das Vertragsganze zu berücksichtigen. Ebenso der Vertragszweck. Auch einzelne Bestimmungen des Vertrages bieten selbst wieder Auslegungshilfen für den Rest des Vertrags.
- *Gesetzeskonforme Auslegung*:
  - Abreden, die vom dispositiven Recht abweichen müssen eng ausgelegt werden;
  - Im Zweifel gilt diejenige Auslegung, welche dem dispositiven Recht entspricht – wer vom dispositiven Recht abweichen will hat dies hinreichend deutlich zum Ausdruck zu bringen;
  - Wenn sich der auszulegende Vertragstext auf eine Gesetzesbestimmung bezieht, bzw. sie wiederholt.
- *Unklarheitsregel* (auch "Unklarheitenregel"), "in dubio contra stipulatorem". Es ist diejenige Bedeutung vorzuziehen, die für den Verfasser der auszulegenden Bestimmung ungünstiger ist. Dies ist in Lehre und Rechtsprechung anerkannt. Die schweizerische Praxis verwendet diese Regel v.a. für die Allgemeinen Vertragsbedingungen. In keinem Fall aber darf die Regel allein schon deswegen angewandt werden, weil die Auslegung streitig ist, sondern *erst dann*, wenn die übrigen Auslegungsmittel versagt haben und der bestehende Zweifel nicht anders behoben werden kann.
- Weitere Regeln für Zweifelsfälle:
  - Vorzug derjenigen Auslegung, welche nicht die Ungültigkeit des Vertrags zur Folge hat;
  - Im Zweifel für den Schuldner günstigere Deutung.

## Die vereinbarten Auslegungsregeln

Gerade bei komplexen Verträgen finden sich häufig Auslegungsregeln, welche die Parteien selber vereinbart haben. So z.B. Wortdefinitionen oder Widerspruchsregeln (welche Vertragsbestimmung im Falle einer Widersprüchlichkeit der anderen vorgeht). Diese Abreden sind gültig und vom Gericht zu beachten.

## Sonderfälle

### Auslegung Allgemeiner Vertragsbedingungen

In Deutschland werden die Allgemeinen Vertragsbedingungen "einheitlich", sprich ohne Berücksichtigung der besonderen Umstände ausgelegt.

Dieser Grundsatz der einheitlichen Auslegung ist für das schweizerische Recht abzulehnen.

???????

### Auslegung formbedürftiger Verträge

Auch formbedürftige Verträge müssen ausgelegt werden. Dafür gelten nach vorliegender Auffassung die *gleichen Grundsätze wie bei formfreien Geschäften*.

Die verbreitete, traditionelle Meinung folgt der *Andeutungstheorie*. Dabei kann nur das zur Auslegung gebraucht werden, was in der Form enthalten ist. Ausserhalb der Urkunde liegende Tatbestände können also nicht berücksichtigt werden.

In der neueren Lehre wird die Andeutungstheorie vorwiegend und zu Recht kritisiert, weil sie die Auslegungsfrage mit der Formfrage *vermengt*. Richtigerweise müssen diese beiden Fragen aber getrennt bleiben. Erst wird der formbedürftige Vertrag ausgelegt und erst anschliessend wird entschieden, ob

und inwieweit der so ausgelegte Vertrag von der gesetzlichen Form gedeckt ist und was die Folgen einer allfälligen Formverletzung sind.

## § 11 Die Ergänzung des Vertrags

### Allgemeines

Siehe G/S/S, Nr. 1248.

### Vertragsergänzung durch dispositives Recht

Mit dispositivem Gesetzesrecht sind hier jene Gesetzesbestimmungen gemeint, die sich auf die Ergänzung von Verträgen richten.

Diese *Dispositivnormen des Gesetzes* kommen in verschiedenen Erscheinungsformen vor:

- *Allgemeine Normen*, welche nicht auf bestimmte Vertragstypen zugeschnitten sind, enthalten im OR AT. Und die *besonderen Normen* zu gesetzlichen Vertragstypen im OR BT.
- *Sachnormen*, die selbst eine Antwort auf eine Rechtsfrage geben und die *Verweisungsnormen*, welche auf die Verkehrsübung oder auf das Ermessen des Gerichts verweisen. Wird auf die Verkehrsübung verwiesen, kommt ihr Gesetzescharakter zu.

Da das *Gericht an das Gesetz gebunden* ist (Art. 1 Abs. 1 ZGB), muss es zuerst überprüfen, ob es eine anwendbare Gesetzesbestimmung gibt und wenn ja, hat es diese anzuwenden. Das dispositive Recht ist also das erste Mittel der Vertragsergänzung. Es darf aber nur dasjenige Recht angewandt werden, das auf die konkret zu lösende Rechtsfrage überhaupt anwendbar ist, bzw. die Frage im Gesamtergebnis widerspruchlos beantwortet. Führt die Anwendung zu einer Disharmonie, wäre sie kein taugliches Mittel zur Ergänzung dieses konkreten Vertrags.

### Vertragsergänzung durch Gericht

Ist keine anwendbare Dispositivnorm ersichtlich, oder verweist sie auf das Ermessen des Gerichts, so muss das Gericht den Vertrag im Streitfall *durch eine von ihm selbst geschaffene Regel* ergänzen (vorbehalten bleibt der seltene Fall wo Gewohnheitsrecht anwendbar ist).

Für die Lückebfüllung nach Art. 2 Abs. 2 OR gilt eine Besonderheit: Der Vertrag wird von vornherein mit einer gerichtlichen Regel ergänzt, weshalb der Grundsatz des Vorrangs des dispositiven Rechts durchbrochen ist.

Ergänzt das Gericht einen Vertrag mit einer Regel, die nur für den betreffenden Einzelfall gilt, so spricht man von *gerichtlicher Vertragsergänzung*. Dabei ist auf den *"hypothetischen Willen"* der Parteien abzustellen. Also das, was vernünftige und redlich handelnde Vertragspartner gewollt und deshalb vereinbart hätten. Art. 2 Abs. 2 OR spricht von der *"Natur des Geschäftes"*. Besteht eine einschlägige Verkehrsübung, wird vermutet, dass der "hypothetische Wille" der Parteien ihr entspricht.

Einige Autoren sprechen bezüglich dem "hypothetische Parteiwillen" von einem Mythos. Aber es geht ja nicht um den empirischen Willen, sondern um ein normatives Kriterium (der vernünftig und redlich (nach Treu und Glauben) handelnden Vertragspartei). Man versucht also einzelfallgerecht zue ergänzen nach Massgabe von "Recht und Billigkeit".

Das vorstehend Gesagte schliesst nicht aus, dass das Gericht in "typischen Fällen" auch eine Regel aufstellen kann, die es als Gesetzgeber aufstellen würde (Art. 1 Abs. 2 ZGB).

Lehre und Rechtsprechung anerkennen die (abgesehen von Art. 2 Abs. 2 OR) *ungeschriebene Befugnis* des Gerichts zur Vertragsergänzung. Weil Auslegung und Ergänzung in der Praxis oft zusammenfallen wird auch von "ergänzender Auslegung" gesprochen. Als Rechtsfrage unterliegt die Vertragsergänzung der freien Überprüfung durch das BGer. Bei dieser "Vermischung" ist aber doch die *Reihenfolge der Ergänzungsmittel* zu unterscheiden:

#### Grundsätzliche Reihenfolge

- Vertragsergänzung durch (passendes) dispositives Gesetzesrecht, unter Einschluss einer Verkehrsübung, auf die das Gesetz verweist.
- Vertragsergänzung durch Gewohnheitsrecht (Art. 1 Abs. 2 ZGB)
- Vertragsergänzung durch das Gericht:

- Gemäss dem "hypothetischen Parteiwillen", allenfalls unter Berücksichtigung einer Verkehrsübung
- oder mit einer "modo legislatoris" gebildeten Regel (Art. 1 Abs. 2 ZGB)

#### Sonderfälle

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

## Vertragsergänzung in wesentlichen Punkten und bei formbedürftigen Verträgen

### Ergänzung in wesentlichen Punkten

Fehlt es an der Einigung eines wesentlichen Punktes, so ist gem. Art. 1 Abs. 1 OR kein Vertrag zustande gekommen. Eine Vertragsergänzung ist in einem solchen Fall ausgeschlossen, wobei:

- Eine *Ausnahme* die *subjektiv wesentlichen Punkte* betrifft. Zwar ist eine Vertragsergänzung zu verneinen, wenn die Parteien im *Konsensstreit* bez. eines subjektiv wesentlichen Punktes das *Zustandekommen* des Vertrags bestreiten. Anders verhält es sich, wenn das Zustandekommen unbestritten ist, also einzig um den *Inhalt* gestritten wird. Unter diesen Umständen ist es gem. BGR nicht akzeptabel, dass das Gericht von sich aus erklärt, der Vertrag sei gar nicht zustande gekommen. Das Gericht habe vielmehr vom Bestand des Vertrags auszugehen und, soweit nicht schon dispositives Gesetzesrecht eingreift eine Ergänzung auch in den subjektiv wesentlichen Punkten vorzunehmen. Das Nichtzustandekommen des Vertrages wäre zwar rechtslogisch, aber stünde im Widerspruch zu den Parteiinteressen.
- Eine *Präzisierung* die *objektiv wesentlichen Punkte* betrifft. Grundsätzlich fällt eine Vertragsergänzung auch dann ausser betracht, wenn die Parteien nur um den Inhalt streiten. Ist aber ein Vertrag schon fortgeschritten in seiner Erfüllung, kann es sich rechtfertigen, einen bestimmten Punkt zu ergänzen, als den Bestand des Vertrags zu verneinen. ????????

### Ergänzung bei formbedürftigen Verträgen

Formungültige Verträge können natürlich nicht ergänzt werden. In den übrigen Fällen steht der Ergänzung der formbedürftigen Verträgen aber nichts im Weg, *auch wenn die Vertragslücke einen Punkt betrifft, der formbedürftig gewesen wäre, falls die Parteien ihn selbst geregelt hätten.* ????????

## § 12 Die Anpassung des Vertrags an "veränderte Verhältnisse"

### Von der Anpassung des Vertrags im Allgemeinen

Die Anpassung des Vertrages an "veränderte Verhältnisse" ist als "clausula rebus sic stantibus" bekannt. Eine solche Anpassung setzt voraus, dass sich die Verhältnisse nach Vertragsschluss verändert haben.

Als "veränderte Verhältnisse" gelten nur jene, die *vertragserheblich* sind. Sie sind "verändert", weil sie nicht mehr mit der zur Vertragsschliessung herrschenden Wirklichkeit übereinstimmen. Bei einem solchen Eintritt stellt sich die *Rechtsfrage*, ob und allenfalls wie eine solche Anpassung möglich ist. Sie kann bestehen in einer *Verkürzung* oder *Verlängerung* der Vertragsdauer, oder in einer *Änderung des Vertragsinhalts* ohne Änderung der Dauer. Diese Antwort kann sich geben:

- *aus dem Vertrag selbst.* Im Rahmen von Art. 19 OR können die Parteien von vornherein – ausdrücklich oder stillschweigend – diese Rechtslage vorsehen. Es können *positive Anpassungsregeln* (also eine Anpassung in bestimmten Fällen) sein oder eine *negative Anpassung* (also keine Anpassung trotz Veränderung). Gerade bei langfristigen Verträgen sind solche Vorkehrungen aufgrund der Sorgfalt geboten. Ansonsten tritt diesbezüglich eine Lücke im Vertrag auf.
- Positive Anpassungsregeln können konkret ("bei Erhöhung um 10%") oder generell ("bei grundlegender Erhöhung") ausgestaltet sein. Vollständig sind sie, wenn die Folge *exakt* geregelt ist. Möglich ist aber auch die Abrede, dass bei Eintritt neu verhandelt wird bezüglich dieser Punkte. Abreden bezüglich einseitiger Anpassung sind unter Berücksichtigung von Art. 27 Abs. 2 ZGB erlaubt.

- *aus dem Gesetz*. Gewisse Normen enthalten (positive wie negative) Anpassungsregeln. Z.B. Art. 266g OR oder Art. 373 Abs. 2 OR (!). Diese sind gegebenenfalls auch auf Innominatsverträge anzuwenden.

Gibt weder der Vertrag noch das Gesetz eine Anpassungsregel vor, so erfolgt:

### Die Anpassung des Vertrags durch das Gericht

Vorausgesetzt ist also eine *Vertragslücke*. Das Gericht muss in diesem Fall entscheiden, ob der Vertrag unverändert weitergelten soll, oder ob und wenn ja wie er angepasst werden soll. Dabei ist zu beachten:

- Die Ausfüllung der Lücken hat *nach Treu und Glauben* zu geschehen. Dabei gilt für das Gericht der Grundsatz "pacta sunt servanda". Es ist also eine gewisse Zurückhaltung bei der Vertragsanpassung durch das Gericht angebracht, jedoch gibt es natürlich Fälle, wo eine Anpassung druchaus angebracht ist (Art. 2 Abs. 1 ZGB).
- Entscheiden sich das Gericht für eine Anpassung, so ist das beidseitige Parteiinteresse zu berücksichtigen. Die Anpassung muss also sachlich gerechtfertigt sein. Dazu steht dem Gericht die Wahl zwischen Auflösung, Verkürzung, Verlängerung und inhaltlicher Anpassung des Vertrags offen. Doch ist das Gericht dabei an die Parteibehgehren gebunden.
- In der früheren Rechtsprechung wurde die *Anpassung* des Vertrags durch das Gericht als Fall einer gerichtlichen *Vertragsergänzung* aufgefasst. Dies ist grundsätzlich zu bejahen. Das Gericht, das den Vertrag an die "veränderten Verhältnisse" anpasst, füllt nämlich eine Vertragslücke. ????. Wird die Vertragsanpassung richtigerweise als Problem der Lückenfüllung angesehen, so bedarf die Anpassung durch das Gericht "keiner Abstützung durch die Rechtsmissbrauchsnorm" des Art. 2 Abs. 2 ZGB. ????????
- Lehre und Rechtsprechung haben im Laufe der Zeit Gründe ausgearbeitet, welche im Einzelfall gegen eine Anpassung des Vertrags an "veränderte Verhältnisse" sprechen. Die zwei wichtigsten sind:
  - *Die Voraussehbarkeit*. War die Änderung voraussehbar, so kann sich eine Partei nicht auf die Anpassung berufen. Dieser Grundsatz erfährt aber ebenfalls Einschränkungen: Nämlich dann, wenn diese Veränderung von den Parteien im Vertrag ausgeschlossen wurde. Ob etwas voraussehbar war wird unter dem Gesichtspunkt derjenigen Partei beurteilt, die sich auf die Änderung beruft; nämlich ob sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge vernünftigerweise damit rechnen musste.
  - *Die Geringfügigkeit der Äquivalenzstörung*. Ist das wertmässige Gleichgewicht nur geringfügig gestört, so rechtfertigt sich eine Anpassung des Vertrags nicht. Es bedarf schon eines offenbaren ("groben") Missverhältnisses.

### Das unerwartete Ausbleiben einer Verhältnisänderung

Es ist auch der umgekehrte Fall möglich: nämlich dass eine sicher geglaubte Änderung gerade nicht eingetreten ist (z.B. eine Bewilligung nicht erteilt worden ist). Dieser Fall ist analog zu den obigen Ausführungen und Regeln zu beurteilen. *Siehe als Zusammenfassung G/S/S, Nr. 1303.*

## 4. Teil: Die Stellvertretung

### § 13 Die Stellvertretung im Allgemeinen

Die Stellvertretung wird im allgemeinen in den Art. 32-39 OR geregelt, unter Berücksichtigung der Vorbehalte von Art. 40 OR.

Unterschieden wird die echte (oder direkte) und die unechte (oder indirekte) Stellvertretung. Stellvertretung im eigentlichen Sinn ist nur die *echte Vertretung*. Sie wird nachfolgend abgehandelt.

#### I. Wesen

Grundsätzlich kann eine Person mit Rechtshandlungen nur sich selbst verpflichten. Dieser Grundsatz wird mit der (echten) Stellvertretung von *Art. 32 Abs. 1 OR* durchbrochen. Die Stellvertretung ist *rechtserhebliches Handeln mit Wirkung für einen anderen*. Dies hat zur Folge, dass die Rechtswirkung nicht für den Handelnden (Vertreter) selbst, sondern für den anderen (Vertretenen) eintritt. Dies bedarf einiger Präzisierung:

- Am Tatbestand der Vertretung sind typischerweise *drei Parteien beteiligt*: Der Vertreter, der Vertretene und ein Dritter.
- Die *Vornahme der Rechtshandlung* besteht in der *Abgabe oder in der Entgegennahme einer rechtserheblichen Erklärung* durch den Vertreter. Meist sind dies Willenserklärungen (z.B. Angebot, Annahme), können aber auch andere Erklärungen umfassen (z.B. Mängelrüge). Im Vordergrund stehen die Verpflichtungserklärungen bei einem Schuldvertrag. Es wird unterschieden zwischen *aktiver und passiver* Stellvertretung.
- Die *Vertretungswirkung* besteht darin, dass die Wirkung der Rechtshandlung nur beim Vertretenen eintritt, nicht aber beim Vertreter. Der Eintritt erfolgt unmittelbar. Es verhält sich rechtlich so, wie wenn der Vertretene selbst gehandelt hätte.
- *Keine* Stellvertreter sind:
  - *Boten*. Sie sind nur Mittelpersonen und *transportieren* nur Erklärungen. Sie geben sie nicht nicht *anstelle* eines anderen ab (aktiv) oder für einen anderen entgegen (passiv).
  - Vertragsparteien, die einen Vertrag zu Gunsten eines Dritten abschliessen (Art. 112 OR).
  - Personen, die Geschäfte nur vorbereiten, den Vertragsabschluss aber ihrem Auftraggeber überlassen (z.B. Mäkler, Art. 412 OR).

#### II. Voraussetzungen der Vertretungswirkung

##### Die Hauptvoraussetzungen

###### *Vertretungsmacht*

Die Vertretungsmacht als erste Voraussetzung besteht in der *Rechtsmacht des Vertreters, für den Vertretenen zu handeln*. Nur (aber immerhin!) ausnahmsweise tritt eine Vertretungswirkung auch ohne Vertretungsmacht ein. Bei der Vertretungsmacht handelt es sich um eine Rechtslage. Sie besteht im "rechtlichen Können zum Handeln mit Fremdwirkung". Der Vertretene muss hinnehmen, dass durch das Verhalten eines Vertreters in seinen Rechtsbereich eingegriffen wird.

Die so verstandene Vertretungsmacht setzt einen besonderen Rechtsgrund voraus, da an sich jeder Mann nur für (und gegen) sich selbst handeln kann. Abgesehen von der Vertretungsmacht kraft öffentlichen Rechts (Art. 33 Abs. 1 OR) können unterschieden werden:

- *Der gewillkürte Vertreter*. Dies ist eine "durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung" (Art. 34 Abs. 1 OR). Sie beruht auf einer Willenserklärung und wird als *Vollmacht* bezeichnet.
- *Der gesetzliche Vertreter*. Seine Vertretungsmacht beruht auf Gesetz. Z.B. die Eltern (Art. 304 Abs. 1 ZGB) oder ein Vormund.
- *Der Organvertreter*. Seine Vertretungsmacht beruht auf seiner Stellung als Organ einer juristischen Person (Art. 55 ZGB). Übt eine Organperson diese Macht aus, so handelt sie nicht für sich, sondern für einen anderen; somit als Vertreter. Der Begriff "Stellvertretung" passt jedoch für Organvertretung nur schlecht.

*Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf die gewillkürte Stellvertretung!*

*Handeln in fremdem Namen*

Die zweite Voraussetzung der Vertretungswirkung ist tatbeständlicher Art, während die Vertretungsmacht in einer Rechtslage besteht. Es gibt einen Grundsatz und eine Ausnahme:

**Grundsatz:** Die *Vertretungswirkung tritt nur dann ein, wenn der (ermächtigte) Vertreter dem Dritten gegenüber in fremdem Namen handelt*. Nach dem Grundsatz der Offenheit muss der Vertreter erklären, er handle im Namen eines anderen. Diese Erklärung kann eine:

- *ausdrückliche* Erklärung sein. Der Vertreter gibt sich "als solcher zu erkennen" (Art. 32 Abs. 2 OR). Also z.B. als "Reisender der Firma X" oder "namens des Herrn Y";
- oder eine *stillschweigende*. Es genügt nach Art. 32 Abs. 2 OR auch, dass man aus den Umständen auf eine Vertretung schliessen kann. So z.B. dass die Bankangestellte am Schalter für den Geschäftsherrn handelt.

Nicht nötig ist, dass der Vertreter, den Vertretenen mit Namen bezeichnet. Jedoch muss der Vertreter in einem solchen Fall später die Angabe des Vertretenen vervollständigen. Unterbleibt eine spätere Benennung, so kommt Art. 39 OR sinngemäss zur Anwendung.

**Ausnahme:** Ausnahmsweise tritt die *Vertretungswirkung ein, obwohl der (ermächtigte) Vertreter nicht in fremdem Namen handelt*, sondern im eigenen Namen. Nämlich dann, wenn es für den Dritten "gleichgültig" ist, mit wem er den Vertrag abschliesst (Art. 32 Abs. 2 OR). Dazu muss der Dritte bereit sein, den Vertrag auch mit dem Vertreter zu schliessen; nicht erforderlich ist, dass er den Vertrag mit einem beliebigen Dritten schliessen würde. Beispiel ist der Barkauf im Warenhaus. Ergänzungen dazu:

- Die *Erklärung des Vertreters, im Namen eines anderen zu handeln* wird nach dem Vertrauensprinzip beurteilt, falls der Vertreter und der Dritte sich diesbezüglich nicht tatsächlich richtig verstanden haben.
- Rechtsgeschäfte, welcher formbedürftig sind (Art. 11 OR) müssen die Formvorschriften auch bei Vertretung erfüllen. Also muss die Urkunde eines Grundstückkaufs, welches von einem Vertreter abgeschlossen wurde, den Namen des Vertretenen enthalten.
- Es fragt sich, wer sich im Streit zwischen dem Vertretenen und dem Dritten auf den Nichteintritt der Vertretungswirkung berufen kann. Dieser Einwand bleibt dem Dritten vorbehalten, der das Zustandekommen des Vertrags mit dem Vertretenen bestreitet. Denn nur der Dritte hat ein Interesse an der Offenlegung der Vertretung.
- Handelt der Vertreter gleichzeitig *im fremden wie in eigenem Namen*, wird er auch selbst gebunden.
- Die *Beweislast* dafür, dass der Vertreter im Namen des Vertretenen und mit dessen Ermächtigung gehandelt hat, trägt der Dritte, wenn der Vertretene die Stellvertretung bestreitet.

**Weitere Voraussetzungen**

Der Vertretene muss *urteilsfähig* sein, und *darf auch handlungsunfähig* sein.

Die Rechtshandlung darf nicht Vertretungsfeindlich sein. Dies sind vor allem Handlungen im Familien- und Erbrecht (wie Verlobung, Heirat). Für Schuldrecht gilt dagegen der Grundsatz der Vertretungsfreundlichkeit.

**Die Voraussetzungen des Art. 32 Abs. 1 OR in Stichworten**

- Vertretungsmacht
  - Rechtsmacht des Stellvertreters für den Vertretenen zu handeln
  - Setzt einen besonderen Rechtsgrund voraus:
    - private Vollmacht (gewillkürter Vertreter);
    - Gesetz; oder
    - Organstellung
- Handeln in fremdem Namen ("Offenheit")
- Weitere Voraussetzungen
  - Urteilsfähigkeit
  - Rechtsstellung darf nicht vertretungsfremd sein

### III. Vollmacht

Die Vollmacht ist die Vertretungsmacht des gewillkürten Stellvertreters.

#### Bevollmächtigung (Vollmachterteilung)

Die Bevollmächtigung ist eine Willenserklärung des Vertretenen gegenüber dem Vertreter, er sei berechtigt, ihn gegenüber Dritten zu vertreten. Der Begriff der Vollmacht im Sinn des Gesetzes ist streng auf die Vertretungsmacht des gewillkürten Vertreters beschränkt (sog. "*interne*" Vollmacht). Teilt jemand einem Dritten mit, ein anderer sei befugt ihn zu vertreten begründet er dadurch *keine* Vertretungsmacht (keine Vollmacht). Jedoch kann dies ein Grund bilden, den Dritten in seinem guten Glauben zu schützen.

Die Bevollmächtigung, die den Rechtsgrund der Vollmacht bildet, ist ein *einseitiges Rechtsgeschäft*:

Somit besteht *keine Annahmbedürftigkeit*. Die Wirkung beginnt mit dem Zugang. Die Frage, ob und welche Vollmacht erteilt wurde, entscheidet sich nach dem Vertrauensprinzip, sofern nicht feststeht, dass der Vertreter den Vertretenen tatsächlich richtig verstanden hat. Häufig bildet eine Erklärung des Vollmachtgebers ein Teil eines Vertrags.

Es herrscht der *Grundsatz der Formfreiheit*. Die Bevollmächtigung kann gem. Art. 11 OR formlos und somit auch stillschweigend erklärt werden. Ausnahmebestimmungen: Art. 493 Abs. 6 OR. Bei der stillschweigenden Erklärung wird z.B. angenommen "dass, wer es wissentlich geschehen lässt, dass ein anderer sich als sein Vertreter benimmt, diesem damit die Vollmacht erteilt". Der Grundsatz der Formfreiheit gilt selbst dann, wenn es um den Abschluss formbedürftiger Rechtsgeschäfte geht (gibt in der Lehre Gegenmeinungen).

*Das Grundverhältnis*. Im Normalfall beruht die Bevollmächtigung auf einem Grundverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten. ????????

*Das Ergebnis der Bevollmächtigung* ist die Vollmacht. Die Vollmacht ist die Rechtsfolge der Bevollmächtigung. Vollmacht ist auch von Vollmachtsurkunde zu unterscheiden (analog Vertrag und Vertragsurkunde werden diese beiden Begriffe in der Alltagssprache häufig verwechselt).

#### Umfang der Vollmacht

Der Umfang der Vollmacht beurteilt sich nach dem Inhalt der Bevollmächtigung (Art. 33 Abs. 2 OR), die nach dem Vertrauensprinzip auszulegen ist, sofern nicht feststeht, dass der Vertreter den Vertretenen tatsächlich richtig verstanden haben.

*Der sachliche Umfang*. Besagt, welche Rechtshandlungen der Vertreter mit Wirkung für den Vertretenen vornehmen kann.

- Es gibt *Spezialvollmachten*, *Gattungsvollmachten* und *Generalvollmachten* zum Abschluss von (wirtschaftlichen) Geschäften irgendwelcher Art.
- Vollmacht zur *aktiven* oder/und *passiven Vertretung*. Siehe G/S/S, Nr. 1359.
- Vollmacht mit oder ohne *Befugnis zur Substitution* (Untervertretung).

*Der subjektive Umfang*. Er bestimmt, ob der Vertreter ermächtigt ist, allein oder nur zusammen mit einem oder mehreren anderen für den Vertretenen zu handeln.

#### Erlöschen der Vollmacht

Mögliche Erlöschungsgründe sind:

- *Fristablauf oder Eintritt einer Bedingung*. Dies setzt natürlich voraus, dass eine solche Frist oder eine Resolutivbedingung vereinbart wurde.
- *Der Widerruf* durch den Vollmachtgeber (Art. 34 Abs. 1 OR). Dies ist ein einseitiges Rechtsgeschäft: eine Willenserklärung, die jederzeit zulässig (Art. 34 Abs. 1 OR) ist. Ein Widerruf kann ausdrücklich oder stillschweigend sein. Stillschweigend wäre ein Widerruf in Form der Auflösung des Arbeitsverhältnisses, womit ex nunc die Vollmacht für den Arbeitgeber zu handeln entfällt. Neben dem gänzlichen Widerruf ist auch der *teilweise Widerruf* als *Beschränkung* der Vollmacht nach Art. 34 Abs. 3 OR möglich.
- *Der Verzicht durch den Vertreter*. Die h.L. ist sich einig, dass "die Niederlegung der Vollmacht" ein Erlöschungsgrund darstellt.
- Die "gesetzlichen" Erlöschungsgründe nach Art. 35 OR. Sie wirken nur, "sofern nicht das Gegenteil vereinbart ist oder aus der Natur des [dem Vertreter übertragenen] Geschäftes hervorgeht" (Art. 35

Abs. 1 OR). So überdauern z.B. Bankvollmachten oft den Tod des Vollmachtgebers. Mit der Entmündigung des Vollmachtgebers endet die Vollmacht unter allen Umständen.

Das Erlöschen der Vollmacht hat die Folge, dass allfällig ausgestellte Vollmachtsurkunden zurückgegeben oder hinterlegt werden müssen (Art. 36 OR).

### Vollmacht in Stichworten

- Tatbestand: Bevollmächtigung
  - einseitiges Rechtsgeschäft (einseitige Willenserklärung; also *kein* Vertrag) des Vertretenen an den Vertreter
  - nicht annahmebedürftig (Zugang genügt)
  - grundsätzlich formfrei
  - zu unterscheiden vom Grundverhältnis (z.B. ob der Vertretene und der Vertreter noch vertraglich miteinander "verbunden" sind) ("Veranlassungsgeschäft"). *Siehe Spontanfall 64.*
- Rechtsfolge: Vollmacht (Vorhandensein von Vertretungsmacht)

## § 14 Vertretung ohne Vollmacht

### I. Der Tatbestand

Der *Vertreter handelt zwar im Namen* (Art. 38 Abs. 1 OR: "als Stellvertreter") *eines anderen, jedoch ohne die hierzu erforderliche Vollmacht* und damit ohne Vertretungsmacht ("falsus procurator").

Entweder hat die Vollmacht überhaupt nie bestanden; oder nicht in erforderlichem Umfang; oder ist nachträglich erloschen; oder wurde nachträglich beschränkt.

### II. Die Rechtslage zwischen dem Vertretenen und dem Dritten

Bei vollmachtsloser Vertretung stellt sich zunächst die Frage nach dem Eintritt der Vertretungswirkung.

#### Regel: Keine Vertretungswirkung ohne Genehmigung (Art. 38 OR)

Grundsätzlich setzt die Vertretungswirkung die Vertretungsmacht des Vertreters voraus. Die *Regel* ist also, dass bei fehlender Vollmacht keine Vertretungswirkung eintritt – vorbehaltlich der nachträglichen Genehmigung. Für den Schuldvertrag wird diese Regel in *Art. 38 OR* umschrieben, gilt aber sinngemäss für andere Rechtshandlungen.

*Der Vertretene*, für den der Vertreter ohne Vollmacht gehandelt hat, *ist nicht gebunden* (Art. 38 Abs. 1 OR). Die Handlung wirkt weder für noch gegen den Vertretenen; er wird weder berechtigt noch verpflichtet.

Die nachträgliche Genehmigung *ersetzt die Vollmacht*. Die Genehmigung ist eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung des Vertretenen, die sich an den Vertreter oder an den Dritten richten kann. Sie kann auch stillschweigend erklärt werden und ist unwiderruflich. Stillschweigen des Vertretenen auf ein vollmachtlos geschlossenen Rechtsgeschäft bedeutet aber grundsätzlich Nichtgenehmigung.

Der Dritte, dem gegenüber der Vertreter ohne Vollmacht gehandelt hat, ist in der Weise gebunden (Art. 38 Abs. 2 OR), dass er sich die Genehmigung durch den Vertretenen gefallen lassen muss. Er wird erst frei, wenn der Vertretene eine Genehmigung ablehnt. Dazwischen bleibt die Handlung des Vertreters rechtlich "in Schweben". Um diesem Zustand nicht "ewig" ausgesetzt zu sein, kann der Dritte gem. Art. 38 Abs. 2 OR dem Vertretenen eine Frist ansetzen zu entscheiden.

Die Ablehnung der Genehmigung begründet grundsätzlich keine Schadenersatzpflicht des Vertretenen gegenüber dem Dritten; vorbehalten Fälle der "culpa in contrahendo" (positivrechtliches Beispiel ist der Art. 36 Abs. 2 OR).

#### Ausnahme: Vertretungswirkung ohne Genehmigung

*Fälle des Gutgläubensschutzes Dritter*

- *Das gemeinsame Merkmal*

- Der Vertretene hat die Vollmacht *nach aussen kund gegeben*. Und der Vertreter handelt gegenüber einem Dritten, dem die Vollmacht kundgegeben wurde.
  - Der Dritte ist *gestützt auf die ihm kundgegebene Vollmacht gutgläubig*, indem er auf den Bestand der kundgegebenen Vollmacht vertraut.
  - Dem gutgläubigen Dritten kann das Fehlen der Vollmacht nicht entgegengehalten werden. Der *gute Glaube heilt also den Mangel*.
  - Die Kundgabe der Vollmacht ist *kein Rechtsgeschäft*, sondern bloss eine Vorstellungsausserung. Versteht der Adressat die Kundgabe nicht so, wie sie vom Vertretenen gemeint war, so greift das *Vertrauensprinzip* ein.
  - *Die einzelnen Fälle (abschliessend)*
    - *Die einem Dritten kundgegebene Vollmacht geht weiter als die wirklich erteilte Vollmacht*. Dem Dritten gegenüber wird der Umfang "nach Massgabe der erfolgten Kundgabe" (Art. 33 Abs. 3 OR) beurteilt. Es tritt also diese Vertretungswirkung – ohne Rücksicht auf den Umfang der "internen" Vollmacht – ein. Es bedarf der Gutgläubigkeit des Dritten.
    - *Der Vertretene gibt eine Vollmacht kund, die er überhaupt nicht erteilt hat*. Der gute Glaube ist Art. 33 Abs. 3 OR entsprechend zu schützen.
    - *Die Vollmacht wird vom Vertretenen ganz oder teilweise widerrufen, jedoch ohne Mitteilung des Widerrufs an Dritte*, denen sie ausdrücklich oder stillschweigend kundgegeben wurde. Gutgläubensschutz nach Art. 34 Abs. 3 OR.
    - Weitere Fälle kennt das allgemeine Vertretungsrecht nicht.
- In diesen Fällen ist stets auch der *allgemeine Gutgläubensschutz von Art. 3 ZGB* anwendbar. Dabei wird der gute Glaube vermutet (Abs. 1) und entfällt unter den Voraussetzungen des Abs. 2.
- *"Externe" Vollmacht; Rechtsschein-, Duldungs-, Anscheinsvollmacht*  
Die vom Vertretenen nach aussen kundgegebene Vollmacht, auf die sich der Gutgläubensschutz eines Dritten stützt, wird häufig als *"externe" Vollmacht* bezeichnet und der durch Bevollmächtigung des Vertreters erteilten "internen" Vollmacht gegenübergestellt. Das ist einprägsam, wobei aber zu beachten ist, dass die *Kundgabe der Vollmacht an Dritte alleine keine Vertretungsmacht begründet*. Weitere gebräuchliche Ausdrücke sind: Rechtsscheinvollmacht, Duldungsvollmacht, Anscheinsvollmacht. Siehe zur uneinheitlichen Terminologie G/S/S, Nr. 1410 ff.

#### *Der Fall des Art. 37 OR*

Hier ist das Erlöschen der Vollmacht geregelt. Siehe Art. 37 OR. Der Kenntnis ist das Kennenmüssen gleichzusetzen. Art. 37 OR bezweckt, den Vertreter, dem das Erlöschen der Vollmacht (noch) unbekannt ist, vom Haftungsrisiko des Art. 39 OR zu befreien. Die Bestimmung des Art. 37 geht Art. 36 OR vor.

### **III. Die Rechtsstellung des Vertreters**

Die Rechtsstellung des Vertreters, der ohne Vollmacht gehandelt hat, muss gegenüber Dritten und dem Vertretenen klargestellt werden:

#### **Die Rechtslage zwischen Vertreter und Drittem**

*Die negative Seite.* Der Vertreter wird durch die Handlung, die er ohne Vollmacht im Namen des Vertretenen vorgenommen hat, grundsätzlich *nicht persönlich (an Stelle des Vertretenen) berechtigt oder verpflichtet*. Ausnahme: Art. 998 OR.

*Die positive Seite.* Unter den Voraussetzungen und im Umfang des Art. 39 OR wird der Vertreter dem Dritten zu *Schadenersatz* (zu negativem Interesse) verpflichtet, falls die Vertretungswirkung nicht eintritt. Es handelt sich dabei um eine Culpa-Haftung.

#### **Die Rechtslage zwischen Vertreter und Vertretenem**

Diese Rechtslage hängt von den Umständen ab. Schädigt er den Vertretenen, kann er bei *unerlaubter* vollmachtlosen Vertretung zu Schadenersatz verpflichtet werden. Je nachdem untersteht der Schadenersatz den Art. 97 ff. OR, Art. 41 ff. OR oder allenfalls Art. 419 OR.

## § 15 Nachtrag

### Echte und unechte Stellvertretung

Bis anhin wurde von der *echten* (auch: *direkten, unmittelbaren*) Stellvertretung gesprochen. Davon zu unterscheiden ist die *unechte* (auch: *indirekte, mittelbare*) Stellvertretung (Art. 32 Abs. 3 OR).

Der *Tatbestand*: Der indirekte Vertreter handelt *im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung*. Er schliesst ein Geschäft ab, dessen wirtschaftlicher Erfolg zwar einem anderen zukommen soll; doch handelt er nicht im Namen dieses anderen.

Die *Wirkung* der Vertreterhandlung *tritt nicht beim Vertretenen ein, sondern beim indirekten Vertreter selbst*. Um die von ihm begründeten Rechte und Pflichten auf den Vertretenen zu übertragen bedarf es weiterer Rechtsgeschäfte.

Merke: Die unechte Stellvertretung setzt Handlungsfähigkeit voraus (handelt ja in eigenem Namen). Deswegen bedarf es auch keiner Vertretungsvollmacht. In der Praxis kommt die unechte Stellvertretung recht häufig vor.

### Nachtrag zur echten Stellvertretung

#### Mehrheit von Vertretern

Eine Vollmacht kann an mehrere Personen erteilt werden. Es sind zu unterscheiden: Die *Solidarvollmacht*, wo jeder Bevollmächtigte einzeln für den Vollmachtgeber handeln kann und die *Kollektivvollmacht*, wo mehrere Bevollmächtigte nur gemeinsam für den Vertretenen handeln können.

Zur Kollektivvollmacht bleibt nachzutragen: Die Kollektivvertreter brauchen weder gemeinschaftlich noch gleichzeitig zu handeln; die Wirksamkeit des Geschäftes tritt einfach erst dann ein, wenn die Erklärung des letzten zur Mitwirkung berufenen Vertreters vorliegt. Bezüglich der *passiven* Vertretung steht die Vertretungsmacht jedem der Kollektivvertreter einzeln zu. Die Regel des Gutgläubenschutzes gilt auch für den Fall, da ein Kollektivvertreter alleine statt mit den anderen zusammen handelt.

#### Vertretung mehrerer; Handeln für sich und für andere

Ein Vertreter kann ein bestimmtes Rechtsgeschäft auch im Namen mehrerer vornehmen. Die Vertretungswirkung trifft alsdann bei mehreren Personen ein. Ob es sich aber dabei um Solidargläubiger oder -schuldner handelt, bestimmt sich nicht nach dem Stellvertretungsrecht, sondern nach Art. 143 und 150 OR.

Schliesst jemand ein Rechtsgeschäft *sowohl im eigenen als auch im Namen eines oder mehrerer anderen* ab, so bleibt er gebunden, auch wenn die Bevollmächtigung der anderen fehlt. Beispiel des Bandleaders, der für die ganze Band einen Engagement-Vertrag abschliesst.

#### Selbsteintritt und Doppelvertretung

Beim *Selbsteintritt* schliesst der Vertreter das Geschäft, das er für den Vertretenen vornimmt mit sich selbst ab. Damit verwandt die *Doppelvertretung*; ein durch beide Parteien bevollmächtigter schliesst selber ein Geschäft unter diesen ab. Da hier die Möglichkeit der Interessenkollision besteht, sind diese Geschäfte grundsätzlich untersagt.

#### Überschreitung einer Vollmacht

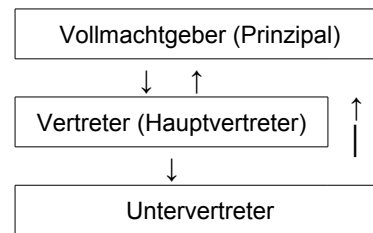
Vertretung ohne Vollmacht liegt auch bei einer Überschreitung der erteilten Vollmacht vor (Kauf von 7'000 statt der bevollmächtigten 5'000 Stück). Bei der Vertretungswirkung gilt die Regel des Art. 38 OR, sprich das 7'000er-Geschäft unterliegt der Genehmigung.

#### Wissensvertretung

Nach unserer Rechtsordnung werden das Wissen (die Kenntnis) und das Wissenmüssen des Vertreters grundsätzlich dem Vertretenen angerechnet. Ob z.B. Vertrags-Konsens vorliegt oder nicht, beurteilt sich nach der Person des Vertreters, nicht des Vertretenen. Oder Willenserklärungen Dritter sind z.B. bei anwendbarem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie der Vertreter sie verstehen durfte und musste.

**Untervollmacht (Substitution)**

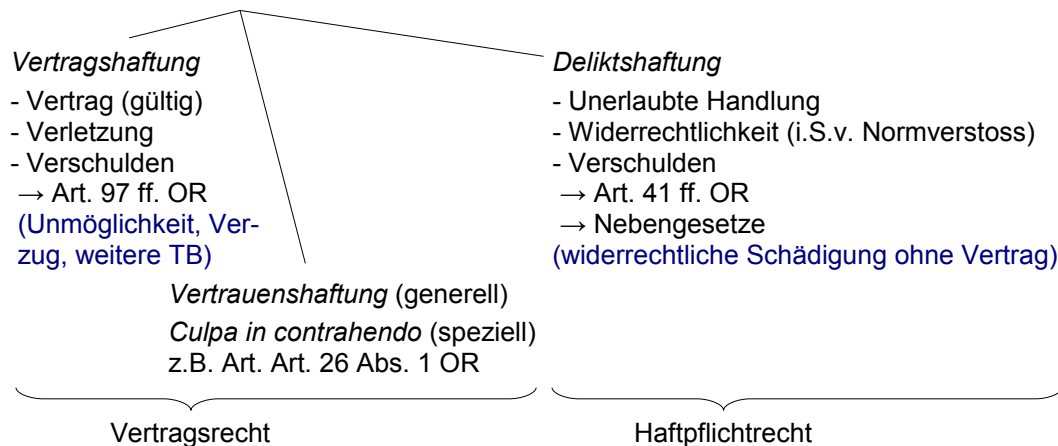
Je nach Inhalt der Vollmacht kann der Vertreter (Hauptvertreter) befugt sein, im Namen und mit Wirkung für den eigenen Vollmachtgeber (Prinzipal) einen anderen (einen Untervertreter) zu bevollmächtigen. Dieser handelt im Namen des Prinzipals, nicht etwa im Namen des Hauptvertreters.

**Kaufmännische Vertretung**

## Haftpflichtrecht (Unterlage 46)

### Schadenersatz

Haftung = Schadenersatzpflicht; kommt in folgenden Formen vor:



## I. Grundlagen des ausservertraglichen Haftpflichtrechts

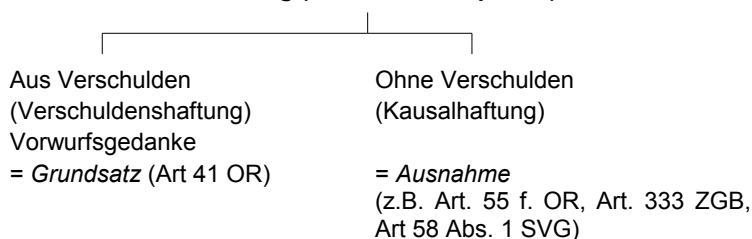
### Begriff und Kennzeichen

Begriff: "Haftpflicht" (Haftung) wird hier verstanden als Pflicht zur Leistung von Schadenersatz. Das Einstehenmüssen einer Person für Schädigung, die bei einer anderen Person eingetreten ist. "Ausservertraglich" deutet auf das Fehlen einer Vertragsbeziehung hin. Geschuldet wird also obwohl kein Vertrag zwischen den Parteien besteht.

Kennzeichen des schweizerischen Haftpflichtrechts sind:

- Grundsatz "casum sentit dominus": Wer Schaden erleidet hat ihn grundsätzlich selbst zu tragen – es sei denn, eine Rechtsnorm sehe eine Überwälzung vor.
- Ausgleichsfunktion. Es ist grundsätzlich alles zu ersetzen ("Totalreparation"), aber nichts darüber hinaus (was zu einer Bereicherung des Geschädigten führen würde).
- Grundsatz der *Verschuldenshaftung* (Art. 41 Abs. 1 OR). Ausnahme sind *die gesetzlich vorgesehenen* Kausalhaftungen. Einordnung beruht auf Wertung des Gesetzgebers

### Haftung (Schadenersatzpflicht)



- Es herrscht ein enger Bezug zu anderen Rechtsgebieten, namentlich zum Versicherungsrecht.

### Rechtsquellen

- Gesetz (Art. 41-61 OR); "sedes matriae" (Art. 333 und 679 ZGB)
- Nebengesetzgebung: SVG, PrHG, EHG, etc.
- Staatshaftung; Bund (VG), Kantone
- Daneben ist das Fallrecht (Art. 1 Abs. 3 ZGB) sehr verbreitet.

## II. Der Tatbestand der Verschuldenshaftung

### Überblick über die Tatbestandselemente

Aus Art. 41 Abs. 1 OR müssen folgende vier Tatbestandselemente kumulativ erfüllt sein:

- Schaden;
- (natürlicher und adäquater) Kausalzusammenhang ("zufügt");
- Widerrechtlichkeit; und
- Verschulden ("sei es aus Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit").

### Schaden

#### *Im Allgemeinen*

Es existiert keine Legaldefinition. Die klassische, auch vom BGer vertretene *Differenztheorie* lautet wie folgt: Schaden ist eine unfreiwillige Vermögensverminderung (oder ungewollte Verminderung des Reinvermögens), die Differenz zwischen dem gegenwärtigen, nach dem schädigenden Ereignis festgestellten Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis gehabt hätte. Es kann bestehen aus der Verminderung der Aktiven oder Vermehrung der Passiven, bzw. Nicht-Vermehrung der Aktiven oder Nicht-Verminderung der Passiven. Dies wird auch als "*natürlichen*" ("*faktischen*") Schaden bezeichnet.

Es sind also nur *Vermögensschäden* gedeckt. Bei immaterieller Unbill kommt höchstens Genugtuung in Frage.

Dem natürlichen wird der normative *Schadensbegriff* gegenübergestellt. Ziel ist es, den klassischen Schadensbegriff (Vermögensdifferenz) mittels wertender Gesichtspunkte einzuschränken oder auszuweiten, wenn dies dem Ergebnis nach als gerechtfertigt erscheint. Beispiele:

- entgangene Nutzungsmöglichkeit ("Kommerzialisierungsschaden")  
Z.B. entgangener Feriengenuss. Das BGer lehnt diese Figur ab.
- nutzlosen Aufwendung ("Frustrationsschaden")  
Z.B. Garagenmiete für die Dauer der Reparatur. Wird allgemein abgelehnt.
- Haushaltsschaden  
Bei Verletzung oder Tötung der den Haushalt führenden Person wird vom BGer ein Schaden anerkannt.
- Pflegeschaden (Betreuungsschaden)  
Pflegt ein Familienangehöriger eine verletzte Person, so entsteht der Verletzten zwar kein direkter Schaden, das BGer befürwortet aber die Anrechnung des Erwerbsausfalls des Pflegers.
- Unterhaltskosten für ungewollte oder behinderte geborene Kinder  
Ist eine heftig umstrittene Frage, das BGer hat aber dies im Fall einer pflichtwidrig unterlassenen Sterilisation bejaht. Dem Arzt wird also keine Privilegierung zugestanden durch eine normative Eingrenzung des Schadensbegriffs. Die Unterhaltungspflicht ist streng nach dem natürlichen Schadensbegriff als Vermehrung der Passiven als Schaden anzusehen.

Grundsätzlich kann nur Schadenersatz fordern, wer durch das schädigende Ereignis selber direkt betroffen ist. Reflexschäden (indirekter Schaden) wird nur ausnahmsweise ersetzt. Der Arbeitgeber, dessen Arbeitnehmerin wegen einer Körperverletzung nicht einsatzfähig ist, bekommt als Reflex-Geschädigter also keinen Schadenersatz.

Unterschieden wird zwischen *Körperschäden*, *Sachschäden* und *weiteren Schäden* (sog. Reinen Vermögensschäden). Besondere Probleme bereiten diese weiteren Schäden, weil oft das Element der Widerrechtlichkeit fehlt. Es besteht also für ausservertragliche Schadenersatzpflicht eine gesetzliche Schutznorm (z.B. Betrug).

Zur *Beweislast*: Die Geschädigte muss Existenz und Umfang des Schadens beweisen (Art. 42 Abs. 1 OR, Art. 8 ZGB).

#### *Zur Schadensberechnung insbesondere*

Zur Schadenersatzberechnung der *ziffernmässige Bestimmung* der Schadenshöhe zum Zeitpunkt des Urteils der letzten Tatsacheninstanz massgebend (bei Tod, der Todeszeitpunkt).

Generell gilt der Grundsatz der Vorteilsanrechnung. Ist dem Geschädigten aus dem schädigenden Ereignis doch noch ein (finanzieller) Vorteil erwachsen, so ist dieser Anzurechnen. Schranke bietet das Bereicherungsverbot: es ist also keine den Schaden übersteigende Entschädigung auszurichten.

Je nach Schaden kommt eine andere Berechnungsmethode zum Tragen:

- Bei Körperverletzung sind nach Art. 46 Abs. 1 OR zu ersetzen:
  - *Kosten* um die Folgen der Körperverletzung zu beheben (Arzt, Pflege, Rettung);
  - *Erwerbsausfall* infolge Arbeitsunfähigkeit. Es sind die konkreten individuellen Einbussen zu ersetzen;
  - *Nachteile durch Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens*. Meist durch die Erwerbsunfähigkeit gedeckt.
- Bei Tötung nach Art. 45 OR:
  - Bestattungs-, nicht aber Grabunterhaltskosten
  - *Versorgerschaden*. Ziel ist es, die Einkommensverhältnisse der vom Getöteten früher versorgten Personen annähernd zu erhalten.
  - Allfällige Kosten der versuchten Heilung und Nachteile infolge der Arbeitsunfähigkeit vor dem Tod.
- Ein Sachschaden berechnet sich je nach Reaktion des Geschädigten anders: Unternimmt er nichts, ist eine Kompensation geschuldet, ersetzt oder repariert er, ist dieser Betrag geschuldet. Affektionswert wird nur bei Tieren berücksichtigt (Art. 43 Abs. 1<sup>bis</sup> OR).

### Kausalzusammenhang

Der Kausalzusammenhang umschreibt die Beziehung zwischen Ursache und Wirkung. Der natürliche Kausalzusammenhang: Ein Umstand ist ursächlich, wenn er nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass auch der Erfolg entfiel ("conditio sine qua non"). Ein Unterlassen ist nur dann kausal, wenn eine Pflicht zum Handeln besteht.

Für die Haftung ist auch der adäquate Kausalzusammenhang erforderlich: Wenn die Ursache nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach allgemeiner Lebenserfahrung dazu geeignet ist, den eingetretenen Erfolg zu bewirken. Damit will man rechtspolitisch vernünftig die Haftung begrenzen. Völlig atypische, seltene Kausalzusammenhänge sollen nicht berücksichtigt werden. Dabei wird *ex post* beurteilt. Zur Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs können schwere Selbst- oder Drittverschulden führen, oder auch eine höhere Gewalt.

Die Frage der natürlichen Kausalität ist eine Sachfrage, die adäquate jedoch eine Rechtsfrage und somit auf Beschwerde in Zivilsachen hin vom BGer frei überprüfbar.

Es gibt *zahlreiche Sonderfragen und Kontroversen* zum Kausalzusammenhang.

### Widerrechtlichkeit

Hat die Funktion, die Haftung durch Unterscheidung von erlaubtem und unrechtmässigem Verhalten zu begrenzen. Widerrechtlichkeit wird als Begriff definiert als *Verstoss gegen geschriebene oder ungeschriebene Verhaltensgebote oder -verbote der Rechtsordnung* ("objektive Widerrechtlichkeit", "Normverstoss"). Am häufigsten sind Verstösse gegen absolute Normen wie Art 146 StGB, Art. 28 und 641 ZGB (Leib, Leben, Ehre, Eigentum). Die reine Vertragsverletzung ist nicht "widerrechtlich". Hingegen hat das BGer Verstösse gegen Art. 2 ZGB haftpflichtrechtlich noch nicht anerkannt.

*Rechtfertigungsgründe* schliessen die Widerrechtlichkeit aus:

- rechtmässige Ausübung öffentlicher Gewalt
- besondere privatrechtliche Befugnisse (z.B. Art. 302 Abs. 1 ZGB: Erziehungsbefugnisse der Eltern)
- Einwilligung des Geschädigten
- Notwehr (Art. 52 Abs. 1 OR, vgl. auch Art. 926 Abs. 1 ZGB)
- Notstand (Art. 52 Abs. 2 OR)
- erlaubte Selbsthilfe (Art. 52 Abs. 3 OR, vgl. auch Art. 926 Abs. 2 ZGB)

### Verschulden

Absicht und Fahrlässigkeit werden unter dem Begriff des Verschuldens zusammengefasst. Bedeutet, dass das Verhalten des Handelnden persönlich zum Vorwurf gemacht werden kann.

Primäre Voraussetzung ist die *Urteilsfähigkeit* des Schädigers (Art. 18 ZGB). Mündigkeit ist nicht erforderlich (Art. 19 Abs. 3 ZGB). Urteilsunfähige Personen unterliegen immerhin der Kausalhaftung von Art. 54 OR.

- *Vorsatz*: Der Wille des Schädigers ist auf das Bewirken eines Schadens gerichtet.
- *Fahrlässigkeit*: Der Schädiger hat es an der unter den gegebenen Umständen geforderten Sorgfalt fehlen lassen.
  - Dabei gilt ein objektiver Massstab. Das hypothetische Verhalten eines durchschnittlich sorgfältigen Menschen in der Situation des Schädigers ist massgebend.
  - In Betracht kommt auch ein Übernahmeverschulden: Jemand übt eine Tätigkeit aus, ohne die dafür notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten zu besitzen.
- *Gefahrensatz*: Wer einen Zustand schafft oder aufrecht erhält, der einer anderen Person schädigen könnte, ist verpflichtet, die zur Vermeidung eines Schadens erforderlichen Vorsichtsmassnahmen zu treffen.

### III. Der Tatbestand der Kausalhaftung

#### Im Allgemeinen

*Siehe Unterlage 46, S. 11!*

Voraussetzungen der Kausalhaftung:

- Schaden (oder seelische Unbill)
- Kausalzusammenhang
- Widerrechtlichkeit
- "Kausalhaftungsgrund"

#### Arten der Kausalhaftung

*einfache* Kausalhaftung  
(Vss.: Unsorgfalt in bestimmter Hinsicht)

- Geschäftsherrenhaftung
- Tierhalterhaftung
- Familienoberhaupt
- Grundeigentümer
- Produzent

*scharfe* Kausalhaftung, Gefährdungshaftung  
(Vss.: gefährliche Tätigkeit)

- Betrieb eines Motorfahrzeuges
- Eisenbahn
- Umgang mit Sprengstoff
- ...

Sind nicht durch Sorgfaltsnachweis der Haftung entziehbar. Nur der Unterbruch der Kausalzusammenhangskette bietet Anschlussmöglichkeit

#### Beispiele für einfache Kausalzusammenhänge

*Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR)*

- Kennzeichen: Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn für ihm unterstellte Hilfspersonen.
- Geschäftsherr ist, wer eine Geschäftsbesorgung durch eine andere Person ausführen lässt, die zu ihm in einem Unterordnungsverhältnis steht und in Ausübung dienstlicher oder geschäftlicher Verrichtung ist. (Unterscheide Hilfspersonenhaftung Art. 101 OR)
- Sorgfaltsbeweis: Auswahl, Instruktion und Überwachung der Hilfsperson (???), Ausrüstung mit tauglichen Werkzeugen und Material.

*Produkthaftung (PrHG)*

- Kennzeichen: Verantwortlichkeit der Herstellerin für die Inverkehrsetzung fehlerhaften Produkten. PrHG stellt *lex specialis* zu OR dar.
- Haftungsvoraussetzungen sind:
  - Personen- und Sachschäden (mit Ausnahmen)
  - Inverkehrbringen eines fehlerhaften Produkts

- Produzenten-Eigenschaft
- Kausalzusammenhang
- Widerrechtlichkeit
- Entlastungsbeweis gem. Art. 5 PrHG
- Verjährung/Verwirkung

Verjährung	Verwirkung
Art. 9 PrHG → bedarf Einrede des Haftpflichtigen → Forderung besteht noch	Art. 10 PrHG → von Amtes wegen zu berücksichtigen → Forderung geht unter

#### *Weitere einfache Kausalhaftungen*

Tierhalterhaftung (Art. 56 OR), Werkeigentümerhaftung (Art. 58 OR), Haftung des Familienhauptes (Art. 333 ZGB).

#### **Beispiele für Gefährdungshaftungen**

##### *Haftung des Motorfahrzeughalters*

- Kennzeichen: Verantwortlichkeit des Motorfahrzeughalters für den Betrieb eines Motorfahrzeuges; Ersatzpflicht für Personen- und Sachschäden (Art. 58 Abs. 1 SVG).
- Haftungsvoraussetzungen:
  - Motorfahrzeug
  - Halter, wobei dieser nicht gleich dem Eigentümer sein muss.
- Keine Befreiungsmöglichkeit durch Sorgfaltsnachweis: Die blossе Verursachung reicht zur Haftung (Gefährdungshaftung als "scharfe" Kausalhaftung. Aber: Höhere Gewalt oder grobes Verschulden des Geschädigten schliessen die Haftung aus, bzw. werden ermässigt bei (einfachem) Verschulden des Geschädigten).

##### *Weitere Gefährdungshaftungen*

Haftpflicht des Eisenbahnunternehmens (Art. 1 ff. EHG), des Luftfahrzeughalters (Art. 64 ff. LFG), des Inhabers einer elektrischen Anlage (Art. 27 ff. EleG).

## **IV. Die Rechtsfolge: Schadenersatzpflicht**

### **Schadenersatzbemessung (Art. 43 und 44 OR)**

*Vorgehen:* Zuerst *Schadensberechnung*, dann *Ersatzbemessung*. Ausgehend von der Schadensberechnung wird entschieden ob der Schädiger für den gesamten Betrag zum Ersatz verpflichtet ist. Denn nach Art. 43 Abs. 1 OR ist die Grösse des Verschuldens zu würdigen und nach Art. 44 OR zu prüfen, ob Herabsetzungsgründe vorliegen. Das ganze basiert auf Billigkeit des Richters gem. Art. 4 ZGB und handelt sich um eine Abweichung vom Grundsatz der Totalreparation! Also:

- 1. *Schadenersatzberechnung* (Differenztheorie) als Mathematische Operation (z.B. 10'000.-)
- 2. *Ersatzbemessung* als juristische Bewertung (z.B. noch 9'000.-)

Typische Herabsetzungsgründe sind: Das Bescheidene Verschulden des Haftpflichtigen, das Selbstverschulden des Geschädigten (Art. 44 Abs. 1 OR), die Mitwirkung von Zufall und konstitutioneller Prädisposition (z.B. Bluter), Gefälligkeit (insbesondere bei ausservertraglichen, unrichtigen Rats- und Auskunftserteilung) und bei besonderer wirtschaftlichen und sozialen Stellung der Parteien (drohende Notlage beim Haftpflichtigen (Art. 44 Abs. 2 OR) oder ungewöhnlich hohem Einkommen des Geschädigten).

### **Art des Schadenersatzes (Art. 43 Abs. 1 OR)**

Bei *Körperverletzung und Tötung* steht der geschädigten Person die Wahl (???) zwischen indexierter Rente und einer einmaligen Kapitalauszahlung. Grundsätzlich entscheidet aber der Richter nach Billigkeit aus den Umständen des Einzelfalls.

Bei *Sachschaden* wird in der Regel Schadenersatz in Geld zugesprochen und nur ausnahmsweise in Naturalersatz.

### Schadenszins

Nach Art. 73 Abs. 1 OR 5% Zins ab dem Zeitpunkt, in welchem sich das schädigende Ereignis finanziell ausgewirkt hat. Es handelt sich dabei nicht um einen Verzugszins (Art. 102 und 104 OR), sondern sollen den Geschädigten zumindest finanziell so stellen, wie wenn der Schaden nie geschehen wäre.

### Rechtsvergleich

Insgesamt haben die Gerichte in der Schweiz einen grossen Bemessungsspielraum. Die Schweiz kennt keine "punitive damages". Sie widersprechen der schweizerischen Rechtsauffassung, wo der Kompensationsgedanke (anstelle des Strafgedankens) gilt und verstösse überdies gegen das Bereicherungsverbot.

## V. Die Pflicht zur Leistung einer Genugtuung (Art. 47 und 49 OR)

### Begriff

Die Genugtuung ist eine Leistung (meist Geldsumme), welche der *Wiedergutmachung eines immateriellen Nachteils* dient. Die Genugtuung hat keinen pönalen Charakter.

### Voraussetzungen

*Moralische Unbill ("tort moral")*: Eine Legaldefinition fehlt. Aus Art. 47 und 49 OR ist eine immaterielle Beeinträchtigung mit einer gewissen Schwere als Resultat einer qualifizierten Persönlichkeitsverletzung verlangt.

Z.B. starke Schmerzen nach Körperverletzung, immaterielle Beeinträchtigung durch den Verlust eines Angehörigen bei Tötung, andere Persönlichkeitsverletzungen die objektiv schwer sind und auch subjektiv als schwer empfunden werden.

*Übrige Haftungsvoraussetzungen* wie bei der Schadenersatzpflicht, also: adäquate Kausalität, Widerrechtlichkeit, Verschulden bei Verschuldungshaftung. Bei Kausalhaftung ist dieses Verschulden nicht erforderlich.

### Art und Bemessung

Grundsätzlich wird Geld zugesprochen, nach Art. 49 Abs. 2 OR sind aber auch andere Arten möglich, z.B. eine Entschuldigung oder eine Zahlung an Dritte. Die Leistung muss nach Art. 47 OR "angemessen" sein, also nach Billigkeit zu entscheiden (Art. 4 ZGB). Zu berücksichtigen sind folgende Faktoren:

- Intensität der immateriellen Unbill
- Schwere des Verschuldens des Genugtuungspflichtigen
- Vorhandensein von Herabsetzungsgründen (wie beim Schadenersatz, Art. 44 OR)

*Bemessungszeitpunkt* ist umstritten, ob Unfalltag oder Urteilstag zählen soll.

## VI. Einzelfragen

### Die Verjährung (Art. 60 OR)

- Verjährung = Entkräftung einer Forderung durch Zeitablauf.
- Allgemeine Regel bei Deliktsobligation: Art. 60 Abs. 1 OR (als Ausnahme zur Grundnorm von Art. 127 OR).
  - 1 Jahr ab Kenntnis (relative Frist). Sie beginnt zu laufen, wenn der Geschädigte zur Klage Anlass hat, sprich den Schaden (zumindest grob) zu beziffern vermag und die Person des Schädigers kennt.
  - 10 Jahre ab schädigender Handlung (absolute Frist).

### Allgemeines

Grundsätzlich sind alle Forderungen (auch aus unerlaubter Handlung) verjährbar. Mit dem Eintritt der Verjährung (durch Zeitablauf) erhält der Schuldner eine *Einrede*, mit welcher er die gerichtliche Durch-

setzung einer Forderung verhindern kann. Dann muss das Gericht die Klage abweisen. Im Gegensatz zur Verwirkung muss das Gericht die Verjährung aber nicht von Amtes wegen berücksichtigen (Art. 142 OR). Die Forderung existiert aber (theoretisch) immer noch.

Das Recht der unerlaubten Handlung hat spezielle Verjährungsregeln (namentlich Art. 60 OR, Art. 83 SVG), welche den allgemeinen (Art. 127-142 OR) vorgehen. Wobei diese ergänzend doch zum Einsatz kommen (z.B. Verjährungsberechnung in Art. 135 ff. OR).

*Die allgemeine Verjährung von Forderungen aus unerlaubter Handlung (Art. 60 Abs. 1 OR)*

Die *relative Frist von einem Jahr* beginnt zu laufen, wenn der Geschädigte Kenntnis des Schadens und des Ersatzpflichtigen hat. Eine gerichtliche Geltendmachung muss ihm also mit Aussicht auf Erfolg zumutbar sein und die Person des Ersatzpflichtigen muss er hinreichend begründen können.

Die *absolute Frist von zehn Jahren* beginnt vom Tag der schädigenden Handlung ab zu laufen.

Für die Fristberechnung ist Art. 132 OR zu beachten.

*Sonderfälle*

Verjährung bei strafbaren Handlungen (Art. 60 Abs. 2 OR). Die Idee ist, längere strafrechtliche Verjährungsfristen auf den Zivilanspruch. Sonderregeln in Art. 60 Abs. 3 OR und in *Spezialgesetzen* (z.B. Art. 83 SVG wo zwei, oder Art. 9 PrHG wo 3 Jahre gelten).

### **Die Haftung mehrerer (Art. 50 f. OR)**

*Aussenverhältnis: Grundsatz der Solidarität*

Im Verhältnis zum Geschädigten haften die Ersatzpflichtigen solidarisch. Haben mehrere Personen den Schaden gemeinsam verursacht (echte Solidarität) so ergibt sich die Solidarschuldnerschaft ausdrücklich aus Art. 50 Abs. 1 OR.

Haften Personen aus verschiedenen, voneinander unabhängigen Handlungen oder Rechtsgründen (unechte Solidarität), stellt die Lehre auf Art. 51 Abs. 1 OR ab.

*Solidarität* im Aussenverhältnis bedeutet, der Gläubiger kann von allen Solidarschuldner je nur einen Teil oder von einem den ganzen Betrag verlangen, bis die ganze Forderung getilgt ist (Art. 143 Abs. 2 OR und Art. 144 OR).

*Innenverhältnis: Regress*

Die definitive *Aufteilung der Schadenslast* folgt nach der Regel von Art. 148 Abs. 2 OR. Bei gemeinsam verursachten Schaden bestimmt der Richter nach Art. 50 Abs. 2 OR (er berücksichtigt dabei das Verschulden der Einzelnen). In Fällen von Art. 51 Abs. 2 OR sieht dieser eine Kaskadenhaftung vor.

### **Die Staatshaftung (Art. 61 OR)**

Bei *amtlichen Verrichtungen* kann Bund und Kantone abweichende Bestimmungen erlassen. VG bei Bund, und auch die Kantone haben solche Verantwortlichkeitsgesetze erlassen. Bei den meisten haftet der Staat nicht neben, sondern an Stelle des fehlbaren Beamten (jedoch mit Rückgriffrecht). Verantwortlichkeitsgesetze sehen häufig Kausalhaftungen vor.

Bei *gewerblichen Verrichtungen* kann der Staat keine vom Privatrecht abweichende Normen aufstellen. Der Staat haftet hier nach den Bestimmungen des Privatrechts.

## Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts (Unterlage 47)

### II. Der Schaden

Neben dem natürlichen Schadensbegriff (Differenztheorie des BGer) wird von der Lehre noch der "normative" Schadensbegriff vertreten, welcher die Frage, ob überhaupt ein Schaden vorliegt *wertend* zu beurteilen versucht.

Andere Probleme im Zusammenhang mit der Schadenslehre:

- *Reiner Vermögensschaden*. Er beruht *nicht* auf der Verletzung eines absolut geschützten Rechts(gutes). Vgl. IV.
- Reflexschaden. Immer noch verschiedene Lehrmeinungen.
- *"Perte d'une chance"*. Verlust einer Chance, eine bestimmte Vermögensvermehrung (-verminderung) zu erzielen (vermeiden) als eigenständiger Schadensposten? Z.B. die Siegesprämie eines kurz vor Spielbeginn verletzten Tennisspielers. Heute kann der Richter die Haftpflicht nur anerkennen oder nicht. Mit der erwähnten Rechtsfigur wäre auch ein Prozentsatz möglich. Wird in näherer Zukunft wohl nicht im schweizerischen Recht heimisch werden.

### III. Der Kausalzusammenhang

Natürlicher Kausalzusammenhang ("conditio sine qua non"). Er ist nicht immer so naturwissenschaftlich zu ergründen wie vermutet. Dennoch wird angenommen, es handle sich um eine Tatfrage, deren Überprüfung dem BGer entzogen ist.

Zweck der adäquaten Kausalität ist es, die Haftung zu begrenzen. Sie wird in Kenntnis des gesamten Schadensverlaufs ex post beurteilt. Obwohl oft behandelt, ist die adäquate Kausalität eine komplizierte Formel, die von den Gerichten wohl nur selten "wirklich" angewandt wird. Sie führt in der Praxis auch nur selten zum Haftungsausschluss. Es ergeben sich also eine Reihe von Problemfällen:

- Die Fälle der *kumulativen und alternativen Kausalität*.
- Die Fälle der *überholenden und der hypothetischen Kausalität*.
- Die Fälle der *konstitutionellen Prädisposition*. Hier wird grundsätzlich kein Entlastungsgrund angesehen. Demgegenüber kann gesagt werden, dass "wer unerlaubt gegen einen gesundheitlich geschwächten Menschen handelt", kein Recht hat, "so gestellt zu werden, als ob er einen gesunden Menschen verletzt habe". Ausgenommen sind besondere, "seltenste" Ausnahmefälle.
- Die *Schockschäden Dritter*. Haftet der für den Unfall verantwortliche auch für den Schockschaden? Umstrittene Frage.

### IV. Die Widerrechtlichkeit

Das BGer geht heutzutage vom objektiven *Widerrechtlichkeitsbegriff* aus (also Verstoss gegen allgemeine gesetzliche Pflichten". Es wird gezeifelt, ob diese Formel tatsächlich ausreicht:

- Laut BGer muss entweder das Merkmal des Erfolgsunrechts oder dasjenige des Verhaltensunrechts erfüllt sein. Dies entspricht aber nicht der ständigen Rechtsprechung.
- Für reine Vermögensschäden fordert das BGer eine Schutznorm, die nach dem Zweck vor derartigen Schaden schützt. Es sei purer Zufall, ob eine solche Schutznorm zur Verfügung steht. Deswegen werden oft Normen herangezogen, die es in Wirklichkeit gar nicht gibt, oder nicht mit dem angeblichen Schutzzweck. Manchmal wird auch auf eine Norm gänzlich verzichtet (Baummissionen bei Bäcker).
- Die Formel des BGer führt auch dazu, dass beim Beschädigen einer Produktionsanlage auch für den Produktionsausfall gehaftet wird, hingegen fehlt es an der Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit, wenn die Maschine ohne Beschädigung gestoppt wird.

Der Grundsatz, wonach es ohne Widerrechtlichkeit keine Haftung gibt, gilt nicht ohne Ausnahme. Wie sieht es bei der Gefährdungshaftung aus? ????? Zusammenfassend ist zu sagen, dass die Widerrechtlichkeit der Schädigung eine Voraussetzung auch der Gefährdungshaftung bildet. Anders wäre nur zu entscheiden, wenn man das Handlungsunrecht als unabdingbares Element der Widerrechtlichkeit auffassen würde.

## V. Das Verschulden

In der neueren Rechtsentwicklung wird die *Verschuldenshaftung immer stärker zurückgedrängt*.

Heute dominiert der *verobjektivierte Fahrlässigkeitsbegriff*. Danach handelt fahrlässig, wer diejenige Sorgfalt ausser acht lässt, die "ein vernünftiger und ordentlicher Mensch ... unter den gegebenen Umständen als erforderlich ansehen würde". Dabei wird der persönliche Schuldvorwurf ausser acht gelassen.

## VI. Die Genugtuung

Zweck ist "ausschliesslich eine Abgeltung für erlittene Unbill, indem das Wohlbefinden anderweitig gesteigert oder dessen Beeinträchtigung erträglicher gemacht wird". Also die Einbusse der Lebensfreude oder Schmerzen abzugelten. Einzelne Punkte:

- *Der Anspruch bei Verletzung von Angehörigen*. Nach Art. 47 OR haben nur Angehörige eines getöteten (nicht "nur" verletzten) Anspruch auf Genugtuung. Aus diesem Grund (Wortlaut) verweigerte das BGer den Angehörigen von Verletzten auch eine Genugtuung. Erst später anerkannte das BGer auch für solchen Angehörigen eine Genugtuung und zwar über Art. 49 Abs. 1 OR, indem diese *selbst* psychisch beeinträchtigt seien. Weil dies zu dogmatischen Problemen führen könnte, wäre es ev. "richtiger", diesen Anspruch normal unter Art. 47 OR gelten zu lassen.
- *Anspruch trotz Bewusstseinsverlusts*. Wenn das betreffende Opfer nicht mehr imstand ist, Schmerz und Freude zu empfinden, würde eine Genugtuung in diesem Fall deren Zweck gar nicht mehr erfüllen. Man müsste entweder die Praxis dem Zweck anpassen oder umgekehrt. Rein gesetzgeberisch wäre es "richtiger", diesen Opfern die Genugtuung zu verweigern, obwohl dies den Haftpflichtigen besser stellt, als im Falle einer geringeren Verletzung.

Bei der Genugtuung nach Art. 49 OR schliesst sich Art. 49 OR der Haftungsart an. Art. 49 OR hat also "keine" eigenen Tatbestandselemente. Die Genugtuung bei einer Verschuldenshaftung (z.B. Art. 41 OR) setzt gemäss der "Grundnorm" ein Verschulden voraus, während ein solches bei einer auf Kausalhaftung beruhender Genugtuung (z.B. Art. 58 SVG) nicht vorausgesetzt ist.

## VII. Ausblick