



# Zusammenfassung

Haftungsausschluss: Der Autor und die Fachschaft Jus Luzern (Fajulu) übernehmen keinerlei Gewähr hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit, Genauigkeit, Aktualität, Zuverlässigkeit und Vollständigkeit der Informationen. Haftungsansprüche gegen den Autor oder die Fajulu wegen Schäden materieller oder immaterieller Art, welche aus dem Zugriff oder der Nutzung bzw. Nichtnutzung der Zusammenfassung entstehen werden ausgeschlossen.

## Zusammenfassung OR 1

### Kapitel 1: Einführung ins Obligationenrecht

#### Aufbau

**Obligationenrecht:** der fünfte Teil des ZGB; Recht der Obligationen → Entstehung, Durchführung, Untergang, Durchsetzung von schuldrechtlichen Beziehungen.

CH-Privatrecht besteht im Wesentlichen aus **zwei grossen Kodifikationen**: ZGB und OR. Sie sind zwei separate Erlasse, haben aber eine **materielle, innere Einheit**. → die Normen des ZGB gelten auch für das OR (z.B. Einleitungsartikel, Rechts- und Handlungsfähigkeit, juristische Personen...) Aber auch das OR findet auf das ZGB Anwendung: Art. 7 ZGB. → die allg. Bestimmungen des OR können durch unmittelbare *Verweisung* oder durch *Analogie* gelten (Lückenfüllung).

**Sondergesetze** des CH-Privatrechts: Bundesgesetz über Versicherungsvertrag (VVG), Bundesgesetz über Pauschalreisen (PauRG) und v.a. im Haftpflichtrecht.

**Öff. Recht:** Möglichkeit der Anwendung des OR gegeben, z.B. Kartellgesetze werden durch Vertragsfreiheit beschränkt.

In der Schweiz gibt es **kein Handelsgesetzbuch**. Diese Regeln erfolgen im OR → monistisches System. V.a. Handelsgesellschaften und Genossenschaft (Art. 522ff. OR) und im kaufmännischen Verkehr: Sondervorschriften im AT und BT. → existieren keine Sonderbestimmungen, gelten dieselben Vorschriften für den bürgerlichen und den kaufmännischen Verkehr.

### Entstehung und Entwicklung

Schon vor BV 1874 gab es das Gesetzgebungsrecht „über alle auf den Handel und Mobilienverkehr bezüglichen Rechtsverhältnisse.“ Das aOR trat **1881** in Kraft.

Bereits vor dem Inkrafttreten des ZGB gab es einen Entwurf zur Revision des OR → das **revOR** wurde formell vom ZGB getrennt.

Das OR von **1911** basiert auf das OR von 1881. Massgeblich waren der Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse (Dresdner Entwurf) sowie die kantonalen privatrechtlichen Gesetzbücher.

→ Von grosser Bedeutung war das *zürcherische privatrechtliche Gesetzbuch*  
**PGB**

PGB lehnt sich an die Rechtsschule von Savigny an. → römisch-rechtlicher Einschlag des OR!

Daneben flossen dank Westschweiz auch **naturrechtliche Gedanken** in das OR.

- **Code Civil (F)**: Einfluss auf OR, freiheitlicher Geist spürbar (z.B. grosser Ermessensspielraum).
- **BGB (D)**: viele Gemeinsamkeiten, da identische Grundlagen: gemeinrechtliche Überlieferung, Dresdner Entwurf, PBG.

Im Verlaufe der Zeit erfolgten **zahlreiche Änderungen**, die v.a. durch sozial-, wettbewerbs- und bodenpolitische Anliegen motiviert waren. Erste Revision 1936.

**Europäische Einflüsse**: die Schweizer Gesetzgebung hat europakompatibel zu erfolgen. Einige Richtlinien ins OR *integriert*, und sonst rechtsvergleichende *Auslegung*.

**Internationale Konventionen**: partielle Rechtsvereinheitlichung: insb. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG).

**Soft Law** hat zwar keine unmittelbare rechtliche Verbindlichkeit, soll aber trotzdem zur Auslegung des OR hinzugezogen werden. Z.B. Principles of European Contract Law (PECL) +

**Unidroit Principles of International Commercial Contracts (UP)**: weitere Auslegungshilfe, eine Art *ius commune*, eine private Aufstellung von „Grundregeln“.

**Grundregeln des europäischen Vertragsrechts** sollen die Grundlage einer europäischen Gesetzgebung bilden. Es gibt auch Bestrebungen für ein europäisches ZGB.

Vorentwurf zu einem Europäischen Vertragsgesetzbuch: „**Gandolfi**“.

Ziele: Regelwerk mit Lösungen, durch die der Vertrag ein wirksames Mittel zur Regelung der Rechtsbeziehungen im europäischen Binnenmarkt bildet.

**Aktionsplan der EU**: für ein kohärentes Europäisches Recht. Es gibt einen gemeinsamen Referenzrahmen, der weiterverfolgt werden soll.

Das OR ist davon nicht direkt betroffen. Durch ein allfälliges Europ. ZGB müsste sich das OR aber stark anpassen. → eine vorausschauende kritische wissenschaftliche Auseinandersetzung mit diesen Vereinheitlichungs- und Harmonisierungstendenzen ist deshalb von grosser Bedeutung und eine der wichtigsten Aufgaben heutiger Rechtswissenschaft.

## **Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen ZGB (Fünfter Teil: Obligationenrecht) im Besonderen**

### **Struktur**

- OR ist in 5 Teile gegliedert
- Hat keine allgemeinen Bestimmungen, welche für alle Rechtsgeschäfte gelten

- Die allgemeinen Bestimmungen von Art. 1 ff. OR sind im Wesentlichen am Vertrag ausgerichtet, sind aber auch für andere Schuldverhältnisse gültig → es muss im Einzelfall geprüft werden
- Da viele der allgemeinen Regeln anhand des Kaufvertrags entwickelt wurden, bereitet die Übertragung auf andere Vertragsverhältnisse, insb. Dauerschuldverhältnisse, Mühe.

**Nominatverträge** = die in der 2. Abteilung geregelten besonderen Vertragsverhältnisse.

**Grundsatz der Typenfreiheit:** es bleibt den Parteien unbenommen, bestehende Verträge abzuändern oder neue Vertragstypen zu schaffen.

**Innominatverträge:** 2 Untergruppen:

- Gemischte Verträge: bestehen aus den Elementen verschiedener gesetzlich geregelter Verträge. Z.B. Gesamtarchitektenvertrag (Mischung zwischen Werkvertrag und Auftrag), Mitgliedschaft im Ärztekollegium eines privaten Spitals (Miete, Gebrauchsleihe, Arbeitsvertrag, Gesellschaftsrecht)
- Verträge sui generis: entsprechen keinem gesetzlichen Typus. Z.B. Leasing, Franchising, Lizenzvertrag.

**Typenzwang im Gesellschaftsrecht:** zwar gilt die Vereinigungsfreiheit, jedoch muss dies in den vom Gesetz vorgesehenen Gefässen geschehen.

**Typenzwang im Familien-, Erb- und Sachenrecht:** Ausserhalb des Vertragsrechts des OR gilt weiterhin Typenzwang.

Grundregel: Lex specialis derogat legem generali. → **BT geht AT vor.**

### Räumlicher Anwendungsbereich des OR

- Wird durch das internationale Privatrecht (Kollisionsrecht) geregelt → IPRG
- IPRG regelt Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte, das anzuwendende Recht und Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheide im Internationalen Verhältnis
- Vorausgesetzt ist die Zuständigkeit eines CH-Gerichts
- OR ist im 9. Kapitel des IPRG geregelt
- Grundsatz: Wohnsitz des Beklagten
- Der Vertrag untersteht primär dem von den Parteien gewählten Recht
- Grundsatz der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie.
- Fehlt es an Rechtswahl, ist das Recht des Staates, mit der der Vertrag am engsten zusammenhängt, massgebend.
- Dies ist vermutungsweise der Staat, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung erbringt, ihren Sitz hat.
- Die Staatsangehörigkeit der Parteien ist irrelevant

- Anknüpfung bei unerlaubter Handlung: der gewöhnliche Aufenthaltsort der Beteiligten. Wenn nicht am gleichen Ort, dann Handlungsort.

→ Das OR findet räumliche Anwendung, wenn ein rein innerschweizerischer Vorgang zu beurteilen ist oder wenn es nach den Regeln des internationalen Privatrechts zur Anwendung berufen wird.

## **Vertragsfreiheit als Grundpfeiler des OR**

Hat als Teil der Wirtschaftsfreiheit von Art. 27 BV materiell-rechtlichen Verfassungsrang.

Verschiedene Ausprägungen der Marktwirtschaft:

- **Neoliberalismus:** Markteffizienz und Wettbewerbsfähigkeit sind zentral. Staatstätigkeit behindert Effizienz und verzerrt Marktkräfte.
- **Sozialliberalismus:** soziale Marktwirtschaft, die nebst Wettbewerb und Effizienz den Schutz sozial Schwacher in den Vordergrund rückt. Staatstätigkeit soll als Korrektiv wirken.

**Vertragsfreiheit:** die liberale Überzeugung, dass der Markt sich nach bestimmten Gesetzmässigkeiten selbst reguliert. Die rational agierenden Marktteilnehmer sind am besten in der Lage, ihre Verhältnisse selbst zu ordnen.

→ Dies braucht jedoch einen freien, **transparenten Wettbewerb**.

**Regulatorischer Rahmen:** Häufig besteht kein Wettbewerb. Es braucht Korrekturen eines allzu liberalen Verständnisses der Vertragsfreiheit.

→ **Sozialpolitisch motivierte Schutzbestimmungen** zu Gunsten der intellektuell oder wirtschaftlich schwächeren Partei. Z.B. Mietrecht, Arbeitsrecht, Aktienrecht.

Vertragsfreiheit gibt einer Person die Freiheit darüber zu entscheiden, ob, mit wem, in welcher Ausgestaltung und mit welchem Inhalt sie einen Vertrag abschliessen will.

## **Ausprägungen der Vertragsfreiheit**

### **Abschluss- und Partnerwahlfreiheit**

**Positive Abschlussfreiheit:** Freiheit, einen Vertrag zu schliessen

**Negative Abschlussfreiheit:** Freiheit, einen Vertrag *nicht* zu schliessen.

**Partnerwahlfreiheit:** Den Vertragspartner aussuchen dürfen

**Kontrahierungszwang:** diese Freiheiten werden immer dann eingeschränkt, wenn die (vertragliche oder gesetzliche) Verpflichtung zum Abschluss eines Vertrages besteht.

- **Vertragliche Kontrahierungspflicht:** kann sich aus Vorvertrag ergeben, insb. Architekten- und Unternehmerklauseln. Der Grundsatz der negativen Abschlussfreiheit wird durchbrochen. (auch mit der gesetzlichen K-Pflicht)
- **Gesetzliche Kontrahierungspflicht:** v.a. im öff. Recht: die vom Privatrecht beherrschten Beziehungen, z.B. Eisenbahn, Post... Das Wettbewerbsrecht befähigt das Gericht zur Bekämpfung des Missbrauchs wirtschaftlicher Macht.
- **Kontrahierungszwang wegen Persönlichkeitsrecht:** Art. 28ff ZGB. Oder stützt sich auf das Verbot sittenwidriger Schädigung, Art. 41, 2 OR.

Der **Schutz vor Diskriminierung** steht im Vordergrund: Kontrahierungspflicht wenn:

- Allgemein und öffentlich angeboten
- Normalbedarf
- Praktisch jedermann zur Verfügung steht
- Keine zumutbaren Alternativen
- Keine sachlichen Gründe.

#### **Typenfreiheit:**

von der dispositiven gesetzlichen Ordnung abweichende Vertragstypen schaffen, modifizieren, kombinieren.

#### **Inhaltsfreiheit:**

wird insb. durch Art. 19/20/21 OR beschränkt.

#### **Formfreiheit:**

Vereinbarung oder Gesetz können für einen bestimmten Vertrag eine Form vorsehen, welche Gültigkeitsvoraussetzung ist.

#### **Aufhebungs- und Änderungsfreiheit:**

Bedeutet nicht, dass eine Partei beliebig kündigen kann. Muss im Gesetz stehen. Bei Dauerschuldverhältnissen hat jede Partei das Recht, wenn die Fortsetzung unzumutbar wird.

Freiheit, den Vertrag zu ändern, gilt nur wenn sich beide Parteien einig sind. Ausnahmsweise auch gegen den Willen einer Partei, wenn sich die Umstände nach Vertragsabschluss zu Ungunsten einer Partei unverschuldet und in unvorhersehbarer Weise geändert haben (clausula rebus sic stantibus).

## **Grundlagen des Obligationenrechts**

**Begriff der Obligation:** Gesetz definiert nicht. Rechtsbeziehung zwischen Gläubiger und Schuldner. Die Obligation ist ein *relatives Recht*.

**Inhalt der Obligation:** Schuld → Verpflichtung des Schuldners.

Forderung= Klagbares Recht des Gläubigers auf Leistung

Schuld= Einklagbare Verpflichtung zur Leistung

## Obligation als relatives Recht

- **Subjektives Recht:** ganz allgemeine Berechtigungen eines Rechtssubjekts gegenüber einem anderen.
- Verletzung löst Rechtsfolgen aus
- Gegenstück: **obj. Recht:** Rechtsordnung als Ganzes auf welche der Einzelne seinen Anspruch stützt, z.B. Schadenersatzforderung
  
- **Absolute Rechte:** Verschaffen Träger ein Recht gegenüber jedermann.

Beispiele dafür sind:

### **Dingliche Rechte:**

beziehen sich auf unmittelbare Beherrschung einer körperlichen Sache. Das Recht, sie von jedem herauszuverlangen.

### **Persönlichkeitsrechte:**

Schützen den Freiraum jedes Menschen. Schutzgut: Leben, Gesundheit, pers. Freiheit, Ehre, rechtliche und wirtschaftliche Bewegungsfreiheit.

### **Immaterialgüterrechte:**

ausschliessliche Befugnis, ein nicht-körperliches Gut zu nutzen. Patentrecht, Markenrecht, Urheberrecht...

Der Schädiger, der eines der absolut geschützten Rechtsgüter verletzt, handelt widerrechtlich im Sinne von Art. 41, 1 OR. Wer eine Obligation (negatives Recht) verletzt, wird dem Gläubiger nach Art. 97, 1 OR schadenersatzpflichtig.

### **Realobligatorische Rechte:**

Sind an ein dingliches Recht gebunden. Z.B. Kaufrecht an einem Grundstück.

### Übersicht:

## Verpflichtung zur Leistung

### **Pflicht zur Erfüllung:**

Der Schuldner ist verpflichtet, dem Gläubiger eine *Leistung zu erbringen*. Die geschuldete Leistung kann vom Gläubiger *eingeklagt* werden. → Haftung des Schuldners: Muss *mit seinem Vermögen* für die Erfüllung der Schuld eintreten.

Tun → positive Leistung

Unterlassen/Dulden → negative Leistung

### **Positive Leistung:**

Sach- oder Dienstleistung. Gemäss Art. 68 OR ist der Schuldner nur dann verpflichtet, die Leistung persönlich zu erbringen, wenn e bei der Leistung auf die Persönlichkeit ankommt.

### **Negative Leistung:**

Unterlassungspflichten: z.B. Konkurrenzverbot. Duldungspflichten: z.B. Pflicht zur Duldung übermässiger Immissionen.

### **Hauptpflichten:**

Charakterisieren ein Schuldverhältnis. Z.B. Hauptpflicht des Verkäufers, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben.

### **Nebepflichten:**

Sammelsurium von Pflichten, welche sich negativ dadurch definieren, dass sie nicht Hauptpflichten sind.

- **Entstehungsgrund:** Gesetz, Vertrag oder Grundsatz von Treu und Glauben
- **Inhalt:** Schutz-, Obhuts-, Verschaffungs-, Mitteilungs-, Auskunfts- und Aufklärungspflichten.
- Bei **selbständigen Nebepflichten** hat der Gläubiger einen Anspruch auf Erfüllung.
- Bei Verletzung **unselbständiger Nebepflichten** ist der Schuldner bloss schadenersatzpflichtig, der Gläubiger kann aber nicht auf Erfüllung klagen.

### **Primäre Leistungspflichten:**

Grundlegende Pflichten, z.B. Lieferung der Kaufsache beim Kaufvertrag.

### **Sekundäre Leistungspflichten:**

Werden die primären Leistungspflichten nicht richtig erfüllt, treten neben sie oder an ihrer Stelle die sekundären. Z.B. Schadenersatz.

### **Obliegenheit:**

Haben ein bestimmtes Verhalten einem anderen gegenüber zum Inhalt. Sind aber nicht gerichtlich durchsetzbar und es gibt keinen Schadenersatzanspruch. Der Verstoss *führt zu einem Rechtsnachteil*. Z.B. Käufer muss Ware prüfen, Schadenminderungsobliegenheit (Geschädigter soll Schaden nicht unnötig vergrössern).

### **Forderung / Anspruch (Synonyme)**

Des Gläubigers:

- **Einziehungsbefugnis:**  
Gläubiger hat das Recht, die Leistung bei Fälligkeit zu verlangen, entgegenzunehmen und zu behalten.
- **Klagbarkeit der Forderung:**  
Staatliche Hilfe zur Durchsetzung des Gläubigers' Rechtes auf Leistung darf in Anspruch genommen werden.
- **Vollstreckbarkeit:**  
Gläubiger hat das Recht, die staatlichen Vollstreckungsmassnahmen in Anspruch zu nehmen (Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren)

Des Schuldners:



- **Einwendungen:** richten sich gegen den Bestand der Forderung.  
**Rechtshindernde:** der Gläubiger hat z.B. keinen Anspruch wegen Unmöglichkeit der Leistung. **Rechtsvernichtende:** Gläubiger hat z.B. keinen Anspruch, weil diese durch Verrechnung untergegangen sei.
- **Einreden:** nur zu beachten, wenn der Schuldner sich darauf beruft: sie richten sich gegen die Durchsetzbarkeit der Forderung. **Dauernde:** z.B. Einrede der Verjährung. **Aufschiebende:** Einrede der Stundung.  
**Anspruchsbeschränkende:** Einrede des nicht erfüllten Vertrags.

### **Abgrenzung zur unvollkommenen Obligation:**

Unklagbare Forderung ist eine unvollkommene Obligation. Sie geben dem Gläubiger ein Recht, die Leistung zu verlangen; es wird ihm nur der gerichtliche Rechtsschutz verwehrt.

- Naturalobligation: z.B. Wette.
- Verjährte Forderung: Forderung besteht noch, deswegen kein Anspruch auf ungerechtfertigte Bereicherung
- Sittliche Pflicht

### **Obligation als Teil des Schuldverhältnisses im weiten Sinn**

Umfasst alle Rechte und Pflichten zwischen den Beteiligten, ist also nicht auf die einzelne Obligation beschränkt. Erlöscht erst, wenn alle zwischen den Parteien bestehenden Obligationen erfüllt sind. Die Erfüllung oder der Untergang einer einzelnen Obligation bedeutet noch nicht das Ende des Schuldverhältnisses i.w.S.

### **Obligation als Rechtsgeschäft**

- Besteht aus einer oder mehreren Willenserklärungen
- **Rechtsfolgewille:** Wille, ein Rechtsverhältnis zu begründen, abzuändern oder aufzuheben.
- **Äusserungswille:** dieser Wille muss geäußert werden.
- **Bindungswille:** Die Rechtsfolgen treten gerade deswegen ein, weil sie gewollt sind.
- **Zusätzliche Wirksamkeitsvoraussetzungen:** Manchmal genügt eine Willenserklärung nicht. Es braucht noch z.B. Realakt, Notarsperson.

### **Arten**

#### **Einseitige Rechtsgeschäfte**

Bestehen aus einer einzigen Willenserklärung, z.B. Testament, oder ausüben eines **Gestaltungsrechts:**

- Ein Gestaltungsrecht ist die Befugnis, durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung die Rechtsstellung eines anderen zu verändern. Es gibt: rechtsbegründende, rechtsändernde, rechtsausfüllende, rechtsaufhebende.

- Ist bedingungsfeindlich, unwiderruflich, unverjährbar

### **Zweiseitige Rechtsgeschäfte:**

Austausch übereinstimmender Willenserklärungen

- **Einseitige Verträge:** nur eine Partei verpflichtet sich (z.B. Schenkung) es braucht aber das Einverständnis der anderen Partei.
- **Zweiseitige Verträge:** beide Parteien verpflichten sich zu einer Leistung.
- **Unvollkommen zweiseitige Verträge:** z.B. das zinslose Darlehen. Die Leistungen stehen nicht in einem Austauschverhältnis: der Darlehensgeber schuldet die Hingabe des Darlehens als Hauptleistung, ohne dass er dafür eine Gegenleistung vom Borger erhält. Dieser schuldet die Rückzahlung.
- **Vollkommen zweiseitige Verträge** (synallagmatische): Leistung und Gegenleistung stehen in einem Austauschverhältnis. Erfüllt eine der Parteien ihre Leistungspflicht nicht, stehen der anderen eine Reihe von Rechtsbehelfen zu.

### **Mehrseitige Rechtsgeschäfte:**

Mehr als zwei Willenserklärungen lösen die Rechtsfolge aus. Z.B. Beschluss. Die Mehrheitsentscheidung genügt, somit wird auch derjenige verpflichtet, der im Einzelfall mit der Entscheidung nicht einverstanden ist. Rechtfertigung: Die Beteiligten unterwerfen sich dem Verfahren mit Beitritt zum Verein/Gesellschaft.

### **Einmaliges Austauschverhältnis:**

Umfang der Leistung und zeitliche Dauer des Schuldverhältnisses hängen nicht voneinander ab. Sobald die geschuldeten Leistungen ausgetauscht sind, ist der Vertrag beendet.

### **Dauerschuldverhältnis:**

Umfang der Gesamtleistung hängt von der Länge der Zeitspanne ab, während die Leistungen fortgesetzt werden sollen. Massgebend ist die vertragstypische Hauptleistung. Mietvertrag, Darlehen, Versicherungsvertrag...

Die **Kündigung** wirkt für die Zukunft. Der Vertrag bleibt bis zum Zeitpunkt der Kündigung gültig. Die bereits erbrachten Leistungen bleiben beim Empfänger.

**Auflösung:** aus wichtigem Grund möglich, wenn die Fortsetzung nicht mehr zugemutet werden darf. Richtet sich aber nach Treu und Glauben!

### **Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft**

#### **Verpflichtungsgeschäft:**

Eine oder mehrere Obligationen entstehen. Ist i.d.R. ein *mehrseitiges Rechtsgeschäft* (häufig ein Vertrag.) Es vermehrt die *Passiven*.

z.B. Kaufvertrag. Der Verkäufer bleibt bis zur Übertragung der Sache weiterhin Eigentümer.

### **Verfügungsgeschäft:**

Führt zu einer definitiven Änderung, Übertragung, Belastung oder Aufhebung eines Rechts. Vermindert die *Aktiven*.

z.B. Übertragung des Eigentums an einer Sache. Abtretung einer Forderung.

→ setzt eine Verfügungsmacht des Handelnden voraus!

### **Gutgläubensschutz des Erwerbers:**

Ausnahmsweise entfaltet auch die Verfügung des Nichtberechtigten Wirkung, wer in gutem Glauben eine bewegliche Sache zum Eigentum übertragen erhält, wird Eigentümer.

### **Kein Gutgläubensschutz bei der Übertragung von Forderungen:**

Selbst wenn jemand nicht weiss oder wissen sollte, dass der Verfügende nicht Gläubiger ist, wird er nicht neuer Gläubiger. Ausser er erwirbt die Forderung im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis.

### **Handgeschäft:**

In der Regel folgt dem Verpflichtungsgeschäft das Verfügungsgeschäft. Beim Handgeschäft aber wird ohne vorheriges Verpflichtungsgeschäft verfügt. Z.B. Mutter schenkt Kind Schokolade.

### **Zeitliche Priorität:**

Der Schuldner kann sich mehrfach zur gleichen Leistung *verpflichten*. Bei der *Verfügung* gilt aber die zeitliche Priorität: Wird über dasselbe Recht mehrfach verfügt, ist nur die erste Verfügung wirksam.

→ Das Verpflichtungsgeschäft beschränkt das rechtliche Dürfen, das Verfügungsgeschäft das rechtliche Können.

Beispiel: Verkäufer V verkauft K Kleid um 10Uhr, sie will es erst am Abend abholen. Um 14Uhr kommt T, kauft es und nimmt es sogleich mit. → beide Kaufverträge sind gültig, Eigentümerin wurde T, da ihr das Kleid zuerst übertragen wurde.

## **Kausale und abstrakte Rechtsgeschäfte**

### **Kausale Rechtsgeschäfte:**

Im Grundsatz hat jede Zuwendung einen Zweck bzw. Rechtsgrund (causa).

Dreiteilung dieser Zwecke:

- Zweck, eine Verpflichtung des Zuwendenden zu Erfüllen. Der VK überträgt dem K das Eigentum in Erfüllung seines kaufvertraglichen Versprechens.
- Zweck, der im Erhalt einer Gegenleistung liegt. Der VK erhält für seine Verpflichtung, die Sache zu liefern, Anspruch auf den Kaufpreis.
- Zweck, einem anderen das Vermögen zu vermehren, ohne dafür eine Gegenleistung zu erhalten. (Schenkung, Vermächtnis)

Hängt die Gültigkeit der Zuwendung vom Bestand der causa ab → kausales RG. Ungültige causa führt beim kausalen Rechtsgeschäft zur Ungültigkeit des Verfügungsgeschäfts.
---

### **Abstraktionsprinzip:**

Gilt bei der Abtretung von Forderungen. Auch wenn die causa unwirksam ist, geht die Forderung auf den Erwerber über: dieser wird anstelle des Abtretenden Gläubiger.

### **Gefälligkeiten:**

Da fehlt der Rechtsbindungswille. Aber: selbst wenn mangels Rechtsbindungswillens eine Gefälligkeit angenommen wird, bedeutet dies noch nicht, dass der Erbringer der Leistung nicht für allfällige Schäden haften muss.

## **Entstehung der Obligation**

- Durch Vertrag (Art. 1 ff. OR)
- Durch unerlaubte Handlung (Art. 41 ff. OR)
- Aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 ff. OR)

Obligationen entstehen aus Rechtsgeschäften. Hauptsächlicher Entstehungsgrund ist der Vertrag. Die anderen haben den Entstehungsgrund im Gesetz:

- Ansprüche aus Verletzung absoluter Rechte
- Ausservertragliche Schadenszufügung
- Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung
- Geschäftsführung ohne Auftrag (Ansprüche, die entstehen, weil jemand für einen anderen ein Geschäft besorgt, ohne von ihm dazu beauftragt zu sein.)

→ Art. 422 OR: echte GoA. → Art. 423, 1 OR: unechte GoA.

- Richterliche Lückenfüllung

### **Einheitliches gesetzliches Schuldverhältnis:**

Geht von auf dem Gesetz beruhenden Pflichten aus, die jedes durch Vertrag begründende Rechtsverhältnis untermauern.

Rechtsgrund ist eine rechtliche Sonderverbindung, aus der sich aus Treu und Glauben abgeleitete Pflichten ergeben.

- **Erste Schicht: Haupt(leistungs)plichten**, um deretwegen die Parteien in Kontakt getreten sind

- **Zweite Schicht: Nebenpflichten**. Dient der Herbeiführung der geschuldeten Leistung und ihrer Sicherung. Unselbständige Nebenpflichten: sorgfältige Montage... diese werden vertraglich festgehalten oder durch Auslegung ermittelt. Selbständige Nebenpflichten: sind erzwingbar.

- **Dritte Schicht: Verhaltenspflichten**. Beruhen auf Treu und Glauben. Ziel: Schutz der Parteien und u.U. Dritter. Schutzpflichten.

→ In der Lehre bildet diese dritte Schicht den Sockel jedes Schuldverhältnisses und ihr Anwendungsbereich geht in sachlicher und zeitlicher Hinsicht über den eigentlichen Vertrag hinaus. → NICHT IN CH!

### **Konkurrenzen:**

Eine sich aus dem gleichen Sachverhalt ergebende Obligation kann unterschiedliche Entstehungsgründe haben. Kein Anspruch verdrängt den anderen. Der Gläubiger hat das Recht, sich auf die für ihn günstigste Anspruchsgrundlage zu berufen

→ **Grundsatz der Alternativität.**

## **2. Kapitel: Obligation und Willenserklärung**

### **Die Obligation: Inhalt und Ausgestaltung**

Eine Obligation entsteht *aus Rechtsgeschäft* oder *aus Gesetz*.

Der Wille, mit dem sich eine Person einer anderen gegenüber obligatorisch verpflichten möchte, muss kundgetan werden: in Form einer **Willenserklärung**.

### **Gegenstand und Modalitäten der Obligation**

Verschiedene Punkte müssen ausdrücklich oder stillschweigend geregelt werden:

- Die beteiligten Personen
- Die Bestimmung der zu erbringenden Leistung
- Den Erfüllungsort
- Den Erfüllungszeitpunkt
- Weitere Modalitäten der Erfüllung, z.B. Teilleistungen

### **Die an der Obligation beteiligten Personen: Schuldnermehrheit**

#### **Teilschuld**

- Die Schuldner haften nebeneinander jeweils für einen Teil der Schuld.
- Die Schuld lässt sich auf einen einheitlichen Rechtsgrund (Vertrag oder Gesetz) zurückführen, gleichwohl lässt sich die geschuldete Leistung auf die einzelnen Schuldner aufteilen.
- Ist gesetzlich nicht geregelt.

#### **Gemeinschaftliche Schuld**

- Die Schuld kann aus faktischen oder rechtlichen Gründen nur gemeinsam erbracht werden.
- Der Gläubiger hat lediglich eine einzige Forderung.
- Z.B. Auftritt einer Band

#### **Solidarschuld**

- Die Schuld kann aus faktischen oder rechtlichen Gründen nicht geteilt werden.
- Jeder Schuldner haftet dem Gläubiger für das Ganze Art. 143, 1 OR
- Jeder Schuldner bleibt solange verpflichtet, bis die gesamte Schuld getilgt ist Art. 144, 2 OR.
- Der Gläubiger kann nach seiner Wahl von jedem Solidarschuldner entweder einen Teil oder das Ganze fordern. Art. 144, 1 OR.
- Solidarschuld greift nur, wenn dies Gesetz oder Vertrag ausdrücklich anordnet, Art. 143 OR.
- Kann aber sogar auch stillschweigend vereinbart werden oder sich aus den Umständen ergeben.

Gemeinschaftliche Schuld und Teilschuld gehen Solidarschuld vor. Es gilt die Vermutung zur Teilschuld.

### **Innen- und Aussenverhältnis**

Aussenverhältnis ist zwischen Schuldner und Gläubiger.  
Innenverhältnis ist zwischen den Schuldnern.

#### **Aussenverhältnis (Art. 144-147 OR)**

- Der einzelne Schuldner kann Einreden und Einwendungen geltend machen, die sich für alle aus dem gemeinsamen Entstehungsgrund ergeben. Aber auch solche geltend machen, die nur ihm persönlich zustehen.
- Die Voraussetzungen für den Schuldnerverzug sind jeweils gesondert im Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem betroffenen Schuldner zu klären.
- Der einzelne Schuldner kann durch sein Handeln die Rechtslage der anderen nicht verschlechtern, aber 3 Ausnahmen:
  - Da jeder Schuldner im Rahmen der Erfüllung Hilfsperson der anderen ist, müssen sich die anderen das Handeln des Einzelnen anrechnen lassen.
  - Wird die Verjährung gegen einen Schuldner unterbrochen, gilt dies auch gegenüber den anderen.
  - Ein Urteil gegen einen Schuldner bildet kein Vollstreckungstitel gegen die anderen.

#### **Innenverhältnis (Art. 148-150 OR)**

Ob und unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang ein Solidarschuldner auf die anderen Regress nehmen kann.

- Die Solidarschuldner haften intern zu gleichen Teilen. Art. 148, 1 OR. Es kann aber vertragliche oder sich aus den Umständen ergebende Abweichungen geben
- Der Rückgriffs-/Regressanspruch e, beschränkt sich auf diejenige Summe, die den vom Schuldner zu leistenden Anteil übersteigt. Art. 148, 2 OR.
- Die Solidarschuldner haften dem leistenden Solidarschuldner im Umfang ihres Anteils
- Kann ein Solidarschuldner nicht zahlen, ist der Anteil durch die anderen zu tragen, Art. 148, 3 OR.
- Auch wenn der Gläubiger einem Schuldner die Schuld erlassen hat, können die anderen ihre Regressansprüche gleichwohl geltend machen.
- Ein Rückgriff ist ausgeschlossen, wenn die leistende Solidarschuldnerin geleistet hat, obwohl sie Einreden hätte machen können. Art. 145, 2 OR.

Art. 149, 1 OR: Legalzession. Selbständiger Anspruch des leistenden Solidarschuldners gegenüber seiner Mitschuldner. Alle Rechte gehen auf ihn über.

### **Gläubigermehrheit**

Spiegelbildlich zur Schuldnermehrheit:

- Teilgläubigerschaft (ist hier aber die Ausnahme!)
- Gemeinschaftliche Gläubigerschaft (z.B. Erbgemeinschaft, Miteigentum)
- Solidargläubigerschaft (Art. 150 OR)

### **Aussenverhältnis**

Die Wahl, bei welchem Gläubiger man leisten will, liegt beim Schuldner, solange kein Gläubiger die Forderung geltend macht. (Art. 150, 3 OR).

Ein Gläubiger kann nur mit Zustimmung der anderen Erlass/Vergleich machen.

### **Innenverhältnis**

Ist gesetzlich nicht geregelt.

### **Nur beschränkte persönliche Leistungspflicht:**

Art. 68 OR: wenn es auf die Persönlichkeit des Schuldners ankommt.

Sonst kann der Schuldner:

- Substitution: die Leistung durch einen Dritten erbringen lassen. (z.B. Befreundeter Dachdecker macht Arbeit für Schuldner)
- Hilfsperson: einen Dritten zur Leistungserbringung heranziehen. (z.B. Anwalt zieht zur Beratung einen Steuerberater heran.)

Geht auch gegen den Willen des Gläubigers.

### **Leistung an Drittpersonen:**

Schuldner leistet an jemand anderes als Gläubiger, geht wenn:

- Vertragsparteien die Pflicht des Schuldners, Leistung an Dritten zu erbringen (z.B. Auto wird an Tochter geliefert)
- Vertragsparteien vereinbaren das Recht des Schuldners, Leistung an 3.
- Gericht ordnet Recht oder Pflicht des Schuldners.

### **Bestimmbarkeit der Leistung**

Schuldner muss Gewissheit haben über Gegenstand und Umfang seiner Leistungspflicht. Das gesamte Leistungsversprechen erschliesst sich erst aus der Entstehungsgeschichte des Vertrags.

Mit *gesetzlichen Anhaltspunkten* aus dem allg. Teil des OR können *Grundsätze* abgeleitet werden, **wie Willenserklärungen auszulegen sind**.

### **Stückschuld (Speziesschuld)**

- Eine einzige individuell bestimmte Sache
- Merkmal: das Interesse einer konkreten Sache (z.B. Bild xy von Klee)
- Ausnahme
- Ganze Ladung Erdöl aus Tanker MT XY

### **Gattungsschuld**

- Leistungsinhalt ist nur der Gattung nach beschrieben
- Wahl muss getroffen werden können: mehrere Exemplare/grosse Menge
- Regelfall, Art. 71 OR
- Erdöl in bestimmter Qualität und Menge

### **Begrenzte Gattungsschuld**

- Die Menge ist begrenzt
- Erdöl aus dem Tanker MT XY

Wichtig: die Unterscheidung ergibt sich nicht aus der Natur der Sache, sondern aus der *Perspektive des jeweiligen Parteiwillens*.

### **Vertretbare/nicht vertretbare Sachen**

Unterschied: wenn die Sache im Verkehr nach Zahl, Mass oder Gewicht bestimmt wird, ist es eine vertretbare Sache.

### **Wahlschuld**

Erfüllung einer von (mindestens) zwei Leistungen. Art. 72 OR. Z.B. Gläubiger wirft Geld in Automaten und kann sich Getränk dann aussuchen.

### **Alternativermächtigung**

Grundsätzlich ist nur eine Leistung geschuldet. Schuldner hat jedoch das Recht, diese eine Leistung durch eine andere Leistung zu ersetzen. Nur in diesem Fall darf die Alternativleistung erbracht werden.

### **Geldschulden**

**Effektivklausel:** Verträge können in jeglicher Währung abgeschlossen werden, jedoch auch in CHF erfüllt werden, auch wenn nicht ausdrücklich gesagt.

### **Erfüllungsort**

= Ort der Leistungserbringung

- **Holschuld:** der Gläubiger holt die Leistung am Lageort der Ware oder dem Ort des Schuldners ab
- **Bringschuld:** Verpflichtung des Schuldners, die Leistung beim Gläubiger zu erbringen; Wohnsitz, Sitz oder Ort der Verwendung der Ware.
- **Schickschuld:** Schuldner muss Ware zusenden: *Versendungs-, Distanzkauf*.

Ist wichtig bezüglich **Preis**; Transportkosten

Ist wichtig in **rechtlicher Hinsicht**; Leistungserfüllung erst am Erfüllungsort korrekt, wann geht Preisgefahr auf Käufer über, welches Recht bei int. Transaktion.

### **Art. 74 Abs. 2 OR:**

- *Geldschulden sind Bringschulden* (Konto, Post)
- *Speziessachen sind Holschulden* (Lageort)
- *Alle anderen Forderungen sind Holschulden*

### **Erfüllungszeit**

- **Erfüllbarkeit:** eine Forderung ist erfüllbar, wenn sie vom Gläubiger entgegen genommen werden muss, aber noch nicht fällig ist
- **Fälligkeit:** der Gläubiger hat nun das Recht, die Forderung zu verlangen

Art. 75 OR: Forderung sofort erfüllbar und fällig, ausser im Vertrag anders.

**Fristberechnung:** Art. 76-80 OR.



## **Bedingungen**

Die Geltendmachung der Forderung hängt von einem zukünftigen, ungewissen Ereignis ab. Art. 151 Abs. 1 OR.

- **Zukünftig:** Ereignis steht im Zeitpunkt der Festlegung der Bedingung noch nicht fest.
- **Ungewiss:** unklar, ob Ereignis in der Zukunft auftritt oder nicht.

## **Unterscheidung in auflösende und aufschiebende Bedingung**

Art. 156 OR

- Auflösende Bedingung, Art. 154 OR. Z.B. das Arbeitsverhältnis ist sofort wirksam, wird aber aufgelöst, sobald der Student seinen Masterabschluss hat. Die Schwiegermutter schenkt der Schwiegertochter ein Familienerbstück, mit der Bedingung, dass die Ehe nicht geschieden wird.
- Zwischen Abschluss Vertrag und Eintritt Bedingung liegt die **Anwartschaft**.
- Aufschiebende Bedingung: Nach dem Vertragsabschluss ist der Vertrag schwebend, bis die Bedingung eintritt. Ein Kaufvertrag wird unter der Bedingung abgeschlossen, dass der Käufer die nötige Einfuhrbewilligung erhält. Wenn sie nicht bewilligt wird, kommt es zu keinem Vertragsschluss. Das Arbeitsverhältnis wird unter der Bedingung wirksam, dass der Student sein Masterdiplom erhält.

## **Willkürliche Bedingung**

Die Parteien können den Eintritt der Bedingung bewirken. Z.B. Grossvater schenkt Enkelin Uhr unter Bedingung, dass sie in den nächsten 3 Monaten aufhört zu rauchen.

## **Zufällige Bedingung**

Hängt von einem Dritten oder von Zufall ab. X geht in die Ferien und Y soll seinen Garten sprühen, falls es in den nächsten 2 Wochen nicht regnet.

## **Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte**

Eheschliessung, Adoption, erbrechtliche Ausschlagung.

## **Teilleistungen, Art. 69 OR**

Wenn Gläubiger nach Abs. 1 Teilleistung verweigert, fällt sie nicht unter Annahmeverzug. Muss aber Teilleistung akzeptieren, wenn:

- Teilleistung vereinbart wurde
- Der Schuldner nur einen Teil der Forderung anerkennt
- Die Ablehnung einer Teilleistung Treu und Glauben widersprechen würde

## **Entstehung der Obligation – Die Willenserklärung als Kernelement des Vertrages**

Art. 1 Abs. 1 OR. Jede Willensäußerung hat einen Sender (**Erklärender**) und einen Empfänger (**Erklärungsempfänger**).

## **Elemente der Willenserklärung**

### **Konsens/Dissens**

Man muss untersuchen, was der Erklärende tatsächlich wollte und was beim äusserlich erkennbaren Erklärungstatbestand der Erklärungsempfänger wirklich verstehen konnte.

### **Rechtsgeschäftliche Handlungen**

Sind abzugrenzen, hier handelt es sich um Willenserklärungen des Erklärenden, an die das Gesetz eine Rechtsfolge knüpft, ohne dass diese zwingend seinem Willen entspricht.

## **Die Bildung des inneren Willens des Erklärenden und seine Auslegung**

- **Handlungswille:** den Willen, überhaupt etwas in Bewegung zu setzen
- **Geschäftswille:** den Willen haben, mit seiner Erklärung eine Rechtsfolge zu bewirken (Vertrag schliessen etc.)
- **Erklärungswille:** den Willen, dem Dritten seinen Willen zu erklären, dass er eine Rechtsfolge bewirken möchte.

Diese drei bilden zusammen den **inneren Willen**. Aus Sicht des Erklärenden ist allein sein tatsächlicher Wille massgebend. Wenn er A wollte und B sagte, ist A zu verstehen → die falsche Bezeichnung schadet nicht.

Art. 18, 1 OR: in der **Auslegung der Willenserklärung** muss neben dem kundgegebenen Willen des Erklärenden auch berücksichtigt werden, wie diese Erklärung *vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden konnte*.  
Ausnahme: Testament. Nur Interessen des Erblassers zählen.

## **Arten der Willenserklärung und ihre Abgabe**

Art. 1, 2 OR:

### **Ausdrückliche Willenserklärung**

Umfasst Handlungs-, Geschäfts-, und Erklärungswillen. Verkaufsgegenstand und Verkaufspreis. Schriftlich, mündlich oder durch klare Körpersignale (nicken).

### **Konkludente Willenserklärung**

Handlungs-, Geschäfts-, und Erklärungswille werden aus dem Verhalten der Person abgeleitet. Nur wenn konkrete schlüssige Anhaltspunkte vorhanden sind, sodass aus Treu und Glauben auf eine Willenserklärung geschlossen werden kann.

### **Schweigen ist keine Willenserklärung**

Art.6 OR. Ausnahme: Vertrag gilt nur dann trotz Schweigen als angenommen, wenn Art. 6a OR greift. Z.B. in einer laufenden Geschäftsbeziehung, in der jede einzelne Bestellung als Willenserklärung aufzufassen ist.

### **Unmittelbare/mittelbare Willenserklärung**

Unmittelbar: das direkte Wort; Gespräch, Telefon, Chat.

Mittelbar: schriftliche Erklärung, für die ein Übermittlungsvorgang notwendig ist.

### **Empfangsbedürftigkeit der Willenserklärung**

Willenserklärung muss vom Empfänger wahrgenommen werden: es wird von ihm meist eine Reaktion verlangt. (Angebot, Annahme, Gestaltungserklärung...)

Willenserklärungen, mit denen die Rechtslage einseitig geändert wird, sind nicht empfangsbedürftig. Einseitige WE reicht. (Testament, Stiftung ...)

### **Zeitpunkt der Willensabgabe**

Der Erklärende kann bis zu diesem Zeitpunkt seine Willensäußerung rechtlich problemlos ungeschehen machen. Auch wichtig wegen Handlungsfähigkeit einer Person oder bei Vorliegen von Willensmängeln. Abgegeben:

- Eine *nicht empfangsbedürftige* WE im Zeitpunkt der Äusserung
- Eine *empfangsbedürftige* WE, wenn der Erklärende mit ihrem Zugang beim Empfänger vernünftigerweise rechnen muss:
- *Unmittelbare* WE: sobald der Wille verständlich formuliert wurde
- *Mittelbare* WE: sobald der Zugang nicht mehr unterbrochen werden kann.

### **Zugang der Willenserklärung (Zugangsprinzip)**

Wichtig für:

- Fristen
- Ab und bis wann ein Erklärender an seine Erklärung gebunden ist
- Ob eine Willenserklärung widerrufen werden kann (Art. 9 OR)

Zugang = Zeitpunkt, in dem die Willenserklärung:

- In den *Machtbereich des Empfängers* gelangt
- Der Erklärende unter normalen Umständen davon ausgehen kann, dass der Empfänger davon Kenntnis nehmen kann (*Zugangsprinzip*)
- Nicht relevant ist, wann Empfänger tatsächlich Kenntnis erlangt hat.

**Machtbereich des Empfängers** ist jeder Ort auf den der Empfänger grundsätzlich jederzeit und selbständig zugreifen kann.

In der **Praxis**:

- **Privater Brief**: wenn in Briefkasten geworfen wurde und damit gerechnet werden konnte, dass der Briefkasten geleert wird. (Wenn man weiss, dass Empfänger in Urlaub ist, dann wenn man Rückkehr erwarten kann.)
- Wenn **Dritter** im Einverständnis mit Empfänger Briefkasten leert und Brief nicht weiterleitet, gilt Brief trotzdem als zugestellt.

- Der **eingeschriebene Brief** erfolgt mittels Zustellungsnachweis. Kann er nicht zugestellt werden, gilt er als zugestellt, sobald der Empfänger mittels Avis informiert wurde und der Brief 7 Tage abholbereit bei der Post ist.
- **E-Mail** Briefkasten muss nur regelmässig geleert werden, wenn E-Mailadresse einem grösseren Personenkreis bekannt gemacht wurde oder wenn Empfänger von einer spezifischen Person Willenserklärung erwartet.
- **Fax** gilt als zugestellt, wenn der Druckvorgang abgeschlossen ist.
- **Anrufbeantworter**-Nachricht gilt mit dem Ende der Aufzeichnung als zugestellt
- Willenserklärung kann auch einer **Hilfsperson** zugestellt werden.

### **Zugangshindernisse**

Empfänger kann geneigt sein, den Zugang zu behindern/verweigern.

- War Empfänger berechtigt, Zugang zu behindern (z.B. weil Brief nicht ausreichend frankiert war) gilt die WE als nicht zugestellt.
- War Empfänger dazu nicht berechtigt, wird Zustellung fingiert.

→ All diese Regeln sind dispositiv.

### **Auslegung des äusserlich erkennbaren Erklärungstatbestands** **(Vertrauensprinzip)**

Wenn Missverständnisse, ist der tatsächliche Wille des Erklärenden zu ermitteln.

Art. 18, 1 OR: der wirkliche Wille der Parteien ist massgebend.

Es ist die Frage zu untersuchen, wie der Erklärungsempfänger die Willenserklärung verstehen durfte.

- Nach dem Vertrauensgrundsatz sind Willenserklärungen der Parteien so auszulegen, wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durften und mussten.

Es geht nicht um einen verständigen Dritten, sondern konkret der Empfängerhorizont des betroffenen Erklärungsempfängers. → „**versubjektivierte**“ **objektive Betrachtungsweise**.

### **Normatives Verständnis der Willenserklärung:**

#### **2 Prüfungsschritte**

- *Wie hätte er es verstehen müssen (Treu & Glauben)*  
Hat der Erklärungsempfänger alles ihr unter Würdigung von Treu und Glauben Zuzumutende getan, um den Erklärenden richtig zu verstehen?
- *Verständnis des verständigen Dritten*  
Wie konnte die Erklärungsempfängerin die Willenserklärung als vernünftig denkender und redlich urteilender Mensch unter Berücksichtigung ihrer Fachkenntnisse verstehen?

### **Auslegungsgrundsätze:**

Die konkreten Umstände, örtliche Gegebenheiten, berufs- und fachspezifische Kenntnisse...

Führt die Auslegung zu einer Differenz zum tatsächlichen Verständnis des Erklärungsempfängers, ist das hypothetische Verständnis massgebend. (Er versteht „A“, nach Auslegung mit den 2 Prüfungsschritten ergibt sich „B“ : „B“ gilt.)

**Normatives Verständnis** = hypothetisches Verständnis, wenn Erklärungsempfänger und Drittbetrachter zum selben, von der tatsächlichen Erklärung abweichenden, Ergebnis gelangen.

**Mentalreservation** = Willenserklärung wird unter geheimen Vorbehalt abgegeben („Ich schenke dir das nur, wenn du mich heiratest“), Bindungswille fehlt. Auch bei Scherzerklärung fehlt der Bindungswille.

*Trotzdem ist in beiden Fällen der Empfängerhorizont massgebend*

### **3. Kapitel: Vertragsschluss**

Der Vertrag kommt erst zustande, wenn mindestens 2 Willenserklärungen abgegeben werden: das Angebot und das Akzept.

#### **Angebot und Annahme**

##### **Das Angebot (Offerte)**

Der Antragssteller unterbreitet dem Angebotsempfänger seinen Willen zum Abschluss eines Vertrages: **empfangsbedürftige Willenserklärung**.  
Muss **klar und deutlich** sein, so dass Empfänger mit blosser Zustimmung Vertrag abschliessen kann.

**Bindungswille:** nur wenn vorhanden, ist es ein Angebot.

- Parteien können sich vor den Verhandlungen über Bindungswillen einigen (letter of intent)
- Unternehmen kann Offertenstellung auffordern, Art. 7,1 OR. UN kann dann entscheiden mit wem und ob sie überhaupt ein Angebot annehmen wollen.
- Versenden von Tarifen, Preislisten, Art. 7,2 OR, ist Offerte. Erst wenn Kunde mit Korb an Kasse kommt, ist es ein Angebot.
- Auslagen von Waren mit Preisangaben sind Antrag, Art. 7,3 OR.

##### **Web-Angebot**

Wenn die Webseite so aufgebaut ist, dass UN jederzeit Angebot wie Auslage aus dem Netz nehmen kann, dann ist es ein Angebot. Allgemeine Warenanpreisung ist wie Prospekt, also kein Angebot.

##### **Unbestellte Ware**

Ist kein Angebot, Art.6a OR.

##### **Essentialia Negoti**

Alle wesentlichen Vertragspunkte, die in einem Angebot enthalten sein müssen.

- *Person des Angebotsempfängers:* in Ausnahmefällen auch unbestimmt möglich, z.B. Auslage
- *Vertragstypus:* Kauf, Darlehen?
- *Leistung und Gegenleistung:* müssen zumindest bestimmbar sein.

**Ein einmalig geäussertes Angebot ist für die Dauer der Bindung unwiderruflich**

Bei Annahme des Angebots kommt der Vertrag zustande.

### **Fristansetzung**

- Wenn Anbieter eine Frist setzt, so gilt sie. Art. 3 OR.
- Ohne Fristansetzung:
  - Antrag unter Anwesenden muss sogleich angenommen werden, Art. 4 OR.
  - Antrag unter Abwesenden: Anbieter ist solange gebunden, wie er den Eingang eines Akzeptes bei ordnungsgemässer Absendung erwarten darf, Art. 5,1 OR.
- Der Anbieter kann die Bindung ganz ausschliessen, indem er sich den Widerruf des Vertrags vorbehält. Art. 7,1 OR. („nur solange Vorrat reicht“ etc.)

### **Erlöschen des Angebots**

Ablehnung durch Empfänger oder Fristablauf.

Art. 5,3 OR: Akzept wurde rechtzeitig abgesandt, Anbieter möchte nicht mehr gebunden sein. Muss Empfänger sofort informieren.

Jede Abänderung des Angebots gilt als dessen Ablehnung und als neues Angebot. Auch eine verspätet eintreffende Annahmeerklärung bildet grundsätzlich ein neues Angebot.

### **Die Annahme (Akzept)**

Ist ebenfalls eine **empfangsbedürftige Willenserklärung**.

Muss alle objektiven und subjektiven **Essentialia negoti** enthalten.

Art. 2,1 OR.

- Streiten die Parteien während den Vertragsverhandlungen über einen Punkt, so kann davon ausgegangen werden, dass es sich um einen essentialia negoti für sicher eine Partei handelt (subjektiv), und das von der Gegenpartei so angesehen wird.
- Erkennen die Parteien erst nach Vertragsschluss eine Uneinigkeit, und können sie sich nicht einigen, so ergänzt der Richter den Vertrag, Art. 2,2 OR.

### **Beweislast zulasten des Antragempfängers**

Muss beweisen, dass ein für ihn objektiv unwesentlicher Punkt subjektiv wesentlich ist.

Akzept darf nur „**Ja**“ sein. Alles andere ist Ablehnung und evt. neues Angebot.

### **Form**

- Ausdrücklich oder konkludent (Realakzept)
- Keine besondere Form
- Stillschweigen ist grundsätzlich kein Akzept, Ausnahme Art. 6 OR.

### **Zustandekommen des Vertrags**

Der entscheidende Zeitpunkt ist der Zugang des Akzeptes. Zustandekommen fällt jedoch nicht zwingend mit der Gestaltungswirkung des Vertrags zusammen. Z.B. Art. 10 OR: wird zurückdatiert auf Zeitpunkt der Absendung des Akzeptes.

Treffen Angebot/Akzept und der entsprechende Widerruf gleichzeitig ein, so gilt das Angebot/Akzept als nicht erfolgt. Die Willenserklärung des Angebots/Akzepts ist erst nach deren Zugang verbindlich.

Transport Angebot	Bedenkzeit	Transport Akzept	
Äusserung Angebot	Zugang Akzept	Äusserung des Akzepts	Zugang Angebot

Verschiedene Sonderfälle jedoch:

- Kaufmännisches Bestätigungsschreiben
- Ausüben einer Option
- Auslobung und Preisausschreiben
- Submission
- Faktischer Vertrag
- Widerrufsrecht bei Konsumentenverträgen

### **Konsens und Dissens**

**Konsens** = übereinstimmende Willenserklärungen, die auf den Abschluss eines Vertrages zielen und wurden rechtzeitig ausgetauscht.

- **Natürlicher (tatsächlicher) Konsens:** die Parteien wollten tatsächlich das gleiche
- **Normativer (rechtlicher) Konsens:** erst durch Vertrauensprinzip sich ergebende, vom tatsächlichen Verständnis abweichende Verständnis.

Beide Arten führen zum Abschluss eines Vertrages.

**Dissens:** wenn der Konsens nicht zustande gekommen ist. Kann offen oder versteckt auftreten.

### **Mentalreservation, Scherzerklärung**

In beiden Fällen fehlt der Bindungswille, die Erklärungen sind trotzdem verbindlich, ausser der Erklärungsempfänger konnte den Vorbehalt aufgrund der Auslegung des Vertrauensprinzips erkennen.

### **Scheingeschäft**

Beide Parteien geben Erklärungen ohne Bindungswille ab. Dritte sollen getäuscht werden.

**Art. 18,1 OR:** das simulierte Geschäft ist unwirksam. Das dissimulierte Geschäft ist für beide Parteien verbindlich, sofern es nicht gegen Formvorschriften verstösst.

## **Sonderfälle des Vertragsschlusses**

### **Vorvertrag**

Art. 22, 1 OR: zwei Parteien beschliessen den Abschluss eines Hauptvertrages. Der Vorvertrag muss die essentialia negotii des Hauptvertrages enthalten.

Vorverträge können sinnvoll sein bei:

- Bürgschaften
- Wenn zeitlich beschränkt oder inhaltlich bedingt
- Architekten- und Unternehmensklauseln, Art. 112 OR.

### **Rahmenvertrag**

Verträge, in denen sich die Parteien auf einzelne Bedingungen für künftig abzuschliessende Verträge einigen, jedoch i.d.R. keine Abschlusspflicht übernehmen.

### **Kontrahierungszwang**

Pflicht einer oder beider Parteien, mit einer bestimmten Person einen Vertrag abzuschliessen. Damit kann die Partei nicht mehr frei über den Vertragsschluss entscheiden. Beruht auf Gesetz oder Vertrag. (z.B. Händler verpflichtet sich vertraglich, keine Konkurrenzprodukte zu verkaufen).

Beispiele für gesetzlichen Kontrahierungszwang:

- Öffentliches Transportwesen
- Bewirtungszwang und Beherbergungspflicht
- Kartellrecht
- Strafrecht (Abschluss des Vertrages nicht von Hautfarbe abhängig machen)
- Persönlichkeitsrecht und Sittenwidrigkeit (Persönlichkeitsverletzung)

### **Kaufmännisches Bestätigungsschreiben**

Eine Partei bestätigt der anderen den Inhalt eines Vertrages, der vorher mündlich vereinbart wurde.

Widerspricht der Empfänger innerhalb angemessener Frist dessen Inhalt, so gilt das Schreiben als nicht genehmigt.

Wenn kein Widerspruch, dann zwei Wirkungen:

- Empfänger muss *beweisen*, dass mündlich etwas anderes vereinbart wurde
- Liegen die entsprechenden Voraussetzungen vor, ist ein Gegenbeweis einer abweichenden mündlichen Vereinbarung nicht mehr möglich, *Inhalt des Bestätigungsschreibens geht vor*.

### **Option**



Möglichkeit einer Partei, durch einseitige Willenserklärung einen Vertrag zu begründen. → Gestaltungsrecht dieser Partei.

Vertrag kann nur zustande kommen, wenn entweder die andere Vertragspartei diese Option eröffnet hat oder das Gesetz dies vorsieht. Z.B. Vorverkaufsrecht an Miteigentümer eines Grundstücks gegenüber Nichteigentümer.

### **Auslobung und Preisausschreiben**

Art. 8 OR.

**Auskündigung:** Der Auslober verspricht Belohnung für die Vornahme einer Leistung.

- Wie Angebot
- kann gegenüber jedermann oder bestimmtem Personenkreis erfolgen, aber *niemals gegenüber spezifischen Person*.
- Bedarf *keiner Annahme*
- Auslober ist frei, die versprochene Leistung im Rahmen des Gesetzes selbst festzulegen.
- Auslobung nur demjenigen, der Leistung im Wissen um die Auslobung erbracht hat.
- *Kann jederzeit widerrufen werden*, Art. 8, 2 OR. Dabei ist Ersatz zu leisten an den, der bereits Aufwendungen in guten Treuen erbracht hat.
- Die Forderung entsteht im Zeitpunkt, wenn die Leistung erbracht wurde.

### **Preisausschreiben**

Auslober erwartet zwar mehrere Leistungen, doch nur eine oder beschränkte Anzahl Leistungen wird prämiert.

### **Submission – Ausschreibung**

Einladung offen oder an Kreis von Bietern. Das beste Angebot möchte ermittelt werden.

Verfahren: Antrag der interessierten Unternehmen, ihnen werden detaillierte Unterlagen zugesandt.

Nach Abschluss des Vorverfahrens ist der Kreis der Personen namentlich bestimmt (**Unterschied zu Auslobung!**)

Braucht faires Verhalten, Transparenz.

### **Faktischer Vertrag**

Die Anwendung vertraglicher Regeln wird gerechtfertigt, obwohl es gar keinen Vertrag gibt. (z.B. Willenserklärung fehlt).

Es gibt zwei Fälle:

- Parteien entdecken versteckten Dissens, der den Vertragsschluss verhindert hat
- Parteien wollten Dauerschuldverhältnis begründen und erfüllen es auch, bis sie Nichtigkeit ihres Vertragsverhältnisses entdecken.

→ Die Parteien hatten einen (angeblichen) übereinstimmenden Willen für einen Vertragsschluss, dieser führte jedoch nicht zu einem rechtsgültigen Vertrag.

Lückenfüllung oder teleologische Reduktion von Dauerschuldverhältnissen.

### **Abstraktes Schuldbekenntnis**

Art. 17 OR.

Der Schuldner anerkennt den Bestand einer Forderung des Gläubigers, ohne dass aus diesem Schuldbekenntnis der Rechtsgrund für diese Forderung genannt oder ersichtlich ist.

*Einseitiger Vertrag.*

**Positives Schuldanerkenntnis:** X macht Parkettboden kaputt und will 500.- pauschal zahlen.

**Negatives Schuldanerkenntnis:** Gesellschaft darf gegenüber Verwaltungsrat in bestimmten Zeitraum keine Forderungen insb. wegen Haftung geltend machen.

*Die konkrete Schuld wird durch eine abstrakte Schuld abgelöst.*

Schuldner hat Beweislast bez. Verbindung Schuld und Schuldbekenntnis.

### **Vertragsschluss bei Konsumentenverträgen**

Soweit CH ihr Recht an EU-Recht angepasst hat, ist die dortige Rechtsprechung der Mitgliedsstaaten sowie des EuGH in der Auslegung zu berücksichtigen.

Drei zivilrechtliche Schutzvorschriften des Konsumentenrechts

- Formvorschriften
- Vorschriften über den Inhalt des Vertrages
- Vorschriften, die dem Konsumenten eine Bedenkfrist einräumen

#### **Anwendungsbereich des Konsumentenschutzrechts**

Um Begriff des Konsumenten zu klären prüft man 3 Faktoren:

- Die Personen der vertragsschliessenden Parteien
- Vertragsgegenstand
- Umstände des Vertragsschlusses

#### **Haustürgeschäft (Art. 40a ff. OR)**

*Zweck: Schutz vor Überrumpelung*

Verkäufer muss Käufer schriftlich auf das Widerrufsrecht informieren damit:

- Nachgewiesen werden kann, wann informiert wurde
- Kunde wirklich davon Kenntnis genommen hat
- Kunde weiss, an wen er den Widerruf zu richten hat.

**Beweislast** liegt beim Verkäufer, Art. 40e Abs. 3 OR. **Schriftlichkeit** ist faktisch vorgeschrieben.

#### **Partnerschaftsvermittlung (Art. 406a ff. OR)**

Bedenkzeit wird eingeräumt, bis der Vertrag seine Wirkung entfaltet. 7 Tage aufschiebend bedingt abgeschlossener Vertrag.

#### **Konsumkredit**

Schriftlichkeit wird verlangt und umfassende Information bezüglich Folgekosten und zeitlich limitiertes Widerrufsrecht.

## **4. Kapitel: Vertragsauslegung – Allgemeine Geschäftsbedingungen**

### **Die Auslegung eines Vertrages**

Es wird unterschieden zwischen Auslegung, Vertragsergänzung und Vertragsanpassung.

Die einen Vertrag auslegende Person (Richter) wird letztendlich nicht verhindern können, einen subjektiven Entscheid zu fällen.

### **Grundlage: Auslegung der Willenserklärungen**

Die Willenserklärungen müssen ausgelegt werden, damit die einzelnen obligatorischen Verpflichtungen der Parteien festgestellt oder normativ festgelegt werden können.

Grundlage bildet das *Verständnis des Gesamtkonzepts des Vertrages*.

### **Auslegungsstreit vs. Konsensstreit**

Konsensstreit: es lag ein versteckter Dissens vor, der dazu führen kann, dass die Parteien gar keinen Vertrag geschlossen haben.

Auslegungsstreit: Im Rahmen der Auslegung ergibt sich, dass die Parteien einen Vertrag geschlossen haben, aber sie sind sich uneinig über den Inhalt.

Es liegt weitgehend an den Parteien, ob sie (zuerst) einen Konsensstreit oder (gleich) einen Auslegungsstreit führen wollen. (beim K'streit kommt kein Vertrag zustande, beim A'streit geht es nur um die Auslegung des Inhalts).

- Je weiter fortgeschritten die Vorbereitungshandlungen sind, desto weniger wird ein Dissens angenommen.
- Dritte können sich bereits auf den Bestand des Vertrages verlassen haben und nun Schadenersatz fordern
- Die Parteien können ungeachtet des Streits ein erhebliches Interesse an der Vertragsfortführung haben (z.B. Bau eines Hauses).

### **Konsensstreit**

Der Dissens muss sich auf die essentialia negotii beziehen, weil Nebenpunkte die Wirksamkeit des Vertrages nicht hindern.

Es geht um die **Auslegung der ausgetauschten Willenserklärung**. Sind so auszulegen, wie sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in guten Treuen verstanden werden konnten.

- Primär das tatsächliche Verständnis
- Sekundär das normative Verständnis der Willenserklärung

### 1. Prüfungsstufe

*Treu und Glauben*: wird schwierig sein abzuschätzen, ob das nun aufgetauchte Verständnisproblem nicht doch bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses hätte geklärt werden und zu Nachfragen Anlass geben müssen.

### 2. Prüfungsstufe

Wie ein *verständiger Dritter* die Erklärung verstanden hätte. Ist im Wissen um das aufgetauchte Verständnisproblem nachträglich nur schwer einzuschätzen.

### **Faktisches Vertragsverhältnis**

Wenn die Vertragsparteien bereits Aufwendungen getätigt haben, obwohl der Vertrag schlussendlich wegfällt, ist für diese Zeit ein faktisches Vertragsverhältnis anzunehmen, das nun aufgelöst werden muss.

→ Es wandelt sich um in ein Rückabwicklungsverhältnis, Art. 107-109 OR. Die Parteien haben Anspruch auf Rückgabe der bereits geleisteten Leistungen bzw. auf Schadenersatz.

### **Auslegungsstreit**

**Ziel der Auslegung**: den tatsächlichen Willen der Parteien zu ermitteln. Kann er nicht ermittelt werden, soll in einer normativen Auslegung der hypothetische Wille ermittelt werden.

### **Subjektive und normative (objektive) Auslegung**

Subj: was die Parteien wirklich gewollt haben.

Nur wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, ist der Vertrag nach dem Vertrauensgrundsatz auszulegen. Die empirische/subjektive hat gegenüber normativen/objektiven den Vorrang.

### **Normative Auslegung**

Feststellung, was vernünftig und korrekt handelnde Parteien unter den gegebenen Umständen durch Worte oder sonstiges Verhalten ausgedrückt und somit gewollt haben würden. → man gibt dem mutmasslichen Willen der Parteien einen sachgerechten, vernünftigen Inhalt. Es geht nicht um die inhaltliche Korrektur, der tatsächliche Wille geht vor!

Im Mittelpunkt steht der Vertrag als Ganzes, nicht die einzelnen Willenserklärungen.

### **Auslegungsmittel und Auslegungsregeln**

Durch Objektivierung wird eine gewisse Berechenbarkeit der Auslegung gesichert. Das Ziel ist, die Interessen/das Vorverständnis der auslegenden Person zurückzudrängen.

- **Mittel**: woran eine Auslegung geknüpft wird. Richter muss einen Ankerpunkt im Vertragsverhältnis anführen, z.B. Wortlaut, die Umstände...
- **Regeln**: die Argumentationslinien werden vorgezeichnet; wie die Mittel auszulegen sind, welche Bedeutung ihnen zuzurechnen ist...

**Auslegungsmittel:** Ausgangspunkt bildet der Wortlaut, entscheidend ist aber der ermittelte Wille! 2 Grundsätze:

- Wortsinn: Fachsprache, allg. Sprachgebrauch? Konkrete Umstände? Mehrere Sprachen?
- Systematik: Einbettung in die Gesamtheit.

**Umstände:** Verlauf der Verhandlungen, Ort, Zeitpunkt, Interessenlage, Verhalten der Parteien...

**Verkehrsauffassung und -übung:** dient als Auslegungsmittel unklarer Vertragsklauseln oder im Vertrag nicht erwähnter Punkte. Zentrales Element bildet dabei das fachspezifische Vorverständnis der Parteien.

### **Auslegungsregeln**

- Für die Auslegung ist auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses (ex tunc) abzuschliessen.
- Treu und Glauben: Auslegung soll aber nicht zum Ziel haben, zwischen den Vertragsparteien eine Art „Vertragsgerechtigkeit“ herzustellen.
- Keine formalistische Auslegung, es geht um die Erfassung des „Geistes“ des Vertrags.
- Verträge dürfen zwingende Bestimmungen nicht verletzen, das dispositive Recht bildet aber eine Art Leitlinie
- Die Parteien können die Auslegung ihrer Verträge in den Schranken des Gesetzes selber einschränken. Aber es ist nicht möglich, die Berücksichtigung von Auslegungsmitteln/-regeln ausserhalb des Wortlautes vertraglich auszuschliessen

### **Auslegung über den Vertrag hinaus**

Weil: Vertrag lückenhaft oder die Verhältnisse im Umfeld des Vertrages haben sich stark verändert.

### **Vertragsergänzung**

Gericht kann sich nicht mehr auf Willen der Parteien stützen, sondern muss verbindlich festlegen → Entscheidungszwang.

Das wichtigste Leitbild zur Ergänzung eines Vertrages: Dispositives Recht

Die Grenzen sind aber, dass das dispositive Recht einen ausgewogenen Interessenausgleich darstellen muss: Wird geprüft mittels hypothetischem Vertragswillen.

Manchmal muss Richter selbst Regel finden, wenn kein disp. Recht vorhanden.

- Vertrag darf nicht ohne nachvollziehbare Gründe gegen das unmittelbar anwendbare dispositive Recht ausgelegt werden
- Die Ergänzung darf sich nicht auf einen obj. wesentlichen Vertragspunkt beziehen, da sonst gar kein Konsens vorliegt.
- Richter hat vom Bestand des Vertrages auszugehen
- Die Ergänzung bei Dauerschuldverhältnissen kann sich nur auf die Vergangenheit beziehen.

### **Vertragsanpassung (clausula rebus sic stantibus)**

Vertrag ist weder auslegungsfähig noch lückenhaft. Aber Verhältnisse, die Grundlage für den Abschluss und Bestand eines Vertrages gebildet haben, haben sich grundlegend geändert.

- Rüttelt am Grundsatz „pacta sunt servanda“
- **Lückenfüllungstheorie:** Vertragsanpassung ist deshalb notwendig, weil es die Parteien unterlassen haben, diese veränderten Umstände zu regeln. Unterfall der Vertragsergänzung.
- **Rechtsmissbrauchstheorie:** Vertragsanpassung lässt sich nur rechtfertigen, wenn das Beharren einer Partei auf die Geltung eines Vertrages einen offenbaren Rechtsmissbrauch darstellen. Ergibt sich aus Treu und Glauben.

Voraussetzungen:

- Fehlende Vorhersehbarkeit (nicht mal im Ansatz)
- Äquivalenzstörung (zwischen den Austauschleistungen des Vertrags)

Art der Anpassung

Auflösung, Verkürzung, Verlängerung, inhaltliche Anpassung.

### **Auswirkungen auf formbedürftige Verträge**

Wenn ein formbedürftiger Vertrag formungültig ist, ist jede Vertragsergänzung von vorneherein ausgeschlossen. In anderen Fällen spricht nichts gegen eine Vertragsergänzung, auch wenn die Lücke einen Punkt betrifft, der formbedürftig gewesen wäre.

Im 1. Schritt muss der Richter der Vertrag anhand der vorstehenden Grundsätze auslegen, ergänzen, anpassen. Erst dann stellt sich die Frage nach den Formvorschriften.

### **Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)**

**Voraussetzungen**

- Für eine Vielzahl von Verträgen geschaffen
- Von einer Partei vorformuliert
- Der anderen Partei einseitig gestellt

Mit den AGB kann eine Partei:

- Ihre Geschäftsbeziehungen rationalisieren
- Ihre Vertragsbeziehungen umfassend und nach ihren Interessen regeln (Spezialisierungseffekt)
- Ihre Interessen durchsetzen und das Risiko auf den Vertragspartner abwälzen

*Kann zu Macht-/Informationsungleichgewicht führen (zulasten der anderen Partei).*

**Spezifische Auslegungsregeln:**

*AGB werden von einer Partei vorbereitet und stehen definitionsgemäss bei Verhandlungen nicht zur Disposition → muss in Auslegung berücksichtigt werden!*

**Form**

Ist nicht entscheidend

### **Vielzahl von Verträgen**

AGB dürfen nicht für einen einzigen konkreten Vertrag ausgearbeitet worden sein. Müssen aber auch noch nicht für Vielzahl von Verträgen angewendet worden sein, entscheidend ist der Wille des Autors/Verwenders, die Bestimmungen für andere Verträge noch einzusetzen!

### **Vorformuliert**

Vertragsbedingungen müssen vorformuliert sein, egal von wem.

### **Einseitig gestellt**

Die andere Partei muss vor vollendete Tatsachen gestellt worden sein und keine Möglichkeit gehabt haben, über den Vertragsinhalt zu verhandeln. Ist auch erfüllt, wenn Vertragspartner im Formular zwischen Spezifikationen der Vertragsleistung wählen konnte. → „c'est à laisser ou à prendre“

## **Überprüfung der AGB in vier Stufen**

Verwender von AGB kann seine stärkere Position ausnutzen. Deswegen 4 Prüfungsschritte:

- Wurden die AGB in das Vertragsverhältnis einbezogen?
- Erlangen die AGB oder einzelne Klauseln der AGB überhaupt Wirkung?
- Welche besonderen Auslegungsregeln sind auf die AGB anwendbar?
- Wie sind die AGB inhaltlich zu beurteilen?

**=Einbezugskontrolle, Geltungskontrolle, Auslegungskontrolle, Inhaltskontrolle .**

### **Einbezug der AGB in das Vertragsverhältnis**

Der Vertragspartner muss ausdrücklich auf die AGB aufmerksam gemacht werden (grafisch reicht auch, auffällige Gestaltung etc.)

Ist die sanfteste Art der Kontrolle. Anforderungen im kaufm. Verkehr sind geringer anzusetzen als im Verkehr mit Konsumenten.

- Wurde der Vertragspartner auf die AGB hingewiesen?
- Hatte der Vertragspartner vor Vertragsschluss die Möglichkeit, die AGB zur Kenntnis zu nehmen?
- War die Kenntnisnahme für den Vertragspartner zumutbar?

Nicht entscheidend ist die Frage, ob der Partner die AGB tatsächlich zur Kenntnis genommen hat.

### **E-Commerce und Pauschalreise**

Notwendigkeit, dass Internetnutzer a) ABG ohne grossen Aufwand zur Kenntnis nehmen kann, b) AGB und Vertrag herunterladen und speichern kann und c) vor endgültigem Vertragsschluss Warnung erhält, dass er Vertrag schliessen wird.

### **Battle of forms**

Problem, dass ein UN dem Vertrag seine Einkaufsbedingungen, das andere UN demselben Vertrag seine Verkaufsbedingungen zugrunde legen will. 2 Theorien:

- Die zuletzt aufgerufene AGB (z.B. in der Auftragsbestätigung) wird angewendet

- Kein Konsens liegt vor, die widersprüchlichen Teile müssen durch Lücke gefüllt werden.

Beispiel: Zeitpunkt des Gefahrenübergangs: Vertragsschluss/Ablieferung Sache

### **Geltungskontrolle**

Prüfen, ob einzelne Bestimmungen der AGB überhaupt Geltung erlangen können.

### **Individualvereinbarung**

Wichtigstes Argument gegen die Geltung einer spezifischen AGB-Klausel ist der Bestand einer abweichenden Individualvereinbarung. Geht der AGB-Klausel vor.

### **Ungewöhnlichkeitsregel**

AGB-Klausel bleibt unverbindlich, wenn der Empfänger mit einer solchen Klausel vernünftigerweise nicht rechnen konnte und dies nach Treu und Glauben auch nicht musste. Greift, wenn weder Bestand noch Geltung des gesamten Vertragswerkes, sondern allein eine spezifische – überraschende – AGB-Klausel im Streit steht.

Geltungskontrolle knüpft am klassischen Vertragsrecht an, doch schwingt hier das Pendel bereits deutlich zu einer Inhaltskontrolle zugunsten des AGB-Empfängers.

### **Auslegungskontrolle**

#### **Spezielle Auslegungsregeln: 3 Auslegungsgrundsätze**

- Zwar ist AGB-Klausel auch nach dem allg. Sprachgebrauch auszulegen, jedoch wird der **Empfängerhorizont** auch betrachtet: so wie sie ein branchentypischer Vertragspartner verstehen würde.
- Orientierung am dispositiven Recht, im Zweifel darf der Empfänger nicht schlechter gestellt werden als das dispositive Recht (**Restriktionsgrundsatz**)
- Diejenige Auslegungsvariante ist zu wählen, die den AGB-Empfänger besser stellt (*in dubio contra stipulatorem*)

### **Inhaltskontrolle**

#### **Einseitige Vertragsklauseln**

Je stärker das Macht- und Informationsungleichgewicht zwischen den Parteien ist, desto grösser ist die Gefahr, dass der Verwender einseitig die vertraglichen Risiken auf den Vertragspartner abwälzt.

In CH wird diskutiert, ob eine weitergehende Inhaltskontrolle durch den Richter zulässig ist. Gibt aber Art. 8 UWG, Richter kann Vertrag inhaltlich auf die Frage untersuchen, ob dieser eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsieht.

#### **Alternativen**

Rechtsmissbrauchsverbot Art. 2, 2 ZGB oder Art. 19 und 20, 1 OR (nichtiger Inhalt).



## 5. Kapitel: Gültigkeitsvoraussetzungen (Form und Inhalt) – Übervorteilung

### Form des Vertrages

#### **Grundsatz der Formfreiheit, Art. 11, 1 OR**

Kann eingeschränkt werden entweder durch Formvorschrift im Gesetz oder die Parteien selbst behalten sich eine besondere Form vertraglich vor (Art. 16 OR)

#### **Die gesetzlichen Formvorschriften**

Besondere Form für:

AT: Zession

BT: Grundstückkauf, Schenkungsversprechen, Handelsreisendenvertrag, Konsumkreditgeschäft.

#### **Nachträgliche Änderung**

Art. 12 OR, grundsätzlich die auf den betreffenden Vertrag anwendbaren gesetzlichen Formvorschriften.

#### **Form beim Vorvertrag**

Art. 22, 2 OR. Gleiche Form wie der Hauptvertrag

#### **Zweck der besonderen Formvorschrift**

- *Rechtssicherheit*: Schaffung eines Beweismittels → **Sicherungsfunktion**
- *Schutz der Vertragsschliessenden*: die Parteien sollen vor übereiltem Handeln bzw. Sorglosigkeit geschützt werden → **Warnfunktion**
- **Klarstellungsfunktion**: eine bestimmte Form ist vorgeschrieben, wenn der Vertrag qualifizierte Wirkungen im Rechtsverkehr erzeugt, z.B. wenn er als Grundlage für die Eintragung in ein Register dient. Öff. Urkunden und Register haben verstärkte Beweiskraft.
- **Präzisierungsfunktion**: Vertragsinhalt präziser abfassen, als z.B. bei einer bloss mündlichen Abmachung; der Umfang der Leistungspflicht wird somit genauer umschrieben.

### **Arten gesetzlicher Formvorschriften**

#### **Einfache Schriftlichkeit**

- Willenserklärung erfolgt in Schriftform und ist vom Erklärenden unterzeichnet. (Art. 13-15 OR)
- Schwächste Form. Dient: Sicherungsfunktion und Warnfunktion.
- Wird dauerhaft aufgezeichnet
- Schriftlichkeit bezieht sich nur auf diejenige Partei, welche sich durch die Erklärung verpflichtet.

- Werden durch den Vertrag beide Parteien zu einer Leistung verpflichtet, gilt der Formzwang für beide Erklärungsinhalte

Es ist nicht erforderlich, dass die übereinstimmenden Willenserklärungen auf dem gleichen Schriftstück erfolgen.

### **Unterzeichnung**

- Dient der Bezeichnung der Person und ist die Anerkennung des Erklärungsinhalts und drückt seinen Bindungswillen aus.
- Sofern die Person eindeutig identifiziert werden kann, gelten auch Pseudonyme etc.
- Auch der Vertreter kann unterschreiben.
- Braucht Eigenhändigkeit (Art. 14, 1 OR)

### **Ausnahmen vom Prinzip der Eigenhändigkeit**

Mechanischer Weg, sofern verkehrstüblich. Qualifizierte elektronische Signatur ist der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt.

### **Weitere Kommunikationsmittel**

Fax genügt dem Erfordernis der Schriftlichkeit, E-Mail und SMS nur, wenn qualifizierte elektronische Signatur.

### **Qualifizierte Schriftlichkeit**

Zusätzliche Anforderungen. Stehen im jeweiligen Artikel, z.B. vollumfängliche Eigenhändigkeit beim Testament.

### **Öffentliche Beurkundung**

Strengste Formvorschrift. Bei wichtigen und risikoreichen Geschäften und bei sämtlichen Rechtsgeschäften, welche Grundlage für eine Eintragung in ein öffentliches Register bilden.

Nicht alle Grundstücksgeschäfte bedürfen hingegen der öff. Beurkundung.

Urkundsperson hat zu bestätigen, dass eine Erklärung oder Tatsache von einer bestimmten Person abgegeben worden ist.

**Urkundsperson** hat:

- Äusserungen der Parteien wahrheitsgetreu und vollständig festzuhalten
- Den Parteien den Text persönlich zur Kenntnis zu bringen
- Genehmigung des Textes durch die Parteien entgegenzunehmen
- Angaben: Ort, Datum, Unterschrift, dann Siegelung.

**Amtliche Beglaubigung:** es wird lediglich bestätigt, dass eine Unterschrift von einer bestimmten Person stammt. Sagt hingegen nichts über Kenntnis des Unterzeichnenden vom Text der Urkunde aus.

### **Umfang des Formzwangs**

In den meisten Fällen werden die formbedürftigen Teile nicht vom Gesetz umschrieben. Nach Lehre unterliegen sowohl die *objektiv* als auch *subjektiv wesentlichen* Vertragspunkte dem Formzwang.

Gemäss BGer unterliegen nicht alle subjektiv wesentlichen Punkte dem Formzwang, sondern nur diejenigen, die ihrer Natur nach ein Element des betreffenden Vertragstypus bilden, vertragstypisch sind.

Leistungen des Käufers, die das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung *nicht* berühren, brauchen in der öff. Urkunde nicht erwähnt zu werden.

→ Nicht vertragstypisch und somit nicht dem Formzwang unterstellt ist z.B. eine **Architektenklausel**.

## Rechtsfolgen eines Formmangels

### a) Nichtigkeit

- Einhaltung der Form als **Gültigkeitsvoraussetzung** Art. 11, 2 OR (*Gültigkeitsvorschrift*)
- Der **Umfang der Ungültigkeit** bei Nichtbeachtung von Formvorschriften ist allerdings in der Lehre und Rechtsprechung umstritten, evt. Teilnichtigkeit.
- Bei **Dauerschuldverhältnissen** wird die Nichtigkeit in ihrer Wirkung lediglich auf die Zukunft beschränkt (ex nunc aufgehoben) → die Parteien sind nicht mehr an den Vertrag gebunden, sobald sich eine auf die Formungültigkeit berufen hat.
- Das Gericht muss die Nichtigkeit **von Amtes wegen** beachten → auch nicht am Vertrag beteiligte Personen können sie jederzeit geltend machen, sofern eigenes Rechtsschutzinteresse

### b) Verbot des Rechtsmissbrauchs

die Berücksichtigung der Formnichtigkeit gegen das Prinzip von Treu und Glauben verstösst gegen Rechtsmissbrauchsverbot. Umstände, bei denen dies vorliegt:

#### Beidseitige Erfüllung des formungültigen Vertrages

- Die Berufung auf Formmangel ist rechtsmissbräuchlich, wenn beide Parteien den Vertrag *freiwillig* und *irrtumsfrei* sowie in *Kenntnis des Formmangels* und seiner Folgen *vollständig erfüllt* haben.
- Hauptanwendungsfall: **Grundstückkauf mit Schwarzzahlung**

#### Weitere Umstände

- Wenn die Partei, die sich auf den Formmangel beruft, diesen *arglistig* herbeigeführt oder ihn beim Vertragsschluss bewusst *in Kauf genommen/gewollt* hat.
- Wenn sich die Partei *zweckwidrig* auf den Formmangel beruft (wenn z.B. das Grundstück nach dem Vertragsabschluss eine erhebliche Wertsteigerung erfährt und der VK dann Formungültigkeit geltend macht).

### c) Konversion

OR enthält keine Bestimmungen, Lehre und Rechtsprechung anerkennen sie jedoch.

Bezweckt, das formungültige Rechtsgeschäft in ein **Ersatzgeschäft mit ähnlichem Zweck** umzudeuten. Anstelle des nichtigen Rechtsgeschäfts wird das Ersatzgeschäft als zustande gekommen erachtet. Darf aber nicht weiter gehen als das von den Parteien beabsichtigte Rechtsgeschäft.

### d) Rückabwicklung bei Formungültigkeit

wenn Vertrag die *Formvorschriften verletzt*, *kein Rechtsmissbrauch* vorliegt und eine *Konversion nicht in Betracht kommt*. Rückabwicklung erfolgt gleich wie beim Vertrag, der wegen eines Inhaltsmangels nach Art. 20 OR nichtig ist.

### **e) Haftung bei Formungültigkeit**

Bei Verletzung von Formvorschriften kann eine **Schadenersatzklage** nach den Regeln der culpa in contrahendo geltend gemacht werden.

### **Vertraglich vereinbarte Form**

Die Parteien können vereinbaren, einen an sich formfrei gültigen Vertrag einer bestimmten Form zu unterstellen (Art. 16, 1 OR)

Formell betrachtet ist die **Abrede des Formvorbehalts** *Vertragsbestandteil*. Die Parteien müssen sich darüber spätestens bei Vertragsabschluss einig sein.

Die Berufung auf den Formmangel und damit auf die Ungültigkeit des Vertrages ist nicht möglich.

### **Zwei Vermutungen in Art. 16 OR**

- **Vermutung der Gültigkeitsform (Abs. 1)**  
Man geht davon aus, dass die Parteien, die einen Formvorbehalt vereinbaren, nicht gebunden sein wollen, bevor der Vertrag nicht in der entsprechenden Form abgeschlossen wird. Der Vertrag wird somit erst wirksam, wenn er der vereinbarten Form entspricht.
- **Vermutung der einfachen Schriftlichkeit (Abs. 2)**
- **Änderung und Aufhebung der vertraglich vorbehaltenen Form**  
Die Formabrede kann von den Parteien jederzeit formfrei aufgehoben werden.

### **Schranken der Inhaltsfreiheit (Art. 19 und 20 OR)**

Art. 19, 2 OR: die unabänderlichen Vorschriften

Art. 20, 1 OR die Unmöglichkeit der Leistung, die Widerrechtlichkeit sowie die guten Sitten.

→ Die in Art. 20 OR geregelte Rechtsfolge der (Teil-)Nichtigkeit findet nicht nur auf die in diesem Artikel genannten Fälle Anwendung, sondern auf alle Fälle, welche unter Art. 19 subsumiert werden können.

### **Unmöglichkeit**

Wenn der Schuldner seine Vertragsleistung nicht erbringen kann.

### **Gründe der Unmöglichkeit**

- **Tatsächliche Unmöglichkeit**  
Wenn die Leistung aufgrund der Naturgesetze nicht (mehr) erbringbar ist. Bei Stückschulden wird die Leistung der Speziessache mit deren Untergang unmöglich, bei einer Gattungsschuld wenn die gesamte Gattung untergeht. (z.B. ganze Ernte eines Bauern wird überflutet)

- **Rechtliche Unmöglichkeit**  
Wenn der Vertrag eine vom Gesetz nicht zugelassene Rechtsfolge herbeiführt
- **Wirtschaftliche Unmöglichkeit**  
Wenn der Schuldner seine Leistungspflicht aus Gründen der Zumutbarkeit nicht erbringen kann. So ist der Verkäufer aus wirtschaftlichen Gründen nicht zur Bergung einer Ladung Bananen verpflichtet, die aufgrund eines Flugzeugabsturzes über eine Fläche von vielen Quadratkilometern Dschungel verstreut sind.

### **Objektive und subjektive Unmöglichkeit**

Obj: wenn die versprochene Vertragsleistung von niemandem mehr erbracht werden kann. Z.B. bestimmte Vase, die verkauft werden sollte, ist zerstört.

Subj: wenn nur der Schuldner sie nicht erfüllen kann. Z.B. Vase gehört einem Dritten, und der will sie nicht herausgeben, oder es gab einen Doppelverkauf.

Höchstpersönliche Leistung: objektive Unmöglichkeit tritt hier bereits ein, wenn Schuldner nicht persönlich die Leistung erbringen kann.

Absolute Fixgeschäfte: die nicht termingerechte Leistung führt zur objektiven Unmöglichkeit.

### **Anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit**

Unterscheidung bezieht sich auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.

### **Geltungsbereich von Art. 20,1 OR**

- *Die anfängliche objektive Unmöglichkeit (s.o.)*
- *Die anfängliche subjektive Unmöglichkeit* (wenn nur gerade der Schuldner die Leistung nicht erbringen kann, Regeln nach Art. 97ff. OR)
- *Die nachträgliche Unmöglichkeit*, es gibt keinen Unterschied obj/subj, es wird unterschieden, ob eine der Parteien das Leistungshindernis verschuldet hat oder nicht. Trifft keine der Parteien ein Verschulden: Folgen nach Art. 119 OR. Hat einer der Schuldner verschuldet: Folgen nach Art. 97ff. OR

### **Ausnahmen vom Geltungsbereich von Art. 20, 1 OR.**

- Vertragliche Zuweisung des Risikos der Unmöglichkeit  
Durch Auslegung des Vertrages kann sich ergeben, dass die Parteien das Risiko der objektiven Unmöglichkeit der Leistung bewusst einer Partei zugeordnet haben, womit Art. 20, 1 OR verdrängt wird. Z.B. jemand kauft Fohlen, dass noch im Mutterleib ist. Käufer trägt evt. Risiko der Totgeburt.

### **Rechtswidrigkeit**

### **Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit**

Es kann sein, dass eine widerrechtliche Vereinbarung nach Vertragsschluss, aber vor gerichtlicher Beurteilung durch eine Gesetzesänderung rechtmässig wird. Die Nichtigkeit bleibt aber weiterhin bestehen und wird nicht nachträglich geheilt.

### **Spätere Rechtswidrigkeit**

Im umgekehrten Fall. Der Nichtigkeit steht nun das Rückwirkungsverbot entgegen. Vertrag ist nichtig, wenn es um Bestimmungen geht, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen erlassen wurden.

### **Persönlichkeitsverletzung**

Geht unter Verstoss gegen die guten Sitten

### **Verstoss gegen ausländisches Recht**

Grundsätzlich keine Rechtswidrigkeit nach Art. 20, 1 OR, kann aber evt. Grund für Sittenwidrigkeit sein.

! Widerrechtlichkeit nach Art. 19/20 OR  $\neq$  Widerrechtlichkeit im Deliktsrecht!

### **Zwingendes und teilzwingendes Privatrecht**

Abweichungen vom dispositiven (abänderlichen) Recht können per definitionem nicht widerrechtlich sein.

### **Arten der Widerrechtlichkeit**

Vertrag kann aus verschiedenen Gründen widerrechtlich sein:

- Die vereinbarte Leistung oder der Vertragsgegenstand (z.B. Betäubungsmittel)
- Der Vertragsabschluss (z.B. auf Widerrufsrecht der Vollmacht verzichten)
- Der mittelbare Vertragszweck (z.B. Darlehen zum Zwecke eines Rauschgiftdeals)

Hingegen genügt es zur Begründung der Widerrechtlichkeit nicht, dass nur die *subjektive Beteiligung* eines Vertragspartners verboten ist (z.B. Verkauf von Alkohol an Minderjährigen). Ein solcher Vertrag ist nur nichtig, wenn das Gesetz diese Rechtsfolge ausdrücklich vorsieht.

Es liegt auch keine Widerrechtlichkeit vor, wenn der Vertrag gegen ein Verbot verstösst, das sich nur gegen die *äusseren Umstände* des Vertragsschlusses richtet (z.B. Kauf nach Ladenschluss)

### **Umgehungsgeschäft**

Wenn ein gesetzlich verbotener Erfolg auf einem scheinbar gesetzeskonformen Weg herbeigeführt werden soll.

### **Sittenwidrigkeit und Verletzung der Persönlichkeit**

Sittenwidrig ist ein Vertrag, der gegen soziale (moralisch-ethische) Werte verstösst.

Persönlichkeitsverletzend ist ein Vertrag, wenn sich eine Partei in einem höchstpersönlichen Bereich (Kernbereich der Persönlichkeit) bindet, welcher keine rechtliche Verpflichtung zulässt oder die Bindung übermässig ist.

- **Gegenstand der Bindung:** insb. Vereinbarungen, die eine Person in ihrer physischen Freiheit, ihrer körperlichen Integrität, ihrer Intimsphäre oder in ihren gesellschaftlichen Freiräumen der Persönlichkeit beschränken
- **Übermass an Bindung:** Intensität, Dauer, Angemessenheit der Gegenleistung, Fremdbestimmtheit. Ewige Verträge ohne Kündigungsmöglichkeit sind i.d.R. persönlichkeitsverletzend.

### Arten der Sittenwidrigkeit

- **Sittenwidrigkeit bei Verträgen im sexuellen Bereich**  
Prostitution wird als sittenwidrig erachtet und demnach nichtig. Die Vertragserfüllung ist vor Gericht nicht durchsetzbar und Rückforderungsansprüche sind ausgeschlossen
- **Sittenwidrigkeit aufgrund Verstosses gegen die ethische Ordnung**  
z.B. Mitbieten ohne Bindungswillen. Schweigegeldvertrag ist nur sittenwidrig, wenn die Partei als Gegenleistung für die Unterlassung der Strafanzeige sich einen Vorteil ausbedingt, der ihr nicht zusteht.
- **offenbares Leistungsmissverhältnis**  
das Gesetz sieht zum Schutz der schwächeren Partei Obergrenzen vor. Nach Art. 21 OR kann die schwächere Partei bei offenbarem Missverhältnis den Vertrag richterlich überprüfen lassen.
- **Sittenwidrigkeit aufgrund Eingriff in Rechte Dritter**  
Bei einer Verleitung zum Vertragsbruch liegt Sittenwidrigkeit vor, wenn aus dieser Profit geschlagen werden soll.

### Rechtsfolgen

#### a) Nichtigkeit

Art. 20, 1 OR. Der Vertrag erzeugt *keinerlei rechtsgeschäftliche Wirkungen* mehr. Die Nichtigkeit besteht *von Anfang an*, ist *absolut* und *unheilbar*. Das Gericht hat die Nichtigkeit *von Amtes wegen* zu beachten und sie kann von *jedermann jederzeit* geltend gemacht werden.

Die Rechtswirkungen der absoluten Nichtigkeit treten aber nicht ausnahmslos ein. Bei der *anfänglichen objektiven Unmöglichkeit*: In gewissen Situationen erscheint es wenig sachgerecht. In Fällen, in denen der Vertragspartner die Unmöglichkeit der Leistung kannte oder kennen musste, wird eine Schadenersatzpflicht aus culpa in contrahendo zugelassen.

#### b) Teilnichtigkeit

wenn die Parteien den Vertrag auch ohne den mangelhaften Vertragsbestandteil abgeschlossen hätten. Entscheidend ist, ob der Gläubiger an der Leistung des noch möglichen Teils ein Interesse hat oder nicht. → es muss ein teilbarer Vertrag vorliegen! Ein Vertragsteil muss immer noch als selbständiger Vertrag bestehen können, alle obj. wesentlichen Vertragspunkte umfassen.

### **c) Geltungserhaltende Reduktion**

der Vertrag ist nur insoweit nichtig, als die vom Gesetz oder der Sittenwidrigkeit erlaubte Höchstgrenze überschritten wurde; im Übrigen wird er aufrechterhalten. Das Gesetz kann dem Richter das Recht einräumen, eine übermässige Verpflichtung herabzusetzen. Reduktion auf das erlaubte Mass soll möglich sein.

### **d) Haftung aus culpa in contrahendo**

ist eine vertragliche Vereinbarung nichtig, ist zu prüfen, ob allenfalls ein Schadenersatzanspruch nach den Regeln der culpa in contrahendo besteht.

## **Übervorteilung (Art. 21 OR)**

Kombination zwischen Inhalts- und Willensmangel. Die Geltendmachung und ihre Rechtsfolgen entsprechen weitgehend der Regelung der Willensmängel.

Die Übervorteilung schränkt das im Vertragsrecht herrschende Prinzip der Vertragsfreiheit ein. Die schwächere Vertragspartei kann richterlich korrigieren lassen.

### **Die Tatbestandsvoraussetzungen**

3 Merkmale, 1 obj, 2 subj.

#### **a) offenes Missverhältnis**

es muss ein offensichtliches sein. Das Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung wird anhand des objektiven Wertes zum Zeitpunkt des Vertragschlusses beurteilt.

Zweck von Art. 21 OR ist es nicht, das Missverhältnis als solches zu sanktionieren, sondern das Verhalten der stärkeren Partei.

#### **b) Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Übervorteilten**

die schwächere Partei war aus gewissen Gründen nicht in der Lage, das Missverhältnis zu verhindern. → subj. Ausnahmesituation: Partei war nicht in der Lage, die Vertragsbedingungen frei auszuhandeln, was zu einem Vertrag mit aussergewöhnlichen Bedingungen geführt haben muss: Notlage, Leichtsin, Unerfahrenheit. Aber auch: Einflüsse durch Alkohol, Drogen, Erschöpfungszustände, Geistesschwächen etc.

##### **Notlage**

Zwangslage oder starke Bedrängnis, muss den Übervorteilten in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigen

##### **Unerfahrenheit**

Sachkenntnis fehlt, damit Partei die Tragweite und Bedeutung des Rechtsgeschäftes richtig einschätzen kann.

Leichtsinn

Ohne die gebotene Vorsicht und Überlegtheit handeln.

#### **c) Ausnützung durch den Übervorteilenden**

er muss die Schwäche des Gegners ausgebeutet haben. Das bewusste Ausnutzen der Ausnahmesituation mit dem Zweck, den Vertragsabschluss mit dem für den Übervorteilenden vorteilhaften Leistungsversprechen herbeizuführen.



### Rechtsfolgen

- **Einseitige Unverbindlichkeit:** der Verletzte hat die Möglichkeit, sich durch einseitige Erklärung vom Vertrag zu lösen. Wird der Vertrag nicht fristgemäss angefochten, wird der Mangel geheilt und der Verletzte ist an den Vertrag gebunden.
- **Möglichkeit der Teilanfechtung:** entweder kann der Verletzte sagen, der gesamte Vertrag sei unverbindlich, aber er kann den Vertrag auch unter Reduktion der übermässigen Leistung aufrechterhalten. Vorausgesetzt wird, dass der Vertrag nach dem hypothetischen Parteiwillen auch mit dem veränderten Inhalt abgeschlossen worden wäre.
- **Schadenersatz:** kann der Verletzte nach culpa in contrahendo verlangen.

### **Zusammenfassend:**

Ein Vertrag mit widerrechtlichem, unsittlichem oder unmöglichem Inhalt ist nichtig. Die Nichtigkeit kann jederzeit geltend gemacht werden. Ein Vertrag, welcher eine Partei übervorteilt, ist nicht nichtig, sondern vom Übervorteilten während einer Verwirkungsfrist von einem Jahr anfechtbar. Hat der Übervorteilte die einjährige Frist ungenutzt verstreichen lassen, kann er die Nichtigkeit des Vertrages geltend machen, wenn diese Art. 20, 1 OR verletzt.

## **6. Kapitel: Willensmängel I**

Willensmängel = Mängel des Vertragsabschlusses. Umfassen Mängel bei der Bildung des Willensentschlusses und Mängel im Ausdruck des Willensentschlusses.

Anfechtbarkeit des Vertrages: wesentlicher Irrtum, Täuschung, Drohung.

### **Auslegung nach dem Vertrauensprinzip**

Der Erklärende muss seine Erklärung so gelten lassen, wie sie der Empfänger unter den gegebenen Umständen objektiv verstehen musste und durfte. Das Vertrauensprinzip schützt den Erklärenden und den Adressaten.

- Der *Erklärende* wird in seinem Vertrauen auf ein objektiviertes, vernünftiges Verstehen des Empfängers geschützt
- Der *Adressat* wird in seinem objektiv berechtigten Vertrauen auf die loyale Erklärung des Erklärenden geschützt.

### **Der Irrtum**

Irrtum = wenn Vorstellung und Wirklichkeit voneinander abweichen. Es irrt sich, wer eine falsche Vorstellung über einen Sachverhalt hat.

### **Unbewusst und Wesentlichkeit**

der Irrtum entsteht immer *unbewusst*: **wer zweifelt, irrt nicht**. Derjenige, der Zweifel hegt, muss diesen nachgehen und sie klären. Ansonsten nimmt er die Unsicherheit bewusst in Kauf.

*Wesentlich* ist der Irrtum, wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass der Irrtende bei Kenntnis des wahren Sachverhalts die Erklärung nicht oder nicht mit dem entsprechenden Inhalt abgegeben hätte.

#### 4 Fallgruppen, Art. 24, 1 OR

- Erklärungsirrtum (Abs. 1 Ziff 1-3)
- Grundlagenirrtum (Abs. 1 Ziff 4)
- Unwesentlicher, einfacher Motivirrtum (Abs. 2)

### Der Grundlagenirrtum als qualifizierter Motivirrtum

Der Grundlagenirrtum ist ein Motivirrtum, der als schwerwiegen genug eingestuft wurde, um den Vertrag anzufechten. Der einfache Motivirrtum ist folgenlos. Beide Irrtümer entstehen bei der *Willensbildung*.

#### a) Der einfache Motivirrtum

- Bezieht sich auf den Beweggrund → „Irrtum im Beweggrund“
- Der Erklärende irrt sich über einen bestimmten Umstand, der für seinen *Geschäftswillen* relevant ist
- Er ist unwesentlich, der *Vertrag bleibt verbindlich*.
- Diese Regelung ist aber *dispositiver Natur*.

#### b) Der Grundlagenirrtum

- Der Anfechtende irrt sich über einen bestimmten Sachverhalt, den er als *notwendige Grundlage* des Vertrages betrachtet und nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr auch betrachten darf
- Auch der *Erklärungsempfänger* muss diesen Sachverhalt als notwendige Grundlage des Vertrages für die Gegenpartei erkannt haben oder nach Treu und Glauben in der Lage gewesen sein, dies zu erkennen.
- Eine *falsche oder fehlende Vorstellung* führt zu einer mangelhaften Willensbildung → die Partei, welche den *Nichtbestand* des unbedachten Sachverhalts als notwendige Vertragsgrundlage betrachtete (z.B. keine Vorstrafen) und diese auch nach Treu und Glauben als solche betrachten darf, kann sich auf Grundlagenirrtum berufen.

Der vorgestellte Sachverhalt kann Umstände betreffen, die **inner- oder ausserhalb** des Vertrages liegen.

- Innerhalb: Körperliche oder rechtliche Eigenschaften des Vertragsgegenstandes oder der Vertragsparteien (z.B. Echtheit eines Gemäldes, Qualifikation einer Partei)
- Ausserhalb: Umstände, die mit dem Zweck des Vertrages oder mit den Risiken ausserhalb des Vertrages in Zusammenhang stehen. (z.B. Zahlungsfähigkeit des Schuldners beim Forderungskauf)

Der wesentliche Irrtum muss sich auf **gegenwärtige oder vergangene** Sachverhalte beziehen. Umstritten ist, ob auch künftige Sachverhalte möglich sind.

- Wenn *beide Parteien* einen bestimmten zukünftigen Sachverhalt irrtümlich als sicher angesehen haben
- Es reicht aber auch, wenn nur *eine Partei* fälschlicherweise annahm, ein zukünftiges Ereignis sei sicher und die Gegenpartei dies *nach Treu und Glauben* im Geschäftsverkehr erkannt hat oder hätte erkennen müssen.
- Ausgeschlossen sind rechtserhebliche Irrtümer über künftige Tatsachen dort, wo Unsicherheiten oder hohe Risiken in Kauf genommen werden (hoffen, Spekulation)

### **Beispiele für unwesentliche Irrtümer über künftige Sachverhalte**

Steigende/sinkende Aktienkurse

Ausgehen von einer Praxisänderung der Behörden bezüglich Einzonung des gehandelten Grundstücks

### **Beispiel für einen wesentlichen Irrtum über einen künftigen Sachverhalt**

Kauf eines Grundstücks und Erwartung der Erteilung der Baubewilligung in naher Zukunft. Sie wird 10 Jahre lang nicht erteilt.

Die Parteien können den Eintritt von künftigen Tatsachen vertraglich regeln.  
Die gesetzlichen Regelungen sind dispositiv.

### **Die qualifizierenden Merkmale**

#### **a) Subjektive Wesentlichkeit**

Betrifft den Irrenden. Gegeben, wenn der Sachverhalt, auf den sich die irrige Vorstellung bezieht, eine *conditio sine qua non* für die Willensbildung des Irrenden gewesen ist. → notwendige Grundlage des Geschäfts. Der Erklärende hätte den Vertrag nicht zu den vereinbarten Konditionen geschlossen.

Wenn der Irrende bereit gewesen wäre, den Vertrag zu den gleichen Bedingungen abzuschliessen, gilt es nicht → wenn der irrtümliche Sachverhalt *günstiger* für den Irrenden war → wenn der Irrtum den Vertragsschluss *zufällig* beeinflusst hat.

→ Wenn der irrtümlich vorgestellte Sachverhalt weder für den Vertragsabschluss noch für die Vertragsmodalitäten ausschlaggebend war und somit keine notwendige Vertragsgrundlage bildete.

#### **b) Objektive Wesentlichkeit**

Der Irrende darf den vorgestellten Sachverhalt nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachten. → ein *durchschnittlicher Dritter* hätte den Vertrag in Kenntnis der wahren Sachlage ebenfalls nicht oder zu anderen Bedingungen abgeschlossen. → die rein subjektiven Motive des Irrenden werden ausgeschlossen.

Nicht objektiv wesentlich ist der Irrtum über den *Wert*.

Die objektive Wesentlichkeit soll nur bejaht werden, wenn die *einseitige Unverbindlichkeit* des Vertrages (Art. 23 OR) eine *angemessene Rechtsfolge* für den Irrtum ist.

→ Angesichts des *Prinzips der Vertragstreue* darf obj. Wesentlichkeit nicht leichthin angenommen werden.

Der Richter darf nicht berücksichtigen, ob der Irrtum auf *Fahrlässigkeit* beruht. Ein allfälliges Verschulden wird bei Schadenersatz unter Art. 26 OR geregelt.

c) **Erkennbarkeit**

Dem Gegner war die (grundlegende) Bedeutung des vom Irrtenden angenommenen Umstandes (nicht des Irrtums!) nach Treu und Glauben erkennbar.

Es ist nicht notwendig, dass er die Bedeutung tatsächlich erkannt hat, die Voraussetzung der Erkennbarkeit wird aus dem *Grundsatz von Treu und Glauben* im Geschäftsverkehr abgeleitet.

Die Erkennbarkeit kann sich ergeben aus der *Wichtigkeit*, die einem Sachverhalt nach der allg. Lebenserfahrung zukommt. (z.B. Familienvater will grössere Wohnung kaufen da 5. Kind unterwegs, Wohnung ist mit 13qm<sup>2</sup> zu gross ausgeschrieben, VK müsste merken, dass Familie diesen Platz braucht.)

! Auf das Erfordernis der Erkennbarkeit *kann nicht verzichtet werden!*

(Geschäftsrisiko soll Vertragsgegner nicht belasten)

### Abgrenzungen

a) **Stillschweigende Bedingung**

Liegt vor, wenn die Parteien das (Nicht-)Bestehen des Vertrages von ungewissen zukünftigen Ereignissen abhängig machen wollen. Beim Grundlagenirrtum hält mindestens eine Partei den zukünftigen Sachverhalt für sicher.

b) **Vertragsanpassung aufgrund veränderter Umstände (clausula rebus sic stantibus)**

Wird angewendet, wenn eine gesetzliche Anpassungsregel fehlt und die Parteien es unterlassen haben, eine (ausdrückliche oder stillschweigende) vertragliche Anpassungsregel in ihre Vereinbarung aufzunehmen → betreffen im Wesentlichen die allgemeinen Rahmenbedingungen des Vertrages. Z.B. Teuerung, politische Risiken.....

Kann nur geltend gemacht werden, wenn die unerwarteten Änderungen zu einem offenbaren Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung führen würde, dann wäre es rechtsmissbräuchlich.

**Rechtsfolge:** beim Grundlagenirrtum wird der Vertrag ex tunc aufgehoben.

Bei der Vertragsanpassung kann der Richter den Vertrag auflösen oder modifizieren.

### **Der Erklärungsirrtum**

Wird in der Lehre als Willensmangel bezeichnet, streng genommen ist dies aber nicht so, denn der Wille des Irrtenden wird mängelfrei gebildet.

Mangelhaft ist die Kundgabe des Willens.

#### **Begriff**

Jemand erklärt etwas, das nicht seinem wirklichen Willen entspricht. Nicht jede fehlerhafte Kundgabe des Willens führt jedoch zu einem Erklärungsirrtum → zunächst ist durch *Auslegung* zu ermitteln.

Durfte der Erklärungsgegner aufgrund des Vertrauensprinzip das Erklärte (und nicht das Gewollte) verstehen, liegt ein **(normativer) Konsens** vor, der Vertrag kommt zustande. Der Erklärende hat nun die Möglichkeit, den *Vertrag anzufechten*.

→ Ein Erklärungsirrtum liegt vor, wenn die nach dem Vertrauensprinzip ausgelegte Erklärung des Irrenden nicht mit seinem wirklichen Willen übereinstimmt.

### Erscheinungsformen

a) **Irrtum im Erklärungsakt**

Wenn dem Irrenden die *Umsetzung* seines Willens *technisch misslingt*. Z.B. Verschreiben, Versprechen (3'600 anstatt 6'300 auf das Preisschild schreiben)

b) **Übermittlungsirrtum gemäss Art. 27 OR**

Mit Boten ist nur der *Erklärungsbote* gemeint. Das Handeln des Empfangsboten liegt im Risikobereich des Empfängers. Z.B. Dolmetscher, Mäkler, Post. Nicht in den Anwendungsbereich fällt hingegen der direkte Stellvertreter. Dem Boten bleibt nämlich *kein Raum für einen eigenen Willensausdruck*.

Der Erklärende hat sich die *fahrlässig* falsch übermittelte Erklärung selbst zuzurechnen. Er kann den Vertrag infolge Irrtums anfechten.

Umstritten ist, ob der Erklärende sich auch die absichtliche Falschübermittlung anrechnen lassen muss. Aber abs. Falschübermittlung kann nie unbewusst erfolgen und wird somit von Art. 23 ff. nicht erfasst. → kein Erklärungsirrtum.

c) **Inhaltsirrtum**

Der Erklärende hat seinen Willen zwar technisch korrekt umgesetzt, er hat sich aber über die Bedeutung seiner Erklärung getäuscht. Z.B. anstatt „Leihe“ sagt er „Miete“. Häufig bei Abkürzungen oder Fremdsprachen.

### Wesentlicher und unwesentlicher Erklärungsirrtum

Nur der wesentliche berechtigt zur Anfechtung des Vertrags.

Beispiele in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1-3 OR.

a) **Zustimmung zu einem anderen Vertrag als dem Gewollten**

*Error in negotio*. Entscheidend ist, dass die Rechte und Pflichten der Parteien nach dem gewollten Vertrag wesentlich vom tatsächlich abgeschlossenen Vertrag abweichen. (z.B. Verkauf/Vermietung)

Auch wenn der Irrende einen Vertrag abschliesst, obwohl er überhaupt keinen Vertrag eingehen wollte (z.B. Scherzerklärung)

Kein Erklärungsirrtum:

- Unzutreffende Bezeichnung des Vertrages
- Unwissen über die Rechtsfolgen (resp. Konsequenzen). Hat die irrende Partei unbekannte Rechtsfolgen in Kauf genommen, so muss auch ein Grundlagenirrtum verneint werden.

b) **Irrtum über die Identität der Sache oder der Person**

*Error in corpore, error in persona*. Z.B. der Irrende verschreibt sich und kauft Aktien der UBS anstatt der CS. Der Irrende kann den Vertrag anfechten,

vorausgesetzt ist, dass der Irrrende den Vertrag *gerade im Hinblick auf eine bestimmte Person* abgeschlossen hat. Z.B. bei persönlicher Leistungspflicht oder bei Dauerschuldverhältnissen (Miet-, Arbeitsvertrag) der Irrtum über die Person ist unwesentlich, wenn es nicht auf diese bestimmte Person ankommt.

Bei *Gattungsschulden* ist ein Identitätsirrtum dann anzunehmen, wenn die Sache zum vertraglich vereinbarten Zweck nach objektiven Massstäben keinen vernünftigen Bezug hat.

Ein *Eigenschaftsirrtum* liegt hingegen vor, wenn der Irrtum eine Eigenschaft der Sache oder der Person betrifft. → diesfalls liegt ein unbeachtlicher Motivirrtum oder ein Grundlagerrorrtum vor.

**Ein unbeachtlicher Motivirrtum** über die Eigenschaft liegt z.B. vor, wenn der Bürge falsche Vorstellungen über die finanzielle Lage des Schuldners hat.

**Ein Grundlagerrorrtum** über die Eigenschaft einer Sache liegt z.B. vor, wenn jemand irrtümlicherweise einen unechten Perserteppich kauft.

c) **Irrtum über Umfang der Leistung und Gegenleistung**

*Error in quantitate*. Wenn der Irrrende sich eine Leistung von erheblich geringerem Umfang hat versprechen lassen, als es sein Wille war. Ist aber nur wesentlich, wenn die vorgestellte und die tatsächliche Leistung erheblich voneinander abweichen. Z.B. Ring wird mit 1'380.- anstatt 13'800.- angeschrieben. kein Erklärungsirrtum ist anzunehmen, wenn sich ein Vertragspartner lediglich über den Wert der Leistung oder Gegenleistung irrt.

d) **Vermutung der Wesentlichkeit des Erklärungsirrtums**

Der Erklärungsempfänger, der die Wesentlichkeit bestreitet, muss die Nichtwesentlichkeit des Irrtums beweisen.

e) **Subjektive und objektive Wesentlichkeit des Erklärungsirrtums**

Im allgemeinen wird für das Bestehen eines Erklärungsirrtums vorausgesetzt, dass der Irrtum für den Irrrenden subjektiv und objektiv wesentlich ist.

Subjektive Wesentlichkeit

- Betrifft den Irrrenden, wenn der Sachverhalt eine *conditio sine qua non* für die Willensbildung des Irrrenden gewesen ist (notwendige Grundlage, unerlässliche Voraussetzung) erforderlich ist, dass der Erklärende den Vertrag nicht oder *nicht zu diesen Bedingungen* geschlossen hätte.

Objektive Wesentlichkeit

- Es muss eine Diskrepanz von derartiger Bedeutung vorliegen, dass dem Irrrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr ein Festhalten am Vertrag nicht zumutbar ist. Ausschlaggebend ist das Verständnis eines durchschnittlichen Dritten.

**Einzelfälle**

**Nicht gelesene oder nicht verstandene Urkunde**

Es kommt aufgrund der Vertrauenstheorie ein Vertrag zustande. Der Erklärende kann den Vertrag aber wegen Irrtum anfechten, wenn der Wortlaut der Urkunde vom

vorgestellten Inhalt abweicht. Unterzeichnet er hingegen ohne Inhaltsvorstellung, liegt bewusste Unkenntnis vor → keine Anfechtung möglich.

### **Blankounterschrift**

Wenn der Unterzeichnende seine Unterschrift auf eine noch auszufüllende Urkunde setzt. Das Risiko trägt alleine der Aussteller der Blankourkunde. Wird die Urkunde entgegen den Vorstellungen des Ausstellers ausgefüllt, kann sich dieser somit nicht auf den Erklärungsirrtum berufen.

### **Rechnungsfehler und Kalkulationsirrtum**

**Der blosse Rechnungsfehler** ist ein Fall des Motivirrtums. Voraussetzung ist, dass der Irrtum für den Betroffenen subjektiv wesentlich ist, nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr (objektiv) wesentlich sein kann und die (grundlegende) Bedeutung des vom Irrenden angenommenen Umstandes für die Gegenpartei erkennbar war. z.B. Seide für 175.- pro Laufmeter, falsche Rechnung für 12m.

**Andere Rechnungsfehler** fallen unter den Tatbestand von Art. 24, 2 OR. Z.B. 12m Seide kosten 1750 Franken. Muss den Preis so gelten lassen. Bezieht sich der Irrtum allerdings auf die Elemente der Vertragsgrundlage, kommt im Einzelfall ein Grundlagenirrtum in Betracht, der zur Vertragsanfechtung berechtigt.

**Der Kalkulationsirrtum** ist kein Rechnungsfehler, der Ursprung des Fehlers liegt in einer falschen Berechnungsgrundlage (falscher Aktienwert, falsche Grundstücksfläche...). Der offene Kalkulationsirrtum: die Kalkulationsgrundlage wurde zum Vertragsinhalt gemacht. Ist dem hypothetischen Parteiwillen anzupassen, der Vertrag gilt so, wie er ohne den Irrtum abgeschlossen worden wäre. Der versteckte Kalkulationsirrtum: die Kalkulationsgrundlage wurde nicht zum Vertragsinhalt gemacht. I.d.R. ein nicht erheblicher Motivirrtum, Art. 24 Abs. 2 OR.

Der blosse Rechnungsfehler und ein offener Kalkulationsirrtum sind zu berichtigen und der Vertrag wird angepasst. Andere Rechnungsfehler und ein versteckter Kalkulationsirrtum sind i.d.R. Motivirrtümer, welche nicht berichtigt werden können.

## **7. Kapitel: Willensmängel II**

### **Täuschung**

Eine falsche oder fehlende Vorstellung über den Sachverhalt wird *absichtlich* und in *widerrechtlicher* Weise durch den *Vertragspartner* (Art. 28, 1 OR) oder einen *Dritten* (Art. 28, 2 OR) ausgelöst oder aufrechterhalten.

Der Vertragsschliessende ist bei der Täuschung berechtigt, den Vertrag anzufechten, auch wenn der Irrtum *unwesentlich* ist.

Art. 28 OR bezweckt den *Schutz der Willensfreiheit* des Vertragsschliessenden.

### **Täuschungshandlung**

a) **Täuschung durch positives Tun**

Falsche Tatsachen vorspiegeln oder richtige unterdrücken. Kann ausdrücklich oder konkludent geschehen (z.B. Preisschild mit hohem Preis kann auf echte Antiquität hindeuten). Tatsachen sind *objektiv feststellbare Zustände* oder Ereignisse *tatsächlicher* oder *rechtlicher* Art. Äussere oder innere Umstände. Nicht in den Anwendungsbereich fallen subjektive Werturteile und Meinungsäusserungen.

**Persönlichkeitsrecht** kann wahrheitswidrige Beantwortung von Fragen rechtfertigen: wer seinen Verhandlungspartner über persönliche Lebenssachverhalte ausfragt, die im Hinblick auf den abzuschliessenden Vertrag nicht von unmittelbarem und objektivem Interesse sind, hat keinen Anspruch auf wahrheitsgetreue Beantwortung. *Die Widerrechtlichkeit der Täuschung fehlt.*

b) **Täuschung durch Schweigen**

Voraussetzung ist, dass der Vertragspartner den bestehenden *Irrtum erkennt* und ihn eine *Aufklärungspflicht* trifft, aus:

*Vertrag, einer besonderen gesetzlichen Vorschrift, dem Grundsatz von Treu und Glauben oder der herrschenden Anschauung.* Massgebend ist u.a. die Natur des Vertrages (Einmal- oder Dauerschuldverhältnisse) oder die Stellung der Parteien.

Je intensiver das bereits bestehende oder vom Vertrag vorausgesetzte Vertrauensverhältnis ist, desto eher muss die Zumutbarkeit der Aufklärung bejaht werden. (bei Dauerschuldverhältnissen oder besonderen Vertrauensverhältnissen (Arzt, Anwalt) ).

→ Im Rahmen von Vertragsverhandlungen hat der Arbeitnehmer gewisse vorvertragliche Auskunfts- und Offenbarungspflichten. Über Umstände, die in unmittelbarem Zusammenhang zum Arbeitsplatz und der zu leistenden Arbeit stehen und geeignet sind, die vertragsgemässe Arbeitsleistung auszuschliessen oder erheblich zu behindern, muss aufgeklärt werden.

Bei einmaligen Austauschverhältnissen gelten grundsätzlich geringere Aufklärungspflichten: jede Vertragspartei hat die andere lediglich über die Umstände aufzuklären, die erkennbar für den Vertragsabschluss von wesentlicher Bedeutung sind. (*nur bei wesentlichem Irrtum besteht Aufklärungspflicht*).

**Eine Aufklärungspflicht besteht immer, wenn die eine Seite erkennt, dass sich die andere in einem wesentlichen Irrtum befindet.** Selbst dann, wenn der Irrrende Kenntnis über die verschwiegene Tatsache hätte erlangen können.

Hingegen besteht keine Aufklärungspflicht, wenn der Vertragspartner nach Treu und Glauben annehmen darf, dass die Gegenpartei den richtigen Sachverhalt ohne Weiteres erkennen konnte.

**Ausdrückliche Fragen des Vertragspartners müssen wahrheitsgetreu beantwortet werden**, sofern die Frage zulässig (d.h. nicht persönlichkeitsverletzend) ist.

**Absicht**



Vorsatz und Eventualvorsatz. → Handelt der Irrrende nur fahrlässig, liegt keine Täuschung vor. Vorsatz bezieht sich auf

- Die **Entstehung bzw. Aufrechterhaltung** des Irrtums
- Die **Kausalität** des Irrtums. Der Täuschende muss wissen und wollen oder in Kauf nehmen, dass der andere – wäre er nicht getäuscht worden – gar keine oder eine abweichende Willenserklärung abgegeben hätte.

z.B. wenn VK Uhren-Auktion veranstaltet, im Katalog steht die Uhr xy wäre fabrikneu. Sie ist es aber in Wirklichkeit nicht. A) wenn VK die Angaben nicht überprüfte, handelt er fahrlässig, aber keine absichtliche Täuschung. B) wenn VK die Uhren einfach aufs Geratewohl, also ohne vermeintlich verlässliche Angaben Dritter mit „fabrikneu“ titulierte, so hätte er damit in Kauf genommen, dass Käufer durch mögliche Falschangaben zum Kaufabschluss bewegt werden → absichtliche Täuschung.

### **Widerrechtlichkeit**

Die Täuschung muss widerrechtlich erfolgt sein. Bei *persönlichkeitsverletzenden* Fragen fehlt die Widerrechtlichkeit. Eine Anfechtung ist in diesem Fall ausgeschlossen.

### **Motivirrtum und Kausalität**

Durch die Täuschung wird ein Motivirrtum verursacht oder aufrechterhalten. Es muss also zwingend eine Kausalität zwischen täuschender Willenserklärung und Motivirrtum bestehen. Daran fehlt es, wenn der Getäuschte den wahren Sachverhalt erkannt hat oder wenn er die Willenserklärung auch bei dessen Kenntnis abgegeben hätte.

→ *Die Kausalität ist gegeben, wenn der Getäuschte die Willenserklärung gar nicht oder jedenfalls nicht zu denselben Bedingungen abgegeben hätte.*

### **Täuschung durch Dritte**

Art. 28, 2 OR. Grundsatz: nicht anfechtbar. Anfechtbar ist der Vertrag nur, wenn der Vertragspartner – „der andere“ im Gesetzeswortlaut – die Täuschung kannte/hätte kennen sollen.

Der Dritte muss *unter denselben Voraussetzungen* täuschen von Art. 28, 1 OR, den Irrtum absichtlich verursachen oder aufrechterhalten. Der Gegner muss Kenntnis von der Täuschung haben. Wenn er noch einer Aufklärungspflicht unterliegt, dann macht er sich selbst einer Täuschung durch Verschweigen schuldig. Dann ist Art. 28, 1 OR anwendbar.

Im Gegensatz zu Art. 28, 1 **genügt** in Abs. 2 die **Fahrlässigkeit** des Vertragspartners. Ein Teil der Lehre weist auf diesen Widerspruch hin und lässt blosse Fahrlässigkeit nicht gelten.

Kennt der Dritte die Täuschung nicht und muss er sie nicht kennen, stehen dem Getäuschten gegebenenfalls die Anfechtung wegen eines Irrtums (Art. 23ff.) offen.

**Begriff des Dritten:** Personen, die nicht an den Vertragsverhandlungen beteiligt sind. Nicht als Dritte gelten Vertreter und Abschlussgehilfen *des Gegners* (z.B. Organe, Stellvertreter, Boten, Mäkler, Agenten). *Die eigenen Angestellten/Vertreter* des Getäuschten fallen i.d.R. unter den Begriff des Dritten. Als Dritte gelten auch der einzelne Aktionär bei Verträgen mit der AG.

**Merke:** *Die Täuschungshandlung kann durch ein aktives oder konkludentes Tun oder durch Verschweigen von Tatsachen erfolgen. Eine absichtliche Täuschung durch Verschweigen setzt voraus, dass der Täuschende den Irrtum erkennt und ihn eine Aufklärungspflicht trifft. Als Täuschende kommen der Vertragspartner oder Dritte in Frage, wobei das Handeln von Vertretern oder Abschlussgehilfen dem Vertragspartner zuzurechnen ist.*

### **Drohung (Furchterregung)**

Art. 29 f. OR. Wenn eine *widerrechtliche* Drohung durch den Vertragspartner oder einen Dritten beim Bedrohten *begründete Furcht auslöst*, und er sich deshalb *zum Vertragsabschluss gezwungen* sieht. Er kann den Vertrag anfechten.

**Schutz** geht bei Drohung durch Dritten weiter als bei Täuschung: der Vertrag ist auch anfechtbar, wenn der Dritte die Drohung nicht kannte resp. kennen sollte.

### **Drohung**

Die Willensfreiheit des Bedrohten wird beeinträchtigt, indem der Vertragspartner oder ein Dritter einen künftigen Nachteil in Aussicht stellt; **Psychischer Zwang**. Physischer Zwang fällt nicht unter Art. 29f. Beispiel für physischen Zwang: das Führen der Hand zur Unterschrift → hier *fehlt die Willenserklärung*, ein Vertrag kommt gar nicht zustande.

### **Begründete Furcht**

Die Drohung muss einen **gewissen Grad an Ernsthaftigkeit** erreichen, sodass der Bedrohte mit deren Verwirklichung rechnen muss. Es ist unerheblich, ob der Drohende die Verwirklichung beabsichtigt. Es kommt auf das **subjektive Urteilsvermögen** der bedrohten Person an.

Art. 30, 1 OR: *Vertragspartner* kann auch juristische Person sein. Nahestehende Person muss nicht Ehepartner oder Verwandte sein, aber zwingend natürlicher Person.

*Rechtsgüter*-Aufzählung ist nicht abschliessend.

### **Kausalität**

Die Drohung muss beim Bedrohten eine begründete *Furcht* auslösen, die ihn *zum Vertragsabschluss bestimmt*.

### **Widerrechtlichkeit**

Ist gegeben, wenn das Mittel, der Zweck, oder die Mittel-Zweck-Relation widerrechtlich sind. Art. 30, 2 OR regelt Spezialfall, bei dem Geltendmachung eines Rechtes widerrechtlich ist, wenn die Notlage des Bedrohten benutzt worden ist.

a) **Widerrechtlichkeit des Mittels**

Wenn der angedrohte *Nachteil unerlaubt* ist: d.h. wenn gegen gesetzliche oder vertragliche Pflichten verstossen wird.

Bsp. Für Drohung, gesetzliche Pflichten zu verweigern: drohen, im Fall der Nichtunterzeichnung das Arbeitszeugnis zu verweigern.

Bsp. Für Drohung, vertragliche Pflichten zu verweigern: Vermieter droht Mieter, Wohnung mitten im Winter nicht mehr zu heizen. Lieferant droht Kunden, die bestellte Ware nicht zu liefern. Nicht widerrechtlich ist es, bei aussergerichtlichen Vergleichsverhandlung die Leistung zurückzubehalten bis zur Unterzeichnung des Vergleichsvertrags.

b) **Widerrechtlichkeit des Zwecks**

Wenn mit der Drohung *ein verbotener Zweck verfolgt* wird. Das Mittel der Drohung kann zulässig sein.

Bsp: Politiker X ist bei Cousine Y über 5 Mio. verschuldet. Y droht mit Betreibung oder an die Medien zu gehen. Ausser X macht mit Ehemann von Y Segeltörn, und ihn dabei ertränken. Aus Furcht vor Betreibung und Medienberichten unterschreibt X den Schuldenerlassvertrag. Die Mittel der Drohung (Betreibungsandrohung, Androhung der Herausgabe von Informationen) sind zulässig, widerrechtlich ist jedoch der damit angestrebte Zweck (Ermordung des Ehemannes).

→ *Verträge, die unter Drohung abgeschlossen wurden und einen widerrechtlichen Zweck verfolgen, sind nicht nur wegen eines Willensmangels anfechtbar, sondern sie sind nach Art. 20 OR wegen Widerrechtlichkeit oder Sittenwidrigkeit nichtig.*

c) **Widerrechtlichkeit der Mittel-Zweck-Relation**

*Unzulässige Verknüpfung* von zulässigem Mittel und zulässigem Zweck. widerrechtlich ist die Drohung in diesen Fällen, weil ein *sachlicher Zusammenhang* zwischen Mittel und Zweck *fehlt*.

Bsp: X (Y's Chef) macht Unfall mit Fahrerflucht, Y bemerkt dies, sagt nichts, wegen Angst um Stelle. Dann weigert sich X, die Lohnforderung von Y von 10'000.- auszubezahlen. Y droht X wegen Fahrerflucht anzuzeigen, wenn er ihm das Geld nicht überweise. Der angedrohte Nachteil (Strafanzeige) ist zulässig, ebenso der Zweck (Durchsetzung der ausstehenden Lohnforderung). Die Verbindung der beiden ist aber widerrechtlich, da zwischen Mittel und Zweck kein sachlicher Zusammenhang besteht.

d) **Übermässiger Vorteil**

Der Drohende nützt die Notlage des Vertragspartners aus und diesem werden so übermässige finanzielle Zugeständnisse abgenötigt.

Bsp: M. wird von F. fristlos gekündigt. M. unterzeichnet eine Erklärung, worin er die fristlose Entlassung als gerechtfertigt ansieht. F. droht M. mit strafrechtlicher Verfolgung, und lässt ihn wissen, dass die Gefängnisse voll sind mit Leuten seines Schlages. Wenn er aber jetzt die Schuldanererkennung von 420'000.- anerkenne, sei er ein freier Mann. Im Prozess stellt sich heraus, dass nur 320'000.- gefordert sind + Drohung: Schuldanererkennung ist unverbindlich.

**Geltendmachung der Willensmängel, Art. 31 OR**

## Anfechtungsberechtigung

Zur Anfechtung ist die **sich im Irrtum befindliche Partei** (der Irrrende, der Bedrohte) berechtigt. Die andere Vertragspartei muss sich auf ihrer Willenserklärung behaften lassen.

## Anfechtungserklärung

Ist eine **Gestaltungserklärung**. Das Rechtsverhältnis wird inhaltlich aufgehoben, ohne dass es dazu der Zustimmung der Gegenpartei bedarf.

Gestaltungsrechte sind *bedingungsfeindlich* und *unwiderruflich*. Es besteht jedoch eine Ausnahme von der Unwiderruflichkeit, wenn die Erklärung ihrerseits wegen eines Willensmangels unwirksam ist.

Die Berufung auf den Willensmangel muss nicht gerichtlich erfolgen.

Die Anfechtung kann **ausdrücklich oder konkludent** sein. Konkludente Anfechtung kann insb. darin gesehen werden, wenn die Vertragspartei die erbrachte Leistung zurückverlangt, empfangene Leistungen zurücksendet oder angebotene Leistungen verweigert.

*Beruft sich der Anfechtende zunächst auf Irrtum, so schliesst dies die spätere Geltendmachung einer Täuschung nicht aus.*

## Anfechtungsfrist

Ist eine **Verwirkungsfrist**. D.h. kann weder unterbrochen noch gehemmt werden. Innert Jahresfrist:

- Bei Irrtum und Täuschung mit Entdeckung
- Bei Drohung mit Beseitigung der Furcht

Art. 31 OR kennt **nur die relative Frist**, und keine absolute.

## Ausschluss der Anfechtbarkeit

### a) **Genehmigung**

*Ausdrücklich, konkludent oder stillschweigend.*

Stillschweigend genehmigt ein Vertrag, wer in Kenntnis des Anfechtungsrechts über die empfangene Sache wie ein Eigentümer verfügt, die eigene Leistung vorbehaltlos und freiwillig erbringt oder einen ihm bekannten Willensmangel in einem hängigen Prozess nicht geltend macht.

*Keine Genehmigung ist jedoch die blosser Weiterbenutzung der empfangenen Sache, wenn die Gegenpartei die Rücknahme verweigert.*

Mit Ablauf der *einjährigen Verwirkungsfrist* gilt der Vertrag als genehmigt.

### b) **Treu und Glauben**

Art. 25, 1 OR, allg. Rechtsmissbrauchsverbot Art. 2, 2 ZGB.

Treuwidrig ist die Anfechtung, wenn sie eine *unnütze Rechtsausübung* darstellt oder ein *krasses Missverhältnis* der Interessen vorliegt. Z.B. schikanöse Anfechtung, oder Geltendmachung aus anderen Gründen als Irrtum.

z.B. Erwirbt ein Irrrender eine Digitalkamera im Glauben, mit ihr auch kurze Filmsequenzen aufnehmen zu können, so kann er sich nicht vom Vertrag lösen, wenn der Irrtumsgegner bereit ist, die Kamera gegen ein Modell einzutauschen, welches über die gewünschte Funktion verfügt.

c) **Teilanfechtung analog zu Art. 20, 2 OR**

Mit der Teilanfechtung kann der Vertrag mit *modifiziertem Inhalt* aufrechterhalten werden. Wird vom Richter anhand des *hypothetischen Parteiwillens* ermittelt, wobei *objektive Gesichtspunkte* massgebend sind.

Bei Täuschung und Drohung soll die Teilnichtigkeit *das Opfer schützen*, nur ihm steht in diesen Fällen die Geltendmachung der Teilnichtigkeit zu.

Die Wirkung der Teilanfechtung kommt einer Herabsetzung der Gegenleistung gleich (ist faktisch eine *Minderung*).

d) **Rechnungsfehler**

Blosse Rechnungsfehler sind zu berichtigen. Derjenige, zu dessen Lasten der Fehler geht, kann den Vertrag nicht anfechten.

## **Rechtsfolgen der Anfechtung**

### **Unverbindlichkeit des Vertrages**

#### **Grundsatz**

Ein Willensmangel (Anfechtung) bewirkt *einseitige Unverbindlichkeit* des Vertrages (Art. 23/28, 1/29, 1 OR) bedeutet, dass die berechnigte Partei ihre *Erklärung nicht gelten lassen muss*.

#### **Die Ungültigkeitstheorie**

Danach ist der Vertrag für beide Parteien bereits von Anfang an ungültig. Genehmigt die betroffene Partei den Vertrag (z.B. Säumnis, die Unverbindlichkeit innert Frist geltend zu machen) wird dieser **ex tunc wirksam**. Der Vertrag ist daher aufschiebend bedingt.

#### **Die Anfechtungstheorie**

Der Vertrag kommt zunächst gültig zustande. Er entfaltet alle vereinbarten Rechtswirkungen. Durch die Anfechtung wegen Willensmangels wird er **ex tunc aufgelöst**. Er ist somit auflösend bedingt; Bedingung ist Geltendmachung des Willensmangels.

#### **Die Theorie der geteilten Ungültigkeit**

Der Vertrag ist für die betroffene Partei von Anfang an ungültig, für die andere bis zur Geltendmachung der Unverbindlichkeit gültig. → die betroffene Partei trifft bei synallagmatischen Schuldverträgen keine Leistungspflicht, die andere hingegen schon. Genehmigt die betroffene Partei den Vertrag, so wird auch sie zur Leistung verpflichtet. Macht sie aber die Unverbindlichkeit geltend, so fällt auch die bestehende Leistungspflicht der Gegenpartei dahin.

**Die überwiegende Lehre** befürwortet die Anfechtungstheorie.

**Das BGer** hat sich für die Ungültigkeitstheorie entschieden.

Mit der Ungültigkeitstheorie wird faktisch eine zeitliche Befristung der Rückabwicklung auf zehn Jahre ab Leistung erreicht.

Praktische Bedeutung: Beispiel: liegt ein Kaufvertrag vor, der unter einem Willensmangel leidet, so wird der Käufer nach der Ungültigkeitstheorie erst Eigentümer, wenn die aufschiebende Bedingung eintritt, d.h. mit der Nichtgeltendmachung der Unverbindlichkeit/Genehmigung des Vertrages.

## Aufhebung des Vertrages

Mit der Anfechtung gilt der Vertrag rückwirkend auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses (ex tunc) als unwirksam.

Die neuere Rechtsprechung sagt, dass auch bei der Anfechtung wegen Willensmängeln der Vertrag in ein vertragliches Rückgewährschuldverhältnis umwandeln soll, in dem die Rückleistungspflichten vertraglicher Natur sind.

Die **Anfechtung von Dauerschuldverhältnissen** wegen eines Willensmangels wirkt als Kündigung **ex nunc**. Bereits erbrachte Leistungen verbleiben daher bei ihrem jeweiligen Empfänger.

### Schadenersatz

Wer sich auf die Unverbindlichkeit eines Vertrages beruft, kann der anderen Vertragspartei gegenüber schadenersatzpflichtig werden.

#### a) **Schadenersatzpflicht infolge eines Irrtums**

Der Irrende kann schadenersatzpflichtig werden, wenn die Voraussetzungen von Art. 26, 1 OR (Grundtatbestand) / Abs. 2 (qualifizierter Tatbestand) erfüllt sind.

Ein **Verschulden** (Fahrlässigkeit) des Irrenden ist vorausgesetzt.

Grundtatbestand und qual. Tatbestand schliessen sich gegenseitig aus; entweder wird das negative oder das positive Vertragsinteresse geltend gemacht.

Art. 26 OR ist nur auf Irrtumsfälle anwendbar.

#### **aa) die Haftung für das negative Vertragsinteresse (Art. 26 Abs. 1 OR)**

Voraussetzungen: Fahrlässigkeit des Irrenden + dass der Gegner den Irrtum weder kannte noch hätte kennen sollen.

Haftung auch für Verhandlungsgehilfen!

„kennen müssen“ führt nur zu einer Haftungsreduktion und nicht – wie gemäss Gesetzestext – zu einem Ausschluss des Schadenersatzes.

**Vertrauensschaden/neg. Vertragsinteresse:** *der Gegner ist vermögensmässig so zu stellen, wie wenn er den Vertrag nie geschlossen hätte.*

Der Umfang des neg. Vertragsinteresses richtet sich nach Art. 43 f. OR.

#### **bb) die Haftung für das positive Vertragsinteresse (Art. 26 Abs. 2 OR)**

Voraussetzungen von Abs. 1

Gemäss dem richterlichen Ermessen entspricht es der Billigkeit, den Irrenden nicht bloss für das negative Vertragsinteresse, sondern auch für den weiteren Schaden haften zu lassen. Der Grad des Verschuldens der Parteien sowie deren finanziellen Verhältnisse werden berücksichtigt.

Pos. Vertragsinteresse: **Erfüllungsinteresse.** *Der Vertragspartner des Irrenden ist so zu stellen, wie wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre.* Unter

Umständen ist das positive Vertragsinteresse nicht vollumfänglich zu ersetzen.

#### b) **Schadenersatzpflicht bei Täuschung**

Grundlagen: Haftung aus unerlaubter Handlung (OR 41), culpa in contrahendo.

Es ist zu unterscheiden, ob die Täuschung von einer Vertragspartei oder von einem Dritten ausgegangen ist.

- **Vertragspartei:**  
Sie haftet sowohl für culpa i.c. als auch aus unerlaubter Handlung. Diese zwei Haftungsgrundlagen können konkurrierend geltend gemacht werden.
- **Hilfsperson:**  
Wird persönlich nach OR 41 schadenersatzpflichtig und der Vertragsgegner haftet zusätzlich aus Art. 101,1 OR. Falls die Hilfsperson und der Vertragsgegner haftbar sind, haften sie dem Getäuschten solidarisch.
- **Dritter:**  
OR 41. Der Vertragsgegner haftet nicht, wenn er die Täuschung weder gekannt hat noch hätte erkennen müssen. Musste er sie aber erkennen, haftet er aus culpa i.c. Falls er sie erkannt hat, ist ihm i.d.R. auch eine eigene Täuschung vorzuwerfen → er haftet auch aus unerlaubter Handlung.

Gemäss Art. 31, 3 OR kann bei der Täuschung auch Schadenersatz verlangt werden, wenn der Vertrag nicht rechtzeitig (Art.31, 1 OR) angefochten oder in anderer Weise genehmigt worden ist. Nur in den Fällen, in denen dem Getäuschten die Anfechtung aus besonderem Grund nicht zuzumuten war, soll noch Schadenersatz im negativen Interesse verlangt werden können.

#### c) **Schadenersatzpflicht bei Drohung**

Der Drohende handelt widerrechtlich und haftet auf der Grundlage von Art. 41 ff. OR und aus culpa i.c. (diese kommt aber nur zur Anwendung, wenn die Drohung vom Vertragspartner (oder seiner Hilfsperson) selbst begangen wurde.)

Art. 31, 3 OR ist anwendbar für die Fälle, in denen der Vertrag zwar genehmigt wurde, besondere Umstände die Geltendmachung von Schadenersatz aber trotzdem rechtfertigen.

Art. 29, 2 OR: der Bedrohte kann aus Billigkeit zur Schadenersatzleistung an seinen Vertragspartner herangezogen werden. Setzt voraus, dass Partner Drohung weder kannte noch hätte kennen müssen.

## **Konkurrenzen**

### 1. **Grundlagenirrtum und Übervorteilung**

Ein Vertrag kann sowohl den Übervorteilungstatbestand erfüllen als auch mit einem Willensmangel behaftet sein (s. Art. 30, 2 OR)

z.B. Verkäufer täuscht Käufer, K hat Wahl, Anspruch auf Art. 21 OR oder Art. 28 OR geltend zu machen. → die zwei stehen in alternativer Konkurrenz zueinander. Der Fristenbeginn ist unterschiedlich

### 2. **Grundlagenirrtum und Rechtsbehelfe des OR BT**

Grundlagenirrtum und *Sachmängelgewährleistung* stehen in alternativer Konkurrenz zueinander laut BGer, Lehre kritisiert dies, gibt Sachgewährleistung den Vorzug, da mit alternativer Konkurrenz die Fristen umgangen werden können. Grundlagenirrtum und *Täuschung mit Rechtsmängeln beim Kauf* konkurrieren.

Im *Werkvertragsrecht* dagegen ist die Anfechtung wegen Irrtums über ausserordentliche Umstände, welche die Fertigstellung hindern oder übermässig erschweren, ausgeschlossen.

### 3. Täuschung bzw. Drohung und Rechtsbehelfe des OR BT

Es besteht ebenfalls eine alternative Konkurrenz. Der Getäuschte oder Bedrohte kann somit wählen, ob er am Vertrag festhalten und die Mängelrechte geltend machen oder aber den Vertrag anfechten will.

## 8. Kapitel Stellvertretung

### Bedeutung, Interessenlage, Abgrenzungen und Arten

#### Bedeutung und Interessenlage

Grundsatz: ein Vertretungsgeschäft liegt vor, wenn die rechtsgeschäftlichen Wirkungen bei einer anderen Person, dem Vertretenen, eintreten.

Im Geschäftsleben von grosser Bedeutung.

Meist sind **3 Parteien** beteiligt.

Die Besonderheit ist, dass die beteiligten Parteien *unterschiedliche Interessen* haben. Das Interesse des Vertretenen besteht darin, dass er nur Handlungen solcher Personen gegen sich gelten lassen muss, die mit seinem Willen und in seinem Interesse tätig werden.

#### Abgrenzungen

##### a) **Zur indirekten Stellvertretung (Art. 32 Abs. 3 OR)**

= unechte, mittelbare StV. der Vertreter handelt mit Wirkung *für sich selbst*. Das Rechtsgeschäft entfaltet unmittelbar nur Wirkungen zwischen dem Vertreter und dem Dritten. Der Vertreter handelt aber auf Rechnung des Vertretenen.

Der Vertretene übernimmt die Wirkungen (Art. 32, 3 OR), der Vertreter handelt als „Strohmann“ für den Vertretenen.

**Anwendungsfälle:** da, die notwendige Vertrauensbeziehung nur zwischen dem Vertreter und dem Dritten bestehen, wo der Vertretene im Hintergrund bleiben will (z.: Kunstgeschäfte) oder wo der Vertretene selbst keinen Zugang zu den Geschäften hat.

Der Prinzipal wird aus dem Rechtsgeschäft nur verpflichtet und berechtigt, wenn die Wirkungen *auf ihn übertragen* wurden.

Es gibt eine *Sonderregelung im Auftragsrecht*, Art. 401 Abs. 1 und 2 OR.



**b) Zur Botenschaft**

Der Bote übermittelt bloss eine Willenserklärung → die Willenserklärung ist bereits vollzogen. Somit muss der Bote nicht urteilsfähig sein.

Unterschiede:

<b>Stellvertretung</b>	<b>Botenschaft</b>
WillensE wird <b>wirksam</b> , sobald sie dem StV zugeht	Die WillensE entfaltet ihre Wirkungen erst, wenn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ihr Zugang beim Geschäftsherrn erwartet werden kann.
die Erklärung des Vertreters muss der <b>Formvorschrift</b> genügen	die Willenserklärung des Vertretenen muss der Formvorschrift genügen
bei Vorliegen eines <b>Willensmangels</b> ist auf die Person des Vertreters abzustellen	bei Vorliegen eines Willensmangels ist die Person des Geschäftsherrn (Vertretenen) massgebend

**c) Zur Abschlussvermittlung**

Die Mäkler und der Vermittlungsagent bereiten den Geschäftsabschluss bloss vor, sie geben keine eigene Willenserklärung ab.

**d) Zur Vertretung bei einer Tathandlung und bei anderen rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen**

Die Anwendung der StV-Regeln ist auf Willenserklärungen beschränkt. Zu den Tathandlungen gehören etwa Reparaturen im Rahmen eines Werkvertrages oder die Herstellung eines Produktes. Rechtsgeschäftsähnliche Handlungen sind z.B. Mahnung, Rüge, Nachfristsetzung.

**e) Zum echten Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 f. OR)**

Der Dritte wird hier nicht Vertragspartei.

**f) Zur Organschaft bei juristischen Personen**

Die Organe der Gesellschaft sind nicht StV's im rechtstechnischen Sinn. Sie sind Teil der juristischen Person, für die sie handeln.

**Merke:** der direkte Stellvertreter handelt in fremden Namen und auf fremde Rechnung. Die Rechtswirkungen aus dem mit dem Stellvertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäft treten direkt beim Vertretenen ein.

**Arten**

- Gewillkürte und gesetzliche StV
- Aktive und passive StV (Abgabe der WE: Aktiv. Annahme: passiv.)
- Zivilrechtliche und handelsrechtliche StV

**Voraussetzungen der Vertretungswirkung**

**1. Urteilsfähigkeit des Vertreters**

Braucht es, weil er eine eigene WillensE abgibt. Er muss jedoch nicht voll handlungsfähig sein, denn die Wirkungen des Rechtsgeschäftes treffen nicht ihn selbst. Das mit der fehlenden Handlungsfähigkeit verbundene Risiko trägt der Vertretene.

Bei der gesetzlichen Vertretung hingegen wird volle Handlungsfähigkeit vorausgesetzt.

## 2. Vertretungsfreundlicher Vertrag

Die Vertretung muss zulässig sein. Im höchstpersönlichen Bereich muss der Betroffene selbst handeln.

## 3. Ermächtigung (Vertretungsmacht)

Das rechtliche Können zum Handeln mit Fremdwirkung. Betrifft primär das *Aussenverhältnis*. Beantwortet die Frage, inwieweit der Prinzipal durch das rechtliche Handeln des Vertreters gebunden wird.

Die Ermächtigung kann sich unmittelbar oder mittelbar aus dem Gesetz ergeben (z.B. Eltern) oder kann durch Rechtsgeschäft eingeräumt werden (sog. Vollmacht, Art. 34, 1 OR).

## 4. Handeln in fremden Namen

Es gilt Offenkundigkeitsprinzip, d.h. das Vertretungsverhältnis muss offen gelegt werden, spätestens bei Vertragsabschluss. Kann ausdrücklich oder konkludent geschehen. Die Person des Vertretenen kann zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses bestimmt oder unbestimmt sein. Der Vertretene ist bestimmt, wenn er bis zum Geschäftsabschluss dem Dritten bekannt ist. Unbestimmt ist z.B. „Handeln für den es angeht“. In jedem Fall muss der Vertretene jedoch später bezeichnet werden, ansonsten gilt Art. 39 OR.

Eigengeschäft des Vertreters liegt vor, wenn sein Handeln objektiv nicht als Handeln im fremden Namen zu werten ist. Wollte der Vertreter gar kein eigenes Geschäft abschliessen, liegt Erklärungsirrtum vor.

Ausnahme vom Prinzip der Offenkundigkeit: wenn es dem Dritten gleichgültig ist.

## **Wirkungen der direkten Stellvertretung**

- Ausschliesslich der Vertretene wird aus dem Rechtsgeschäft verpflichtet und berechtigt
- Der Vertretene muss alle Rechtshandlungen des Vertreters gegen sich gelten lassen
- Hat sich der Vertreter in einem Irrtum befunden oder liegen sonstige Willensmängel vor, sind diese vom Vertretenen geltend zu machen
- Die Berufung auf einen Willensmangel ist ausgeschlossen, wenn der Vertretene oder der Vertreter den wahren Sachverhalt kennt → sie müssen sich gegenseitig ihr Wissen anrechnen lassen.

## **Vollmacht**

Die Vollmacht ist die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht.

## **Bevollmächtigung**

Ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Stellt eine Willenserklärung dar, bedarf keiner Annahmeerklärung. Der Vertreter wird bloss berechtigt, jedoch nicht verpflichtet.  
Formfreiheit.

### **Vollmacht und Grundverhältnis**

Das Rechtsgeschäft der Vollmacht ist entweder auf einen Vertrag oder auf GoA zurückzuführen. Die Vollmacht ist vom Grundverhältnis losgelöst. Das Erlöschen der Vollmacht berührt das Grundverhältnis grundsätzlich nicht, Art. 34, 1 OR.

Die Vollmacht berechtigt den Bevollmächtigten, im Namen des Geschäftsherrn tätig zu werden. Demgegenüber regelt das Grundverhältnis das Innenverhältnis. Dieses berechtigt nicht nur, sondern verpflichtet auch.

### **Kundgabe der Vollmacht**

Interne Vollmacht richtet sich direkt an den gewillkürten Vertreter, externe Vollmacht umfasst die Kundgabe an Dritte. Die Kundgabe an Dritte kann die Bevollmächtigung nicht ersetzen.

### **Umfang und Art der Vollmacht**

Art. 33, 2 OR. Hat der Vertretene den Umfang der Vollmacht tatsächlich nicht richtig verstanden, ist sie als Willenserklärung nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.

- Überschreitet der Vertreter, handelt er vollmachtlos
- Dem Vollmachtgeber steht es jederzeit frei, die Vollmacht in verschiedener Hinsicht zu beschränken.

- **Spezialvollmacht:** umfasst bloss ein einzelnes Rechtsgeschäft
- **Gattungsvollmacht:** Geschäfte einer bestimmten Gattung oder Art
- **Generalvollmacht:** für alle Rechtsgeschäfte, die ein bestimmtes Vermögen betreffen.

### **Kaufmännische Vertretung**

Prokura, Handlungsvollmacht, Vollmacht des Handelsreisenden

Besonderheit: Der Umfang der Vertretungsmacht ist gesetzlich umschrieben

Die Prokura muss ins Handelsregister eingetragen werden, die anderen zwei sind formfrei.

### **Haupt- und Untervollmacht**

Der Vertretene erteilt dem Vertreter die Vollmacht, seinerseits einen weiteren Vertreter (Untervollmacht) zu bevollmächtigen. Der Untervertreter handelt grundsätzlich unmittelbar im Namen und mit Wirkung für den Geschäftsherrn (und nicht für den Hauptvertreter).

### **Einzel- und Kollektivvollmacht**

Bei der Kollektivvollmacht handeln zwei oder mehrere Vertreter zusammen. Zweck: *gegenseitige Kontrolle*. Es ist aber nicht erforderlich, dass sie gemeinschaftlich oder gleichzeitig handeln. Die vorgängige Zustimmung genügt aber nur dann, wenn der Inhalt des betreffenden Geschäfts bereits feststeht.

**Solidarvollmacht:** Wenn der Geschäftsherr mehreren Vertretern eine Einzelvollmacht erteilt. Können jeweils allein tätig werden.

## **Insichgeschäfte**

Wenn ein und dieselbe Person auf beiden Seiten tätig wird.

- **Selbstkontrahieren** (Selbsteintritt): der Vertreter schliesst das Geschäft im Namen des Vertretenen mit sich selbst
- **Doppelvertretung**: der Vertreter handelt im Namen des Vertretenen auf der einen Seite, und gleichzeitig auf der anderen Seite im Namen eines Dritten.

Solche Geschäfte sind grundsätzlich unzulässig, ausser:

- Wenn der Vertretene den Vertreter dazu ermächtigt oder nachträglich genehmigt
- Wenn die Natur des Rechtsgeschäftes die Gefahr der Benachteiligung des Vertretenen ausschliesst

Falls dies nicht vorliegt, aber der Vertretene dennoch ein Interesse am Rechtsgeschäft hat, kann er dieses nachträglich genehmigen, Art. 38, 1 OR. Beim Interessenskonflikt juristische Person/Organ sind die Regeln des Selbstkontrahierens analog anwendbar.

## **Erlöschen der Vollmacht**

### **Erlöschensgründe:**

- **Fristablauf, Eintritt der Bedingung oder Geschäftserfüllung**  
Die Dauer der Vollmacht ergibt sich i.d.R. aus dem Inhalt der Bevollmächtigung. Ist kein anderer Wille ersichtlich, wird angenommen, dass die Vollmacht stillschweigend auf die Dauer des Grundverhältnisses befristet ist.
- **Widerruf durch den Vollmachtgeber**  
Kann jederzeit ganz oder teilweise erfolgen. Der Widerruf wirkt *ex nunc* (nur für die Zukunft).  
Es gibt keinen vertraglichen Verzicht auf das Widerrufsrecht (widerspricht Art. 27, 2 ZGB). Das Gleiche gilt für die Vereinbarung einer Konventionalstrafe für den Fall des Widerrufs.  
Die Willenserklärung wird wirksam, sobald sie dem Bevollmächtigten zugegangen ist. Kann ausdrücklich oder stillschweigend (z.B. Auflösung des Grundverhältnisses) sein.
- **Verzicht durch den Vertreter**  
Einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, wirkt *ex nunc*. Die Niederlegung genügt für das Erlöschen der Vollmacht, es braucht keinen zusätzlichen Widerruf durch den Vertretenen.
- **Gesetzliche Erlöschungsgründe**  
Art. 35 OR  
Postmortale Vollmacht: die Vollmacht erlischt nur, wenn der Vollmachtgeber nichts anderes bestimmt hat oder sich aus der Natur des Geschäftes nichts abweichendes ergibt. So kann die Vollmacht den Tod überdauern und der Bevollmächtigte vertritt die Erben des Vollmachtgebers.

## Stellvertretung ohne Vertretungsmacht

Ohne Vertretungsmacht handelt der Vertreter, wenn:

- Die Vollmacht nie oder nicht mit dem erforderlichen Umfang bestanden hat
- Die ursprünglich einmal erteilte Vollmacht vor Abschluss des Geschäfts beschränkt wird oder erlischt
- Der Kollektivbevollmächtigte allein handelt

Liegt einer dieser Fälle vor, wird der Vertretene nur berechtigt und verpflichtet, wenn der Gutgläubensschutz eines Dritten oder des Vertreters dies verlangt oder wenn er das Geschäft genehmigt.

### Gutgläubensschutz des Dritten (externe Vollmacht)

Art. 33, 3 und 34, 3 OR.

#### **Voraussetzungen:**

- Kundgabe der Vollmacht (ist jedoch blosser Wissenserklärung)
- Die Mitteilung bedarf keiner besonderen Form, sie kann ausdrücklich oder konkludent sein, sich an bestimmte oder unbestimmte Personen richten.
- Konkludent erfolgt sie, wenn der Geschäftsherr einer Person eine Stellung einräumt, mit der nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr eine Ermächtigung einhergeht.
- Die Kundgabe der Vollmacht kann auch ohne Erklärungsbewusstsein des Vollmachtgebers wirksam werden. Dazu braucht es die objektive Zurechenbarkeit der Erklärung zu ihm und dass er sich der Bedeutung seines Verhaltens hätte bewusst sein können.

→ Die Vertretungswirkung tritt immer dann ein, wenn der Dritte *durch das aktive oder passive Verhalten des Vertretenen nach Treu und Glauben* auf einen **Mitteilungswillen** schliessen durfte.

**Mittelbare Kundgabe:** der Prinzipal gibt die Vollmachtsurkunde dem Vertreter, welcher sie dem Dritten aushändigt.

**Gutgläubigkeit des Dritten:** Dritter muss auf Vorliegen eines Fremdgeschäfts vertrauen. Nur der gutgläubige Dritte darf auf Bestand und Umfang einer ihm mitgeteilten Vollmacht vertrauen.

#### **Art. 33, 3 OR im Speziellen**

Externe Vollmacht, Rechtsscheins-, Anscheins-, Duldungsvollmacht, Quasivollmacht. Es geht immer darum, dass dem Vertretenen Handlungen zugerechnet werden, für die er dem Vertreter keine Vollmacht erteilt hat.

- **Rechtsscheinsvollmacht:** der Prinzipal hat das Bestehen einer Vollmacht mitgeteilt
- **Externe Duldungsvollmacht:** der Prinzipal weiss, dass ein anderer als sein Vertreter auftritt und schreitet nicht dagegen ein
- **Externe Anscheinsvollmacht:** der Prinzipal hat zwar keine Kenntnis vom Handeln seines Vertreters, hätte dies aber bei pflichtgemässer Sorgfalt erkennen müssen und verhindern können

**Umfang nach Massgabe der Kundgabe:** *Die Vertretungswirkung tritt in diesem Umfang ohne Rücksicht auf die „interne“ Vollmacht ein.*

### **Art. 34, 3 OR im Speziellen**

Unterschied zu Art. 33: der Vollmachtgeber hat dem Vertreter für das betreffende Rechtsgeschäft zwar einmal die Vollmacht erteilt, sie jedoch später widerrufen oder eingeschränkt.

Dieser Widerruf wird dem Dritten jedoch nicht mitgeteilt; gutgläubige Dritte werden in ihrem Vertrauen auf die Kundgabe der Vollmacht geschützt. Die Berufung auf den Widerruf ist ausgeschlossen.

Gleiches gilt, wenn der Vertreter die Vollmachtsurkunde nach dem Widerruf weiterverwendet.

### **Gutglaubensschutz des Vertreters (Art. 37 OR)**

Wenn der Vertreter oder der Dritte nicht weiss bzw. nur unter Anwendung pflichtgemässer Sorgfalt nicht wissen konnte, dass die Vollmacht erloschen ist. Handelt der Vertreter, obwohl ihm das Erlöschen der Vollmacht bekannt ist, ist er nach Art. 38, 1 OR schadenersatzpflichtig.

Art. 37 OR geht Art. 36 OR vor.

### **Genehmigung durch den Vertretenen (Art. 38 OR)**

Fehlt die Vertretungsmacht, wird der Vertreter nicht an den Vertrag gebunden. Fehlende Vertretungsmacht kann auf einer ungültigen, erloschenen oder in ihrem Umfang überschrittenen Vollmacht beruhen.

Die Genehmigung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung des Vertretenen (Gestaltungserklärung), die auch konkludent erfolgen kann.
---

### **Rechtslage bis zum Entscheid der Genehmigung**

Der ohne Vollmacht geschlossene Vertrag ist vorerst einseitig unverbindlich. *Der Dritte ist gebunden, der Vertretene hingegen nicht.* Die Handlung des Vertreters bleibt „in der Schwebe“; dies hängt allein vom Willen des Vertretenen ab.

Art. 38, 2 OR: genehmigt der Vertretene den Vertrag nicht innert dieser Frist, wird der Dritte vom Vertrag befreit.

Stillschweigen gilt als Ablehnung der Genehmigung.

### **Rechtslage nach erfolgter Genehmigung**

Die Genehmigung ersetzt die fehlende Vollmacht. Sie wirkt ex tunc.

Der Vertretene kann den Vertreter für sein vollmachtswidriges Verhalten gestützt auf das Grundrechtsverhältnis zur Rechenschaft ziehen.

### **Rechtslage bei Nichtgenehmigung**

Der Vertretene kann seinen Entscheid nicht mehr zurücknehmen. Der Vertreter wird Dritten gegenüber nach Art. 39 OR **schadenersatzpflichtig**. Den Vertretenen trifft keine Schadenersatzpflicht.

Rechtsfolgen der fehlenden Vertretungswirkung