



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.

Gauch / Schluemp / Schmid

OR AT

**Schweizerisches Obligationenrecht
Allgemeiner Teil**

11. Teil

Band I

1. TEIL: GRUNDLAGEN	7
§2 GRUNDBEGRIFFE DES OBLIGATIONENRECHTS	8
I. Obligation	8
II. Forderung	8
1. Begriff	8
2. Entstehung der Forderung	8
3. Gegenstand der Forderung: Leistung des Schuldners	8
4. Inhalt der Forderung	8
5. andere subjektive Rechte	9
6. Einzelfragen	10
III. Schuld, Haftung und Schuldverhältnis	10
1. Schuld	10
2. Haftung	11
3. Schuldverhältnis	11
IV. Rechtsgeschäft	11
1. Begriff	11
2. Arten	11
3. Rechtsgeschäft und andere juristische Tatsachen	12
V. Willenserklärung	13
1. Begriff	13
2. Form	13
3. Empfangsbedürftigkeit	14
VI. Vertrauensprinzip	14
1. Das Prinzip	14
2. Verdeutlichung	14
VII. Vertrag	15
1. Begriff	15
2. Arten	15
3. Schuldvertrag	16
4. faktisches Vertragsverhältnis	17
2. TEIL: ABSCHLUSS DES VERTRAGS	18
§4 VERTRAGSABSCHLUSS IM ALLGEMEINEN	19
I. Übersicht	19
II. Die am Vertragsabschluss Beteiligten	19
III. Übereinstimmende Willenserklärungen	19
1. Das Vorliegen übereinstimmender Willenserklärungen; tatsächlicher und rechtlicher Konsens	19
2. Der Konsens und der Dissens	20
3. Die Einigung über den wesentlichen Vertragsinhalt	21
IV. Austausch der Willenserklärungen	22
1. Gegenseitigkeit der Willenserklärungen	22
2. Der Antrag	22
3. Die Annahme (Akzept, Akzeptation)	24
4. Der Widerruf von Antrag oder Annahme	25
5. Vertragsabschluss ohne "Antrag" und "Annahme"	26

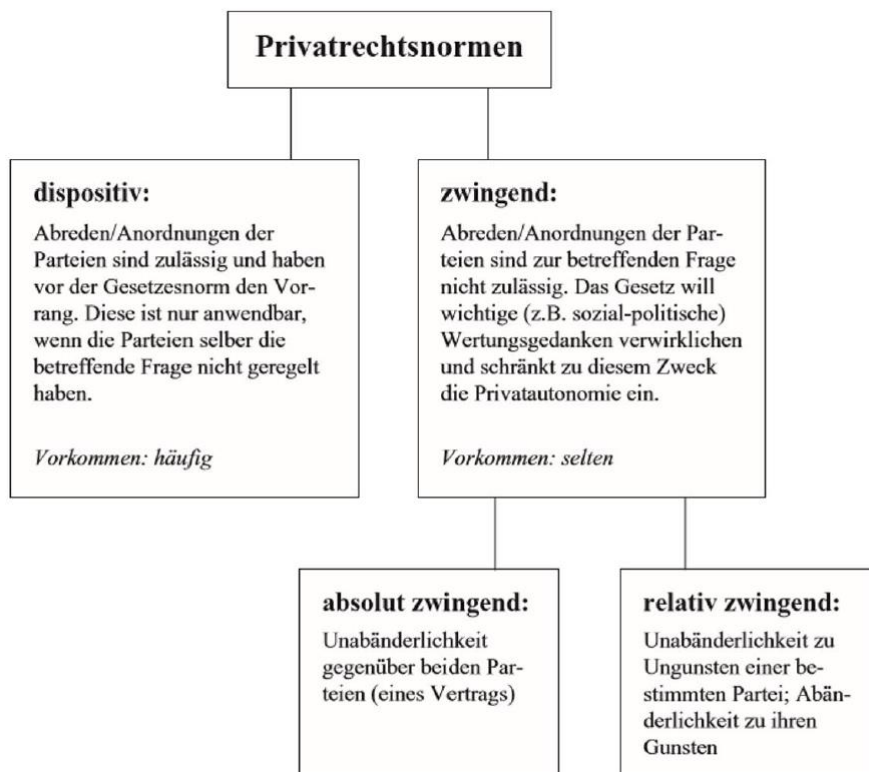
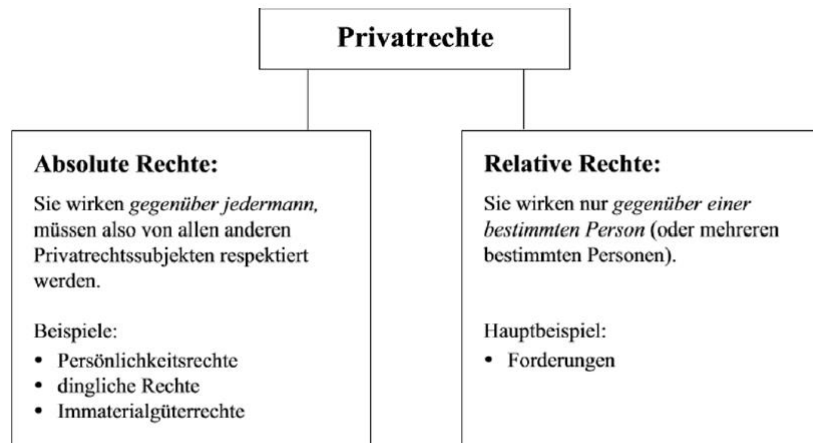
§5 FORM DER VERTRÄGE	27
I. Gesetzlich vorgeschriebene Form	27
1. Der Grundsatz der Formfreiheit (Art. 11 Abs. 1)	27
2. Gesetzliche Formvorschriften	27
3. Umfang des Formzwangs	28
4. Formungültigkeit	28
5. Einzelfragen	29
II. Vertraglich vorbehaltene Form (Art. 16)	30
1. Der Tatbestand	30
2. Die zwei Vermutungen des Art. 16	30
3. Einzelfragen	30
§6 VERTRAGSFREIHEIT	31
I. Die Bedeutung der Vertragsfreiheit	31
II. Die Inhaltsfreiheit (Art. 19 Abs. 1)	31
III. Die rechtlichen Schranken der Inhaltsfreiheit (Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1)	31
1. Ein Vertrag mit unmöglichem Inhalt	31
2. Ein Vertrag mit widerrechtlichem Inhalt	32
3. Ein Vertrag, "der gegen die guten Sitten verstösst"	32
4. Die Bedeutung der Grundrechte	32
IV. Die Rechtslage bei unmöglichem, rechtswidrigem oder sittenwidrigem Vertragsinhalt	33
1. Nichtigkeit des Vertrags (Art. 20 Abs. 1)	33
2. Blosser Teilnichtigkeit (Art. 20 Abs. 2)	33
V. Einzelfragen	34
§7 ÜBERVORTEILUNG UND WILLENSMÄNGEL	35
I. Die Übervorteilung - Art. 21 OR	35
1. Der Tatbestand	35
2. Rechtsfolge	35
3. Einzelfragen	35
II. Die Willensmängel	35
1. Der Irrtum (Art. 23 ff.)	35
2. Die absichtliche Täuschung (Art. 28)	39
3. Die Furchterregung (Art. 29 f.)	39
4. Die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrages	40
5. Einzelfragen	41
§8 VERTRAGSVERHANDLUNGEN	42
I. Die Verhandlungen	42
II. Die Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben	42
1. konkrete Einzelpflichten	42
2. Haftung aus "culpa in contrahendo"	42
3. Verallgemeinerung zur "Vertrauenshaftung"	43
III. Der Verhandlungsvertrag	43
IV. Die Beendigung der Verhandlungen	44

1. Beendigung durch Abbruch der Verhandlung.....	44
2. Beendigung durch Vertragsabschluss	44
§9 SONDERTATBESTÄNDE IM ZUSAMMENHANG MIT DEM VERTRAGSABSCHLUSS	45
I. Diskrepanz zwischen Wortlaut und übereinstimmendem wirklichen Willen	45
1. Der Tatbestand des Art. 18 Abs. 1.....	45
2. Die ungewollte Diskrepanz: gemeinsamer Irrtum der Parteien.....	45
3. Die gewollte Diskrepanz: Simulation.....	45
4. Simulation und fiduziarische Rechtsübertragung	46
VI. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)	46
1. Begriff, Erscheinungsformen, Zwecke und Problematik	46
2. Die Geltung der AGB und ihre Schranken	47
3. Die Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG insbesondere	49
4. Würdigung.....	50
VII. Das Bestätigungsschreiben.....	50
1. Begriff.....	50
2. Beweisbedeutung.....	50
3. Die Frage nach der konstitutiven Wirkung.....	50
3. TEIL: AUSLEGUNG, ERGÄNZUNG UND ANPASSUNG DES VERTRAGS	51
§10 DIE AUSLEGUNG DES VERTRAGS.....	52
I. Allgemeines.....	52
II. Auslegungsmittel und Auslegungsregeln	52
2. Die allgemeinen Auslegungsregeln	52
3. Die vereinbarten Auslegungsregeln	53
III. Sonderfälle	53
1. Auslegung Allgemeiner Vertragsbedingungen	53
2. Auslegung formbedürftiger Verträge	53
§11 DIE ERGÄNZUNG DES VERTRAGS	54
I. Allgemeines.....	54
II. Vertragsergänzung durch dispositives Gesetzesrecht	54
III. Vertragsergänzung durch das Gericht.....	54
IV. Vertragsergänzung in wesentlichen Punkten und bei formbedürftigen Verträgen	55
1. Ergänzung in wesentlichen Punkten	55
2. Ergänzung bei formbedürftigen Verträgen	55
§12 DIE ANPASSUNG DES VERTRAGS AN "VERÄNDERTE VERHÄLTNISSE"	55
I. Von der Anpassung des Vertrags im Allgemeinen.....	55
II. Die Anpassung des Vertrags durch das Gericht.....	56
III. Das unerwartete Ausbleiben einer Verhältnisänderung	56

4. TEIL: DIE STELLVERTRETUNG	57
§13 DIE STELLVERTRETUNG IM ALLGEMEINEN	58
I. Wesen	58
II. Voraussetzungen der Vertretungswirkung	58
1. Die Hauptvoraussetzungen	58
2. Weitere Voraussetzungen	59
III. Vollmacht	59
1. Bevollmächtigung (Vollmachterteilung)	59
2. Umfang der Vollmacht	60
3. Erlöschen der Vollmacht	60
§14 VERTRETUNG OHNE VOLLMACHT	61
I. Der Tatbestand	61
II. Die Rechtslage zwischen dem Vertretenen und dem Dritten	61
1. Regel: Keine Vertretungswirkung ohne Genehmigung (Art. 38 OR)	61
2. Ausnahme: Vertretungswirkung ohne Genehmigung	61
III. Die Rechtsstellung des Vertreters (ohne Vollmacht)	62
1. Die Rechtslage zwischen Vertreter und Drittem	62
2. Die Rechtslage zwischen Vertreter und Vertretenem	62
§15 NACHTRAG	63
I. Echte und unechte Stellvertretung	63
II. Nachtrag zur echten Stellvertretung	63
1. Mehrheit von Vertretern	63
2. Vertretung mehrerer: Handeln für sich und für andere	63
3. Selbsteintritt und Doppelvertretung	63
4. Überschreitung einer Vollmacht	63
5. Wissensvertretung	64
6. Untervollmacht (Substitution)	64
5. TEIL: DIE UNGERECHTFERTIGTE BEREICHERUNG	65
§16 DER TATBESTAND	66
I. Die Umschreibung des Tatbestands (Art. 62 Abs. 1)	66
II. Ursachen der ungerechtfertigten Bereicherung	66
1. Rechtsgrundlose Leistung des Entreicherten	66
2. weitere Ursachen	66
§17 DIE RECHTSFOLGE	67
I. Bereicherungsanspruch als Folge der ungerechtfertigten Bereicherung	67
1. Grundsatz	67
2. Verhältnis zu anderen Rechtsbehelfen	67
II. Gegenstand und Umfang der Rückerstattung	68

1. Gegenstand	68
2. Umfang.....	68
III. Ausschluss des Bereicherungsanspruchs oder seiner Klagbarkeit	68
1. Ausschluss des Bereicherungsanspruchs	68
2. Ausschluss der Klagbarkeit.....	69
Bereicherungsrecht – Folien aus der VL.....	70
§18 EINZELFRAGEN	70
I. Bereicherung/Entreicherung	70
II. Rückerstattungsanspruch	70
III. Anwendung des Art. 63 Abs. 1 bei synallagmatischen Schuldverträgen.....	70
5A. TEIL: HAFTPFLICHTRECHT	71
§18A AUSSERVERTRAGLICHES HAFTPFLICHTRECHT (GRUNDZÜGE).....	72
I. Grundlage.....	72
1. Begriff und Kennzeichen	72
2. Rechtsquellen: Art. 41-61 OR.....	72
II. Der Tatbestand der Verschuldenshaftung	72
1. Übersicht	72
2. Schaden	73
3. Kausalzusammenhang.....	74
4. Widerrechtlichkeit.....	74
5. Verschulden.....	74
III. Der Tatbestand der Kausalhaftung	75
1. Im Allgemeinen	75
2. Beispiele für einfache Kausalhaftungen	75
3. Beispiele für Gefährdungshaftungen	76
IV. Die Rechtsfolge: Schadenersatzpflicht.....	76
1. Schadenersatzbemessung (Art. 43 und 44 OR).....	76
2. Art des Schadenersatzes (Art. 43 Abs. 1 OR).....	76
3. Schadenszins (Art. 73 Abs. 1 OR).....	76
V. Die Pflicht zur Leistung einer Genugtuung (Art. 47 und 49 OR).....	77
1. Begriff	77
2. Voraussetzung	77
3. Art und Bemessung	77
VI. Einzelfragen	77
1. Die Verjährung (Art. 60 OR)	77
2. Die Haftung mehrerer (Art. 50 f.).....	78
3. Die Staatshaftung.....	78

1. TEIL: GRUNDLAGEN



§2 Grundbegriffe des Obligationenrechts

I. Obligation

Obligation

Ist eine Rechtsbeziehung zwischen 2 Personen(gruppen), die darin besteht, dass die eine Person /Gläubigerin) eine Forderung gegenüber der anderen Person hat.

Im Gesetz verwendete Bezeichnungen: Anspruch, Verbindlichkeit, Schuldpflicht, Forderung, Verpflichtung

II. Forderung

1. Begriff

Forderung

Klagbares subjektives Recht auf Leistung.

Gläubiger (Berechtigter) und Schuldner (Verpflichteter) sind stets Personen, d.h. Rechtssubjekte (Träger von Rechten und Pflichten). Forderung und Schuld sind korrelative Begriffe; bezeichnen den selben Sachverhalt (Obligation) von 2 verschiedenen Seiten betrachtet.

2. Entstehung der Forderung

Jede Forderung setzt einen Rechtsgrund voraus, der sie rechtlich entstehen lässt. Entstehungsgründe sind:

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

3. Gegenstand der Forderung: Leistung des Schuldners

Leistung

Aufwand zum Vorteil eines anderen (materieller oder ideeller Vorteil)

Arten von Leistungen

1. Leistungen, die in einem Tun (positive Leistung; Sach- oder Dienstleistung), Unterlassen oder Dulden (negative Leistung; Nichttun) bestehen
2. Tatsächliche (keine Rechtsfolge) und rechtliche Leistungen (bewirkt eine Rechtsfolge)
3. Einmalige und fortgesetzte Leistungen
4. Individuelle (einzelner Leistungsempfänger) und überindividuelle Leistungen (gleichzeitig mehrere Leistungsempfänger, z.B. Filmvorführung)

4. Inhalt der Forderung

1. Das private Recht des Gläubigers auf Leistung des Schuldners

- Einzelbefugnis des Gläubigers: Befugnis, die Leistung gerichtlich oder aussergerichtlich zu verlangen, sobald die Forderung Fällig ist
- Genussbefugnis: Befugnis, die Leistung entgegenzunehmen und zu geniessen

2. Das Klagerecht des Gläubigers

- Richtet sich gegen den Staat als Träger der Gerichtsbarkeit
- Rech auf staatlichen Rechtsschutz, also auf Verurteilung des Schuldners zur Leistung und auf alle Vollstreckungsmassnahmen, die das Gesetz zur Durchsetzung der Forderung vorsieht
 1. Recht auf ein Urteil; das den Schuldner zur Leistung verpflichtet. Voraussetzung ist das Vorhandensein eines schützenswerten Interesses der Klägerin
 2. Recht auf Realvollstreckung; Recht auf behördliche Massnahmen zur Erzwingung der Leistung

3. Das Zugriffsrecht des Gläubigers / Recht auf Betreibung

- Recht des Gläubigers, im Fall der Nichtleistung auf das Vermögen des Schuldners zu greifen
- Besteht nur für Forderungen, die der Schuldbetreibung unterliegen
- Bildet das Korrelat zur (Schuld-)Haftung des Schuldners, wonach dieser mit seinem Vermögen für die Erfüllung iner Schuld eintreten muss

Fälligkeit vs. Erfüllbarkeit

Fällig wird die Forderung mit dem Zeitpunkt, von dem an der Gläubiger die Leistung fordern und einklagen darf; vor der Fälligkeit besteht die Forderung zwar, der Gläubiger darf aber die Leistung nicht erheben.

Erfüllbar ist die Forderung während des Zeitraums, während dessen der Schuldner die Leistung vornehmen darf.

5. andere subjektive Rechte

Überblick

1. Absolute Rechte
 - Dingliches Recht
 - Immaterialgüterrecht
 - Persönlichkeitsrecht
2. Gestaltungsrechte
 - Gesetzliche und vertragliche Gestaltungsrechte
 - Begründende Gestaltungsrechte
 - Ändernde Gestaltungsrechte
 - Ausfüllende Gestaltungsrechte
 - Aufhebende Gestaltungsrechte
 - Private Gestaltungsrechte
 - Gestaltungsklagerechte
3. Vertretungsrechte

Absolute Rechte

Rechte, welche sich gegen jedermann richten (allwirksame Rechte, Rechte erga omnes). Sie kommen in verschiedenen Erscheinungsformen vor:

- **Dingliches Recht:** richtet sich auf unmittelbare Beherrschung einer körperlichen Sache
 - Eigentumsrecht (ZGB 641)
 - Beschränktes dingliches Recht (ZGB 730 ff.)
- **Immaterialgüterrecht:** geistiges Gut zum Gegenstand -> ausschliessliche Befugnis der Benutzung eines Verfahrens, der Verwertung eines geschützten Werks, des Gebrauchs einer Firma, Marke usw.
- **Persönlichkeitsrecht:** gewährleistet Schutz der Persönlichkeitssphäre

Gestaltungsrechte

Befugnis, durch einseitige Willenserklärung die Rechtsstellung eines anderen (ohne dessen Mitwirkung) zu verändern. Man unterscheidet verschiedene Arten:

1. Nach Entstehungsgrund
 - Gesetzliche und vertragliche Gestaltungsrechte
2. Nach Inhalt
 - Begründende Gestaltungsrechte (z.B. Kauf- und Rückkaufsrecht, Vorkaufsrecht)
 - Ändernde Gestaltungsrechte (z.B. Minderungsrecht des Bestellers)
 - Ausfüllende Gestaltungsrechte
 - Aufhebende Gestaltungsrechte (z.B. Kündigungs- und Rücktrittsrecht, Widerruf eines Haustürgeschäfts)
3. Nach Wirkung
 - Private Gestaltungsrechte (nur durch private Willenserklärung (ohne Klage) ausübbar -> Regelfall)
 - Gestaltungsklagerechte (durch Klage, also Prozessweg durch Gestaltungsklage, ausübbar)

Einrede

Sie besteht und erschöpft sich in der Befugnis, die Erfüllung eines Rechts, das sich gegen den Einredberechtigten richtet, zu verweigern: entweder dauern (peremptorische Einrede, z.B. Einrede der Verjährung) oder vorübergehend (dilatatorische Einrede, z.B. Einrede des nicht erfüllten Vertrags, Art. 82)

- Ist ein Gestaltungsrecht besonderer Art
- Wird durch Willenserklärung ausgeübt und setzt Geltendmachung des entgegenstehenden Rechts voraus
- **Einwendung** (Einrede betr. Tatsachenbehauptungen): bestreitet den Bestand des vom Gegner behaupteten Rechts durch Vorbringen bestimmter Tatsachen, aus denen sich ergibt, dass das Recht entweder nicht entstanden oder untergegangen ist

Vertretungsrechte

Befugnis, Dritten gegenüber mit Wirkung für einen anderen so zu handeln, wie wenn der andere selbst handeln würde. Sie ist in der Ermächtigung (Art. 33) eingeschlossen.

6. Einzelfragen

Unvollkommene Obligation

Unter dieser Bezeichnung werden Sachverhalte zusammengefasst:

- **Naturobligation:** Forderung ohne Klarbarkeit, also keine Forderung im Rechtssinn. Gläubiger hat ein Recht auf Leistung, die Leistung wird geschuldet weil versprochen, aber der Staat verweigert dem Gläubiger Rechtsschutz. (z.B. Art. 513 Schuld aus Spiel und Wette, Ehrenschild)
- **Sittliche Pflichten:** sind sittliche Leistungspflichten, aber keine Rechtspflichten -> Leistung nicht geschuldet im Rechtssinn, sodass keine Forderung besteht (z.B. Pflicht, Verwandte über den Rahmen von ZGB 328 hinaus zu unterstützen)
- **Die einredebelastete Forderung:** klagbar und daher Forderung im Rechtssinn, doch vermag der Schuldner durch Einrede zu bewirken, dass entweder kein dem Gläubiger günstiges Urteil ergehen kann (z.B. Verjährungseinrede) oder dass Vollstreckung in das Vermögen des Schuldners unterbleibt

Verjährung, Verwirkung, Verjährungseinrede

Die Verjährung lässt die Forderung - im Unterschied zur Verwirkung - nicht untergehen. Doch gibt die eingetretene Verjährung dem Schuldner das Recht, die eingeklagte Leistung (obwohl geschuldet) durch Einrede zu verweigern. Erhebt der Schuldner die Einrede, so wird die Klage abgewiesen. Unterlässt er dagegen die Verjährungseinrede, so ist die Klage trotz der Verjährung gutzuheissen. Der Richter darf also die Verjährung nicht von Amtes wegen berücksichtigen. (Art. 142)

Realobligation

Obligation im Rechtssinn; Klagbares Recht auf Leistung (Forderungsrecht), das sich gegen einen bestimmten Schuldner richtet. Indes beinhaltet sie ein reales (dingliches) Element. Schuldner einer Forderung ist z.B. der jeweilige Eigentümer einer bestimmten Sache, sodass mit dem Eigentum an der Sache auch die Person des Schuldners wechselt.

Realbelastung

Gestaltungrecht (nicht wie bei Realobligation eine Forderung) richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer einer Sache. (z.B. Grundbuch vorgemerkt Kaufsrecht, Art. 216a und ZGB 959)

III. Schuld, Haftung und Schuldverhältnis

1. Schuld

Schuld

Einklagbare Pflicht zur Leistung.

- allgemeine Regel nach Art. 68: Schuldner nur dann verpflichtet, die Leistung persönlich zu erbringen, wenn es auf seine Persönlichkeit ankommt
- **erfolgsbezogene Schulden:** Leistungsverfolg wird mitgeschuldet, während sich Leistungspflicht bei anderen Schulden darauf beschränkt, im Hinblick auf den Erfolg pflichtgemäss tätig zu sein
- **Wahlobligation:** Schuld kann in der Weise auf mehrere Leistungen gerichtet sein, dass wahlweise nur die eine oder die andere erbracht werden soll
- **Alternativermächtigung:** durch Vertrag oder nachträgliche einseitige Erklärung der Gläubigerin ist der Schuldner befugt (nicht verpflichtet) anstelle der geschuldeten Leistung (Hauptleistung) eine nicht geschuldete Leistung (Ersatzleistung) zu erbringen und sich dadurch zu befreien -> Wahlobligation richtet sich nur auf die Hauptleistung
- **Einfache Schuld (Zielschuld):** hat gezählte (häufig einmalige) Leistung zum Gegenstand und erlischt mit ihrer Erfüllung, z.B. Kaufschuld
- **Dauerschuld:** verlangt fortdauerndes oder wiederholtes Leistungsverhalten; sie erlischt nicht durch Erfüllung, sondern durch Zeitablauf oder anderem Grund (Kündigung)
- Die auf **Sachleistung** gerichtete Schuld ist entweder eine **Stückschuld (Speziesschuld):** geschuldete Sache individuell bestimmt) oder **Gattungsschuld (Genus-Schuld):** nur der Gattung nach, d.h. nach Art und Zahl - Art. 71, bestimmt). Im Falle einer Gattungsschuld trifft den Schuldner eine Beschaffungspflicht
- **Vorratsschuld/begrenzte Gattungsschuld:** Sonderform der Gattungsschuld; geschuldet sind z.B. 100L aus begrenztem Vorrat

Obliegenheit

- **Gemeinsamkeiten mit Schuld:** hat ein bestimmtes Verhalten gegenüber einem anderen zum Gegenstand (zB obliegt es dem Käufer, die empfangene Kaufsache zu prüfen und Mängel sofort zu rügen)
- **Unterschied zur Schuld:** ist eine "**Pflicht milderer Grades**":
 - Belasteter kann nicht zur Erfüllung angehalten werden -> nicht einklagbar
 - Belasteter wird nicht zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet, falls er die Obliegenheit verletzt
- **Verletzung der Obliegenheit:** hat Verlust oder Minderung eigener Rechte zur Folge, weshalb das ihm auferlegte Verhalten auch in eigenem Interesse steht

2. Haftung

Bedeutungen - Übersicht

- Schuldhaftung (Kennzeichen sind: Realhaftung, Individualhaftung, Werthhaftung, Vollhaftung)
- Schadenersatzpflicht (Art. 41 und 99)
- Einstehenmüssen für Mängel einer Kaufsache oder Werks (Art. 197 und 370 Abs. 1)
- Schuld (Art. 143, 403, 473, 537, 568)

Schuldhaftung

Einstehenmüssen des Schuldners für die Erfüllung seiner Schuld, und zwar mit seinem Vermögen (Zugriffsmacht des Gläubigers)

- Wirkt im Fall der Nichtleistung des Schuldners
- Gläubiger lässt Aktiven des Schuldnervermögens im Betreibungsverfahren (kein Recht auf privaten Zugriff!) mit Beschlag belegen und verwerten
- Gleichstellung der Gläubiger: Alle Aktiven des Schuldvermögens haften grundsätzlich sämtlichen Gläubigern in gleicher Weise (wird aber durchbrochen durch Pfändungsgruppen, Vorzug der Pfandgruppen etc.)
- Kennzeichen:
 - **Realhaftung:** Schuldner haftet nur mit seinem Vermögen, nicht mit seiner Person
 - **Individual-, nicht Dritthaftung:** nur Schuldner haftet für die Erfüllung, nicht ein Dritter (Ausnahme ist Drittpfandverhältnis)
 - **Werthhaftung:** Aktiven des Vermögens, mit dem der Schuldner haftet, werden verwertet (versilbert), fallen nicht als solche dem Gläubiger zu
 - **Vollhaftung:** Schuldnerhaftet mit allen Aktiven seines Vermögens (Vorbehalt unpfändbare Gegenstände nach SchKG 92 f und Ausnahmen zB Grundlast ZGB 782)

3. Schuldverhältnis

Schuldverhältnis

Beschlägt ein Rechtsverhältnis in seiner Gesamtheit, mit all seinen Elementen. Es umfasst eine oder mehrere Obligationen nebst möglichen weiteren Bestandteilen wie zB Gestaltungsrechten, Vertretungsrechte etc. -> z.B. schliesst ein Schuldverhältnis aus einem Arbeitsvertrag auch Lohnforderung, Arbeitspflicht, Kündigungsrecht etc. ein

IV. Rechtsgeschäft

1. Begriff

Rechtsgeschäft

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

Willenserklärung

Besteht in der Mitteilung des Willens, dass ein Recht oder Rechtsverhältnis begründet, geändert oder beendet werden soll und bildet den Grundbestand jedes Rechtsgeschäfts.

Rechtsfolge

Besteht in der Begründung, Änderung oder Beendigung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses. Zum Wesen des Rechtsgeschäfts gehört es, dass die eintretende Rechtsfolge dem erklärten Willen entspricht.

2. Arten

Übersicht über die Arten/Einteilung

- Einteilung nach Tatbestand
 - Einseitiges Rechtsgeschäft
 - Ertrag
 - Beschluss
- Einteilung nach Rechtsfolge
 - Rechtsgeschäfte unter Lebenden
 - Rechtsgeschäfte von Todes wegen
 - Rechtsgeschäfte für sich selbst oder für einen anderen
- Gestaltungsgeschäft im Besonderen

Einteilung nach Tatbestand

- **Einseitiges Rechtsgeschäft** (nur eine Willenserklärung, zB Ermächtigung)
- **Vertrag** (Austausch übereinstimmender Willenserklärungen)
- **Beschluss** (zwei- oder mehrseitiges Rechtsgeschäft, jedoch kein Vertrag; dient dazu, eine einheitliche Entscheidung in einer gemeinsamen Angelegenheit zu treffen, zB Vereinsbeschluss)

Einteilung nach Rechtsfolge

- Rechtsgeschäfte unter Lebenden (sollen zu Lebzeiten Wirkung entfalten)
 - **Verpflichtungsgeschäft** (begründet mind. Eine Obligation und damit Schuldverhältnis, zB Arbeitsvertrag, Kauf etc.)
 - **Verfügungsgeschäft** (ändert unmittelbar, endgültig und zu Gunsten eines anderen den Bestand oder Inhalt eines Rechts, das einem Erklärenden zusteht, zB Eigentumsübertragung)
 - **Statusgeschäft/Sozialakt** (begründet, verändert oder beendet dauerhaftes Gemeinschaftsverhältnis, zB Eheschliessung, Vereinsgründung etc.)
 - **Ermächtigung** (bewirkt, dass ein anderer befugt ist, im Rechtsbereich des Erklärenden zu handeln)
- Rechtsgeschäfte von Todes wegen
 - **Verfügung von Todes wegen** (letztwillige Verfügung oder Erbvertrag, ZGB 481, 498, 512, 493)
 - **Schenkung von Todes wegen** (Art. 245 Abs 2)
- Rechtsgeschäfte für sich selbst oder für einen anderen (zB Ausübung einer Vertretungsbefugnis)

Einteilung der Rechtsgeschäfte unter Lebenden (nach der Rechtsfolge)	
Verpflichtungsgeschäft begründet eine oder mehrere Obligationen (z.B. Kauf, Miete, Werkvertrag)	Verfügungsgeschäft ändert unmittelbar zu Gunsten eines anderen ein Recht (z.B. Eigentumsübertragung, Forderungsabtretung)
Statusgeschäft (Sozialakt) begründet, ändert oder beendet ein dauerhaftes Gemeinschaftsverhältnis (z.B. Eheschliessung, Vereinsgründung)	Ermächtigungsgeschäft bewirkt, dass eine andere Person (die Ermächtigte) befugt ist, im Rechtsbereich des Erklärenden zu handeln (z.B. Bevollmächtigung)

► G/S/S, Nr. 134 ff.

Gestaltungsgeschäft im Besonderen

Einseitiges Rechtsgeschäft, mit dem der Erklärende ein Gestaltungsrecht ausübt.

- **Wirksamkeit** nur in Grenzen des Gestaltungsrechts und Ausübung darf nicht rechts- oder sittenwidrig sein oder gegen Treu und Glauben verstossen
- **Bedingungsfeindlichkeit**: darf nicht an Bedingungen geknüpft sein
- **Unwiderruflichkeit**: Ausübung ist grundsätzlich unwiderruflich -> Gestaltungserklärung bindet -> Rücknahme unter Vorbehalt als sinngemässe Anwendung von Art. 9 ist ausgeschlossen
- **Unverjährbarkeit**: unterliegt keiner Verjährung
- Für Gestaltungsklagerechte, die auf dem Klageweg auszuüben sind, gelten besondere Regeln

3. Rechtsgeschäft und andere juristische Tatsachen

Juristische Tatsachen

Nd irgendwelche Ereignisse oder Zustände, insoweit sie rechtserheblich sind, also eine Rechtsfolge nach sich ziehen. Sie kommen vor als:

- Äussere Tatsachen (zB Naturereignisse oder Zeitablauf)
- Menschliche Sachverhalte
 - Entweder blosse Zustände (zB Geschlecht, guter Glaube i.S. v. ZGB 3)
 - Oder Handlungen
 - Ungerechtfertigte Handlungen
 - Rechtshandlungen
 - Rechtsgeschäfte
 - Andere Rechtshandlungen

Rechtshandlungen

Sind erlaubte Handlungen einer Person, die Rechtsfolgen nach sich ziehen (wichtigste ist Rechtsgeschäft, andere sind zB Mitteilungen, namentlich Mahnungen oder Abmahnungen)

V. Willenserklärung

1. Begriff

Die (private) Willenserklärung

Besteht in der Mitteilung des Willens zur Begründung, Änderung oder Beendigung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses. An ihr beteiligt sind (mind.) ein Erklärender und ein Erklärungsempfänger. Die so verstandene Willenserklärung umfasst 2 Elemente:

1. Der Wille des Erklärenden
 - *Geschäftswille*: besteht im Willensentschluss des Erklärenden, ein Rechtsverhältnis in bestimmter Weise zu gestalten: zB Schuld begründen (Schuldvertrag), auf Forderung verzichten (Art. 115), Recht übertragen (164), Vertragsverhältnis zu beenden (Kündigung) -> Rechtsfolgewille und bei Schuldverträgen vertraglicher Bindungswille vorausgesetzt
 - *Erklärungswille*: besteht im Entschluss des Erklärenden, den bestehenden Geschäftswillen dem Empfänger mitzuteilen, damit er Geltung erlangt
2. Der Erklärungsvorgang
 - Abgabe der Erklärung = Erklärungshandlung, durch die der Erklärende seinen Geschäftswillen mitteilt
 - Kenntnisnahme der Erklärung durch den Empfänger

2. Form

Übersicht über die verschiedenen Formen

(Art und Weise, wie der Erklärende seinen Geschäftswillen dem Empfänger mitteilt)

- Reine Erklärung
- Konkludentes (schlüssiges) Verhalten
- mündliche und schriftliche Erklärung
- Unmittelbare und mittelbare Erklärung
- Ausdrückliche und stillschweigende Erklärung

Reine Erklärung

- Mitteilung durch Handlung, die gerade und nur bezweckt, den Geschäftswillen kundzugeben (ist die Regel)
- Erklärender verwendet bestimmte Ausdrucksmittel: Sprache (Geschrieben oder gesprochen), Zeichen (Nicken, Kopfschütteln etc.) oder blosses Schweigen (Erklärung durch Schweigen zB Art. 6)

Konkludentes (schlüssiges) Verhalten

- Erklärender gibt Geschäftswillen dadurch kund, dass er ihn gegenüber dem Empfänger betätigt (Ausnahmefall)
- Bsp: Käufer legt Ware an Kasse vor

Mündliche und schriftliche Kündigung

- Mündliche Erklärung zB durch Tel oder Tonband
- Schriftliche Erklärung zB durch Schriftstück, Telefax, Teletex, E-Mail etc.

Unmittelbare und mittelbare Erklärung

- Unmittelbar: Abgabe der Erklärung und deren Kenntnisnahme fallen zeitlich zusammen -> v.a. bei mündlichen Erklärungen
- Mittelbar: Übermittlungsvorgang zwischen Erklärungsabgabe und Kenntnisnahme -> zeitlicher Abstand

Ausdrückliche und stillschweigende Erklärung

- Ausdrücklich ist eine reine Erklärung durch Worte oder Zeichen, soweit der erklärte Wille aus den verwendeten Worten/Zeichen unmittelbar hervorgeht
- Stillschweigend sind nicht ausdrückliche Erklärungen, somit:
 - Erklärung durch Schweigen (gilt nach Praxis nur als Willenserklärung, wenn das Verhalten eindeutig ist, dass mit Schweigen ein bestimmter Geschäftswille erklärt wird; reinpassives Verhalten genügt nicht)
 - Erklärung durch konkludentes Verhalten
 - Erklärung, die sich aus Wortlaut nur mittelbar als Sinngehalt ergibt

3. Empfangsbedürftigkeit

Empfangsbedürftige Erklärungen

- Die meisten Willenserklärungen, v.a. vom OR, sind empfangsbedürftig
- **Merkmal** einer empfangsbed. Erklärung: ist wegen ihres Inhalts nur wirksam, wenn sie gegenüber einer bestimmten anderen Person abgegeben wird
- **Voraussetzung des Wirksamwerdens**: Erklärung muss dem Empfänger zugehen, indem sie bei ihm eintrifft (**Zugangsprinzip**, Empfangstheorie, absolute Empfangstheorie); Zugang entscheidet darüber, ob und wann die Erklärung wirksam wird -> Beweismöglichkeit und Risikoverteilung:
 - Übermittlungsrisiko liegt bei Absender
 - Risiko der Kenntnisnahme (Erklärung innerhalb des Machtbereichs nicht oder erst verspätet Kenntnis nehmen, insbesondere infolge Abwesenheit) liegt bei Empfänger
- Zugang mittelbarer Erklärungen hängt davon ab, wie Erklärung übermittelt wird:
 - Schriftliche Erklärung mithilfe eines Erklärungsträgers, der Erklärung verkörpert (Brief zB): geht dem Empfänger zu, sobald der Erklärungsträger in dessen Machtbereich gelangt
 - Schriftliche Erklärung im E-Mail-Verkehr: geht dem Empfänger zu, sobald sie abgerufen werden kann; Obliegenheit zum Abruf besteht jedenfalls dann, wenn eine Person ihre E-Mail-Adresse einem größeren Kreis anderer Personen bekannt gegeben hat, zB durch Briefkopf
 - Mündliche Erklärung mit Hilfe eines Empfangsboten: trifft ein, sobald dessen Bote sie vernimmt; Erklärung wird wirksam, sofern die betr. Mittelsperson urteilsfähig und zum Empfang ermächtigt ist oder eine Vertrauensperson des Empfängers und zur Weiterleitung gewillt ist
- Zugangsprinzip unter Vorbehalt eines Widerrufs nach Massgabe des Art. 9: nimmt ein Empfänger von der Erklärung schon Kenntnis, bevor diese in seinen Machtbereich gelangt, so gilt tatsächliche Kenntnisnahme

Nicht empfangsbedürftige Erklärungen

- Ausnahmefall
- Sind zwar auch an jemanden gerichtet, aber müssen um wirksam zu sein nicht gegenüber einer bestimmten anderen Person abgegeben werden, vielmehr genügt Erklärung an eine Mehrheit noch unbestimmter Personen (zB letztwillige Verfügung) oder an jedermann (zB Auslobung, Art. 8)

VI. Vertrauensprinzip

1. Das Prinzip

Vertrauensprinzip/Vertrauensgrundsatz/Vertrauenstheorie

dem Vertrauensprinzip sind Willenserklärungen so auszulegen, wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durfte und mussten.

- ist eine Auslegungsregel, die sich unmittelbar nur auf die einzelne Willenserklärung bezieht, nicht auf einen Vertrag als Ganzes
- Massgeblich ist der objektive Sinn des (vermeintlichen oder wirklichen) Erklärungsverhaltens
- Der Auslegende hat sich in die Lage des Empfängers zu versetzen
- Als erklärt gilt nur ein Wille, der dem so ermittelten Sinn entspricht -> ermitteln, wie ihn der Empfänger im Zeitpunkt und unter Würdigung aller ihm erkennbaren Umstände in guten Treuen als vernünftiger und korrekter Mensch verstehen durfte und musste

2. Verdeutlichung

- Vertrauensprinzip dient dem Schutz der Verkehrssicherheit
- leitet sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (ZGB 2) ab
- Objektiver Sinn ist nur zu ermitteln, wenn nicht feststeht, dass der Empfänger den Erklärenden tatsächlich richtig verstanden hat; hat der Empfänger den Erklärenden richtig verstanden, gibt es keinen Grund, die Erklärung nicht so gelten zu lassen, wie sie übereinstimmend verstanden wurde
- Urteil vom Standpunkt des Empfängers aus: Massgebend ist der Sinn der Erklärung, wie der Empfänger (nicht ein Dritter) ihn verstehen durfte und musste
- Nach dem Vertrauensprinzip gilt auch ein Verhalten ohne Erklärungsbewusstsein als Willenserklärung, wenn es vom Empfänger in guten Treuen als solche verstanden werden durfte und musste

VII. Vertrag

1. Begriff

Der juristische Fachbegriff "Vertrag"

Doppeldeutung: Rechtsgeschäft oder Rechtsverhältnis

Vertrag als Rechtsgeschäft

Als Rechtsgeschäft verstanden bedeutet Vertrag: Austausch übereinstimmender Willenserklärungen, darauf gerichtet, eine den übereinstimmend erklärten Willen entsprechende Rechtsfolge zu bewirken.

- Soweit feststeht, dass sich die Parteien tatsächlich richtig verstanden haben, gilt der wirkliche Wille, ansonsten ist das Vertrauensprinzip anzuwenden um herauszufinden, ob die nach Vertrauensprinzip ausgelegten Erklärungen überhaupt übereinstimmen
- Die Rechtsfolge (Vertragswirkung) tritt nur ein, wenn der Vertrag gültig zustande gekommen ist, d.h. wenn keine Gültigkeitsmängel vorhanden sind
- Inhaltliche Folgen des Vertragsabschlusses:
 - Gestaltungswirkung des Vertrags: Rechtslage wird gemäss den übereinstimmenden Willenserklärungen gestaltet; Forderung entsteht oder geht unter, Gläubiger wechselt etc.
 - Bindungswirkung des Vertrags: Parteien sind an das Erklärte gebunden; keine Partei kann das Erklärte ohne Zustimmung des anderen unwirksam machen, es sei denn, sie habe ein entsprechendes Gestaltungsrecht

Vertrag als Rechtsverhältnis

Als Rechtsverhältnis verstanden, ist Vertrag gleichbedeutend wie Vertragsverhältnis; dieses Verhältnis besteht in der Rechtsfolge des Vertragsabschlusses, insofern die Rechtslage fort dauert (zB ein Kauf- Miet- oder Pachtverhältnis).

Vertrag als Vertragsurkunde (Nebensinn)

Vertragsurkunde, in der die ausgetauschten Willenserklärungen der Parteien schriftlich niedergelegt sind.

2. Arten

Übersicht

Nach Inhalt des Vertrags	Nach Rechtsgebiet	Sonderarten
<ul style="list-style-type: none"> • Schuldvertrag • Verfügungsvertrag • Statusvertrag 	<ul style="list-style-type: none"> • Personenrechtliche Verträge • Familienrechtliche Verträge • Erbrechtliche Verträge • Sachenrechtliche Verträge • Schuldrechtliche Verträge 	<ul style="list-style-type: none"> • Vertrag zu Gunsten Dritter • Vertrag mit vorgeformtem Inhalt • Konsumentenvertrag

Schuldvertrag

Verpflichtungsgeschäft, lässt also mind. eine Obligation entstehen.

Z.B. Kaufvertrag, Mietvertrag, Einzelarbeitsvertrag, Werkvertrag.

Verfügungsvertrag

Verfügungsgeschäft, ändert also unmittelbar, endgültig und zu Gunsten einer anderen Person den Bestand oder Inhalt eines Rechts, das dem Verfügenden zusteht.

Z.B. Schulderlass, dinglicher Vertrag (Übertragung von Eigentum zB)

Statusvertrag

Statusgeschäft, begründet, verändert oder beendet also ein dauerhaftes Gemeinschaftsverhältnis.

Z.B. Eheschliessung

Schuldrechtlicher Vertrag

Umfasst jeden Vertrag, der sich auf eine Forderung (Obligation) bezieht, also nicht nur den Schuldvertrag, sondern auch Schulderlass, (Vertrags-)Aufhebungsvertrag, Abtretung, Schuldübernahme, Stundung.

Vertrag zu Gunsten Dritter

Eine Vertragspartei lässt sich von der anderen eine Leistung zu Gunsten eines Dritten (am Vertrag Unbeteiligten) versprechen und wird daher berechtigt, die Leistung an diesen Dritten zu verlangen (Art. 112 Abs. 1).

Vertrag mit vorgeformtem Inhalt

Vertrag umfasst (auch) vorgeformte Vertragsbedingungen, z.B. Allgemeine Geschäftsbedingungen.

Konsumentenvertrag

Wird vom OR nicht als eigener Typ generell geregelt, aber in einzelnen Bestimmungen (wie zB Art. 40a Abs. 1 und Art. 266k) angesprochen. Er ist ein Vertrag über Leistungen des üblichen Verbrauchs, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch Konsumenten bestimmt sind und nicht im Zusammenhang mit der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Konsumenten stehen.

3. Schuldvertrag

Schuldvertrag

- von der Rechtsfolge her umschrieben: *Vertrag, durch dessen Abschluss mindestens eine Obligation entsteht*
- vom Vertragstatbestand her: : *Vertrag, bei welchem mindestens eine der ausgetauschten Erklärungen in einem Versprechen besteht*
- Versprechen einer Leistung: Das Versprechen einer Partei besteht in der Erklärung des Verpflichtungswillens (Willen, sich zu einer Leistung zu verpflichten)

Arten - Übersicht

Nach dem Verhältnis zum Gesetz	Nach der Leistungsbeziehung	Nach dem Verhältnis zur Zeit
<ul style="list-style-type: none"> • Nominatverträge • Innominatverträge • Zusammengesetzte Verträge 	<ul style="list-style-type: none"> • Einseitiger (einseitig verpflichtender) Schuldvertrag • Zweiseitiger (zweiseitig verpflichtender) Schuldvertrag <ul style="list-style-type: none"> ▪ Vollkommen zweiseitiger Vertrag ▪ Unvollkommen zweiseitiger Vertrag • Gesellschaftsvertrag (Art. 530) 	<ul style="list-style-type: none"> • Lang- und kurzfristige Verträge • Dauervertrag (zB Miete, Pacht, Gebrauchsleihe etc.) • Einfacher Schuldvertrag (zB Kauf, Tausch, Schenkung etc)

Nominatverträge

Verträge, die in der zweiten Abteilung des OR (Art. 184 ff.) oder einem Spezialgesetz (zB VVG oder PRG) besonders geordnet sind. Sind gesetzlich geregelte Verträge (zB Kauf, Schenkung, Miete, Versicherungsvertrag, Pauschalreisevertrag).

Innominatverträge

Verträge, die nicht besonders geregelt sind.

- Gemischte Verträge (Mischverträge) zeichnen sich dadurch aus, dass sie Merkmale verschiedener gesetzlicher Vertragstypen zu einem Ganzen kombinieren (zB Unterrichtsvertrag)
- Verträge sui iuris enthalten nur (oder zumindest auch) solche Elemente, die in keinem gesetzlichen Vertragstyp vorkommen (zB Chartervertrag)

Zusammengesetzte Verträge

In Wirklichkeit nicht ein Vertrag, sondern eine Vertragsverbindung: mehrere (an sich selbstständige) Verträge sind nach dem Willen der Parteien miteinander verbunden, dass sie in ähnlicher Weise voneinander abhängen wie die Leistung und die Gegenleistung beim Austauschvertrag. Bsp: eine Brauerei gewährt einem Gastwirt ein entgeltliches Darlehen, wofür sich dieser verpflichtet, das benötigte Bier exklusiv bei der betreffenden Brauerei zu kaufen.

Einseitiger Schuldvertrag

Beteiligt sind 2 Parteien(gruppen), von denen jedoch nur eine der anderen eine Leistung schuldet (zB Schenkungsvertrag Art. 239 ff).

Zweiseitiger Schuldvertrag

Beteiligt sind 2 Parteien(gruppen), von denen jede der anderen eine Leistung schuldet. Die Parteien stehen - anders als beim Gesellschaftsvertrag - im Interessensgegensatz. Man unterscheidet:

- **Vollkommen zweiseitiger Vertrag:** Austauschvertrag; die eine Leistung ist Gegenleistung der anderen (zB Kauf) -> als zweiseitiger Vertrag oder auch synallagmatischer Vertrag bezeichnet
- **Unvollkommener zweiseitiger Vertrag:** Leistungen stehen nicht im Austauschverhältnis. Eine Partei schuldet eine (unentgeltliche) Hauptleistung, die andere Partei eine davon abhängige Leistung (zB Rückleistung beim unentgeltlichen Darlehen) oder eine Nebenleistung (zB Auslagenersatz bei unentgeltlichem Auftrag, Art. 402)

Gesellschaftsvertrag (Art. 530)

Beruhet auf Interessensgemeinschaft. Die geschuldeten Leistungen werden nicht ausgetauscht, sondern zur Verwirklichung eines gemeinsamen Zwecks erbracht.

Sonderfall: Handgeschäft

- Können als Schuldverträge über gegenwärtige Leistungen bezeichnet werden
- Bei ihnen fallen die Vertragsleistungen (zB Austausch von Ware und Preis) mit dem Vertragsabschluss zusammen; Leistungen werden in gegenseitigem Einverständnis der Parteien, aber ohne vorherige Leistungsversprechen vollzogen
- Z.B. Handkauf, Schenkung von Hand zu Hand Art. 242

4. faktisches Vertragsverhältnis**Faktische Vertragsverhältnisse**

Rechtsverhältnisse, die zwar nicht auf einem gültigen Vertrag der Beteiligten beruhen, ihrem Wesen nach aber so gestaltet sind, dass es sich rechtfertigt, sie dennoch - was die Rechtsfolgen angeht- wie Vertragsverhältnisse zu behandeln.

2. TEIL: ABSCHLUSS DES VERTRAGS

§4 Vertragsabschluss im Allgemeinen

I. Übersicht

Vertragsabschluss

- Abschluss eines Vertrags geschieht durch Austausch übereinstimmender Willenserklärungen (Art. 1 Abs. 1)
- Mit Abschluss ist Vertrag zustande gekommen, deshalb tritt grundsätzlich auch die Vertragswirkung ein -> Vertrag ist gültig zustande gekommen
- Vorbehalt bleibt der Fall, dass Wirksamkeit von der Erfüllung eines zusätzlichen Tatbestandmerkmals abhängt (zB Zustimmung eines Dritten oder behördliche Genehmigung)

Vertragsabschluss

- **Konsens (tatsächlich oder normativ)**
- **Einigung über alle wesentlichen Punkte (objektiv und subjektiv wesentliche Punkte)**
- **genügende Bestimmtheit (Bestimmbarkeit)**
- **Rechtsbindungswille (keine bloße Gefälligkeit)**
- **Antrag und Annahme (Offerte und Akzept)**

Mängel, die den Vertrag ungültig machen:

1. Handlungsunfähigkeit einer Partei
2. Fehlende Verfügungsmacht der verfügenden Partei (bei Verfügungsgeschäft); Mangel kann geheilt werden, wenn der Verfügende nachträglich Verfügungsmacht erwirbt oder der gute Glaube die Gegenpartei schützt
3. Formmangel, wenn das Gesetz eine besondere Gültigkeitsform vorschreibt (Art. 11)
4. Inhaltsmangel; wenn der Vertrag gegen die in Art. 19/20 gezogenen Schranken der Inhaltsfreiheit verstößt
5. Übervorteilung (Art. 21)
6. Willensmängel (Art. 23 ff.); hindern Wirksamkeit nur, soweit sie erheblich sind: Grundlagenirrtum, wesentlicher Erklärungsirrtum, absichtliche Täuschung, Furchterregung

Übervorteilung und erhebliche Willensmängel machen den Vertrag einseitig unverbindlich (Art. 21, 23, 28, 29, 31). Der Vertrag ist ungültig wobei sich aber nur eine Partei auf die Ungültigkeit berufen kann; nach anderer Ansicht ist der Vertrag gültig, kann aber mit Wirkung ex tunc angefochten werden.

II. Die am Vertragsabschluss Beteiligten

Vertragsparteien

- Personen (Rechtssubjekte), bei denen die Rechtswirkung des Vertrags eintritt; werden bei Schuldvertrag verpflichtet und berechtigt
- Geben die Willenserklärungen ab (persönlich oder durch Vertreter)
- Vertragspartei kann nur sein, wer rechtsfähig ist
- Damit Vertrag gültig zustande kommt, muss jede Partei bei Vertragsabschluss das erforderliche Mass an Handlungsfähigkeit (hier: Geschäftsfähigkeit) besitzen, es sei denn, ein Vertreter handle für sie -> fehlt es an der Handlungsfähigkeit infolge Urteilsunfähigkeit einer Partei, ist der Vertrag nichtig (ZGB 18: evtl. entsteht Schadensersatzpflicht nach Art. 54 Abs. 1)

Neben den Vertragsparteien können weitere Personen am Vertragsabschluss beteiligt sein:

- Vertreter (auch Organe)
- Erklärungsgehilfen (Notare, Dolmetscher, Boten)
- Personen, deren Zustimmung zum Vertragsabschluss erforderlich sind (zB Art. 263, 494, ZGB 169, 178)

III. Übereinstimmende Willenserklärungen

Die ausgetauschten Willenserklärungen stimmen darin überein, dass "ein Vertrag mit bestimmten Inhalt" deren "rechtliche Beziehung regeln" soll

- Die Parteien erklären sich den endgültigen Geschäftswillen, einen Vertrag mit bestimmtem Inhalt abzuschließen (Abschlusswille)
- Das Einverständnis muss sich auf alle wesentlichen Vertragspunkte beziehen

1. Das Vorliegen übereinstimmender Willenserklärungen; tatsächlicher und rechtlicher Konsens

Konsens

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

Konsensstreit

Wenn sich die Parteien darüber streiten, ob ein solcher Konsens vorliegt. Dabei wird durch Auslegung der in Frage stehenden Erklärungen entschieden, wobei es auf die erklärten wirklichen Willen der Parteien ankommt, und dann auf den nach Vertrauensprinzip ermittelten Willensinhalt.

Normalfall: jede Partei versteht die andere tatsächlich richtig

- Vertrauensprinzip bleibt aus dem Spiel; jede Erklärung gilt so, wie sie von den Parteien tatsächlich (übereinstimmend) verstanden wurde -> es gilt der erklärte wirkliche Wille
- **Tatsächlicher/innerer/natürlicher Konsens:** beruht auf einer tatsächlichen Willenseinigung -> erfüllt das Erfordernis übereinstimmender Willenserklärungen selbst dann, wenn eine oder jede Partei eine unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise (Art. 18 Abs. 1) verwendet hat oder wenn die nach Vertrauensprinzip ausgelegten Erklärungen nicht übereinstimmen würden
- Prinzip der Privatautonomie wird eingehalten; Parteien könne ihre Rechtsverhältnisse nach eigenem Willen gestalten, daher gelten die wirklichen Willen

(pathologischer) Fall, in dem mindestens eine Partei die andere nicht tatsächlich richtig verstanden hat

- Vertrauensprinzip: die Erklärung der anderen Partei ist so auszulegen, wie der Empfänger sie nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste -> objektiver Sinn wird ermittelt
- **Rechtlicher/ äusserer/ normativer Konsens:** Konsens beruht nicht auf einer tatsächlichen Willenseinigung, sondern auf der Anwendung des Vertrauensprinzips; obwohl die wirklichen Willen der Parteien nicht übereinstimmen, haben sie sich im Rechtssinn geeinigt
- Vertrauensschutz: ergänzt als komplementäres Prinzip die Privatautonomie

Wichtig

- Der Konsensstreit kann sich schon darauf beziehen, ob überhaupt ein übereinstimmender Geschäftswille zum Vertragsabschluss erklärt wurde oder ob es am erklärten Abschlusswillen zumindest einer Partei fehlt
- Konsensstreit beschränkt sich oft auf wenige Vertragspunkte
- Vertragsabschluss setzt voraus, dass sich die übereinstimmenden Willenserklärungen sich auf alle wesentlichen Vertragspunkte erstrecken
- Das Gericht muss von Amtes wegen prüfen, ob der Vertrag zustande gekommen ist
- Soweit feststeht, dass jede Partei die andere tatsächlich richtig verstanden hat, bleibt das Vertrauensprinzip aus dem Spiel
- Einer Erklärung kann auch nach Vertrauensprinzip nie eine Bedeutung zukommen, die sie weder für die eine noch die andere Partei hatte
- Es gibt keinen beidseitig unbewussten und ungewollten Vertragsabschluss; fehlt es beidseitig an einem Abschlusswillen, kann kein rechtlicher Konsens bestehen

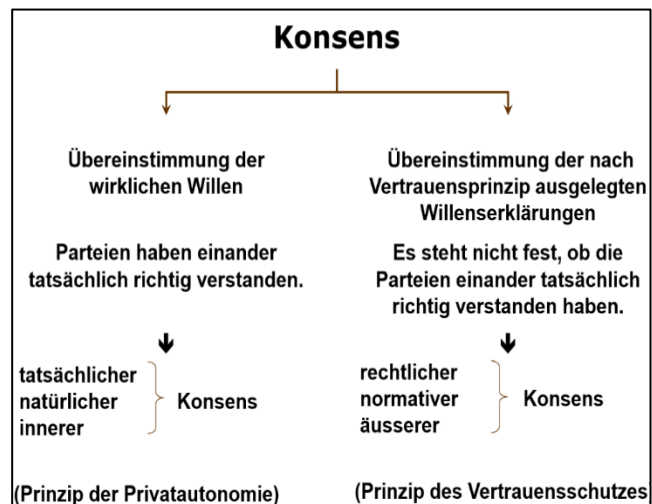
Konsens

Zustand, der vorliegt, wenn die Parteien übereinstimmende Willenserklärungen zum Abschluss eines bestimmten Vertrages ausgetauscht haben (Art. 1 OR)

Merke:

- Die Willenserklärungen können ausdrücklich oder stillschweigend abgegeben werden (Art. 1 Abs. 2 OR).
- Der Konsens kann ein tatsächlicher oder ein normativer sein.

<p><i>Inhaltliche Elemente:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Einigung über alle wesentlichen Punkte (objektiv oder subjektiv wesentliche Punkte) - genügende Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit - Rechtsbindungswille (keine blosser Gefälligkeit; vgl. auch Art. 7 Abs. 1 OR) 	<p><i>Zeitliche Elemente:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Rechtzeitige Annahme des Antrags (Art. 3-5 OR) - Sonderfälle: Art. 6 und 9 OR
---	--



2. Der Konsens und der Dissens

Konsens

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

Dissens

Negation des Konsenses: Sachverhalt, der vorliegt, wenn übereinstimmende Willenserklärungen fehlen, wenn also weder ein tatsächlicher noch ein rechtlicher Konsens besteht.

- **Eigentlicher Dissens:** es fehlt an übereinstimmender Willenserklärungen in einem wesentlichen Vertragspunkt -> Vertrag ist nicht zustande gekommen
- **Uneigentlicher Dissens:** betrifft keinen wesentlichen Vertragspunkt; verhindert Zustandekommen des Vertrags nicht

Willensdissens

Die erklärten wirklichen Willen der Parteien stimmen nicht überein.

- **Offener Willensdissens:** Parteien sind sich dieser Nichtübereinstimmung von Anfang an bewusst, weil sie einander tatsächlich richtig verstanden haben
- **Versteckter Willensdissens:** beruht häufig darauf, dass die Parteien zwar die gleichen Wörter verwenden, dieser aber verschieden verstehen -> nach Vertrauensprinzip feststellen, ob ein rechtlicher Konsens vorliegt

3. Die Einigung über den wesentlichen Vertragsinhalt**Mittel zur Ausfüllung von Vertragslücken**

- Anwendbare Regeln des dispositiven Gesetzesrechts
- Allfällige normen des Gewohnheitsrechts (ZGB 1 Abs. 2)
- Gerichtliche Vertragsergänzung

Die wesentlichen Vertragspunkte

- Konsens muss sich mindestens auf die wesentlichen Vertragspunkte beziehen
- Man unterscheidet zwischen objektiv und subjektiv wesentlichen Punkten des Vertrags
- Erforderlich ist ein Konsens sowohl über Inhalt wie über die Form (Art. 2 Abs. 3); vorausgesetzt wird, dass jene Partei, welche trotz Einigkeit über den Vertragsinhalt die Geltung des Vertrags bestreitet, eine Formabrede oder einen einseitigen, der Gegenpartei erkennbaren Formvorbehalt nachweist

Die objektiv wesentlichen Vertragspunkte

- Umfassen den unentbehrlichen Geschäftskern; das und nur das, was nach den Umständen gerade genügt, um ein sinnvolles Ganzes darzustellen
- Über diese Punkte müssen die Parteien sich unter allen Umständen (unabhängig von ihren subjektiven Anschauungen) geeinigt haben, damit ihre übereinstimmenden Willenserklärungen überhaupt ein Vertrag sind
- Objektiv wesentlich: Vertragspunkte, die einer Regelung durch die Parteien selbst bedürfen, weil sonst eine Lücke offenblieben, die weder durch Gesetz noch durch Gewohnheits- oder Richterrecht geschlossen werden könnte
- Objektiv *unwesentlich* sind Vertragspunkte, die keiner konsensualen Regelung durch die Vertragsparteien bedürfen, damit feststeht, was diesbezüglich zwischen den Parteien des abgeschlossenen Vertrags gilt: Vertragspunkte, die das Gesetz zwingend regelt und alle Vertragspunkte, die bei fehlender Abrede nicht ungeregelt bleiben, weil der Vertrag in diesen Punkten durch eine dispositive Norm des Gesetzes oder durch Gewohnheitsrecht (ZGB 1 Abs 2) ergänzt wird oder durch das Gericht ergänzbar ist

Die subjektiv wesentlichen Vertragspunkte

- Vertragspunkte, deren einvernehmliche Regelung eine "condicio sine qua non" für den Abschlusswillen mindestens einer Partei (für die Gegenpartei deutlich erkennbar) ist
- Fehlt es an Konsens über einen subjektiv wesentlichen Punkt, kommt Vertrag wie bei objektiv wesentlichem Punkt nicht zustande



Die Frage der genügenden Bestimmtheit

- Unmittelbar bestimmt: wenn der wesentliche Vertragsinhalt durch die übereinstimmenden Willenserklärungen direkt umschrieben wird
- Mittelbar bestimmt: wenn sich die Parteien darauf einigen, wie der betreffende Vertragsinhalt bestimmt werden soll
 - Unproblematisch bei sachlichem Bestimmungskriterium zB bei Marktpreis, Börsenkurs (**objektive Bestimmbarkeit**)
 - Genügt auch konsensuale Regelung, dass die spätere Bestimmung durch einen Dritten (**objektivierte Bestimmbarkeit**) oder gar durch einen Vertragsschliessenden allein (**subjektivierte Bestimmbarkeit**) vorgenommen werden soll
- Vertrag ist nichtig, wenn sich eine Partei in einer sittenwidriger Weise dem Willen eines anderen ausliefert (Art. 20)
- Bestimmbarkeit muss nicht schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gegen sein; es genügt, wenn im Zeitpunkt der Erfüllung feststeht, was der Schuldner leisten muss
- Es genügt nicht, wenn sich Parteien darauf einigen, es soll über den wesentlichen Vertragsinhalt oder einen Teil davon eine spätere Einigung getroffen werden -> Vertrag kommt nicht bereits zustande, Konsens im erforderlichen Umfang liegt erst dann vor, wenn die vorbehaltenene Einigung erfolgt

IV. Austausch der Willenserklärungen

1. Gegenseitigkeit der Willenserklärungen

- Jeder Erklärende ist zugleich Empfänger der anderen Erklärung
- Die Erklärungen sind aufeinander bezogen; die zeitlich erste heisst Antrag, die zweite Annahme
- Art. 3 ff: betr. Antrag und Annahme

	Antrag (Offerte)	Annahme (Akzept)
Abfolge	erste Willenserklärung	zweite Willenserklärung
Person	Antragsteller erklärt endgültigen Abschlusswillen (Geschäftswillen)	Antragsempfänger erklärt endgültigen Abschlusswillen (Geschäftswillen)
Inhalt	alle für den Offerenten wesentlichen Punkte (genügend bestimmt)	Übereinstimmung mit dem Antrag (in den wesentlichen Punkten)
Form	Formfreiheit (Grundsatz)	Formfreiheit (Grundsatz)
Zeitliches		Rechtzeitigkeit (Fristwahrung)
Wirkung	Bindung des Antragstellers (für eine bestimmte Dauer)	Vertragsabschluss (Konsens) <ul style="list-style-type: none"> • Bindungswirkung • Gestaltungswirkung

2. Der Antrag

Terminologie

- Synonyme zu Antrag: Offerte, Angebot
- Antragsteller/ Antragender/ Offerent/ Anbieter vs. Oblat (Empfänger)

Antrag

Ist die zeitlich erste Willenserklärung eines Vertrags. Mit ihr erklärt der Antragsteller seinen Abschlusswillen, und zwar endgültig (Verbindlich). Er erklärt seinen Geschäftswillen, einen Vertrag mit bestimmtem Inhalt abzuschliessen - und zwar derart, dass es für den Abschluss des Vertrags nur noch der Annahme durch den Antragsempfänger bedarf.

Ob es sich bei einer Vertragserklärung um einen Antrag oder eine Annahme handelt, hängt einzig vom zeitlichen Verhältnis ab; jede Vertragserklärung kann ein Antrag sein.

Einladung zur Offertstellung (invitatio ad offerendum)

- Erklärung der bloss grundsätzlichen Bereitschaft, einen Vertrag abzuschliessen, ohne dass der Erklärende bereits einen (endgültigen) Willen zum Vertragsabschluss kundgibt, ist kein Antrag
- Kann sich an mehrere Personen oder einen einzigen Adressaten richten

Auskündigung (Art. 7)

Besteht in der öffentlichen Bekanntgabe von Abschlussbedingungen (offre publique). Sie bedeutet an sich noch keinen Antrag (Art. 7 Abs. 2), sondern ist, falls nicht besondere Umstände hinzukommen, nur eine Abforderung zur Antragstellung.

Diese Auslegungsregel gilt für die Versendung von Tarifen, Preislisten, Katalogen, Muster und entsprechende Zeitungsinsertate, Anschläge, Werbespots und öffentliche Anpreisung von Waren und Dienstleistungen im Teleshopping oder im Internet

Obwohl die Ankünden an sich kein Antrag ist, kann sie im Einzelfall den Sinn eines Antrags gewinnen: nämlich dann, wenn der Empfänger etwa infolge einer entsprechenden Zusatzerklärung in guten Treuen annehmen darf und muss, der Auskündende gebe seinen (endgültigen) Abschlusswillen kund.

Auslage von Waren (Art. 7 Abs. 3)

Auslage von Waren mit Angabe des Preises ist ein Sonderfall der Auskündigung und gilt in der Regel als Antrag. Sie gilt als Antrag an jedermann, aber nur in Bezug auf das gerade ausgestellte Warengut und verbunden mit der (stillschweigenden) Einschränkung, dass über den ausgestellten Gegenstand einzig mit dem ersten Annehmenden kontrahiert werden soll (First come, first served).

- Kein Antrag ist die Auslage dann, wenn sich aus einer beigefügten Erklärung (zB Muster, reserviert oder verkauft) oder aus sonstigen Umständen eine andere Willensmeinung ergibt.
- Art. 7 Abs. 3 bezieht sich nur auf Waren, also Sachgüter; Anpreisung von Dienstleistungen fallen nicht unter die Bestimmung. Auch muss die Ware selber ausgestellt sein; Schaustellungen von Attrappen oder blosse Abbildungen einer Ware ist keine Auslage

Inhalt

Der Antrag gibt den Abschlusswillen des Antragstellers kund und umschreibt den zu vereinbarenden Inhalt des gewollten Vertrags. Grundsätzlich genügt die Umschreibung der objektiv wesentlichen Punkte, damit der Vertrag durch die Annahmeerklärung des Empfängers zustande kommt.

Form

Grundsatz: Der Antrag ist an keine bestimmte Form gebunden. Er kann ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden (Art. 1 Abs. 2).

- Ausdrücklicher Antrag: mündliche, schriftliche oder teilweise schriftliche Erklärung
- Stillschweigend erklärter Antrag: zB Realofferte; Erklärung durch konkludentes Verhalten -> Antragsteller erklärt den Antrag (nur oder auch) dadurch, dass er seine Vertragsleistung erbringt

Ausnahmen bestehen, soweit Art. 11 oder 16 greifen. Untersteht der Vertrag einer gesetzlichen Formvorschrift, so werden grundsätzlich beide Vertragserklärungen vom gesetzlichen Formzwang erfasst.

Empfänger

Im Normalfall richtet sich der Antrag an einen einzigen Empfänger, aber er kann sich auch an mehrere richten - sei es jedermann oder an mehrere bestimmte Empfänger.

Rechtswirkung**1. Bindung des Antragstellers**

- Antrag ist grundsätzlich unwiderrufbar und einseitig unveränderlich
- Der Empfänger (Oblat) ist berechtigt, den Vertrag durch einseitige Annahmeerklärung ohne weiteres Zutun des Antragstellers zum Abschluss zu bringen und damit die Rechtswirkung auszulösen, die gegebenenfalls zum Vertragsverhältnis führt
- Gem. der herrschenden Lehre begründet der Antrag ein Gestaltungsrecht des Empfängers

2. Dauer der Bindung (Annahmefrist)

- Bindung des Antragstellers ist zeitlich begrenzt, die Begrenzung ergibt sich aus der Annahmefrist, welche von den konkreten Umständen abhängt:
 - **Antrag mit Annahmefrist (Art. 3):** es gilt die ausdrücklich oder stillschweigend angesetzte Frist, wie kurz oder lang sie auch sein mag (keine minimale Bedenkzeit oder so)
 - **Antrag ohne Annahmefrist (Art. 4 f.):** es gilt die gesetzliche Annahmefrist:
 - Antrag unter Anwesenden (Art. 4): Antrag muss sogleich, d.h. innerhalb knapper Reaktionszeit angenommen werden
 - Antrag unter Abwesenden (Art. 5): bis Antragsteller den Eingang der Antwort erwarten darf
- Elektronische Übermittlungsweise (per Email zB) verkürzt die gesetzliche Annahmefrist stark, weil der Antragsempfänger für eine ordnungsmässige Absendung seiner Antwort grundsätzlich ein an Schnelligkeit mindestens gleichwertiges Transportmittel wählen muss
- Mit unbenutztem Ablauf der Annahmefrist erlischt die Bindung des Antragstellers (Art. 3 und 4)
- Bindung entfällt in folgenden Fällen schon früher:
 - Antragsteller widerruft den Antrag; grundsätzlich aber Widerruf unwirksam, ausnahmsweise verfügt Antragsteller über ein gesetzliches Widerrufsrecht (Art. 9)
 - Antrag wird abgelehnt; Ablehnung ist endgültige Weigerung
- Annahmefrist ist eingehalten, wenn die Annahmeerklärung vor Ablauf der Frist beim Antragsteller eintrifft (Art. 3 Abs. 2, Art. 5 Abs. 3)
- Eine verspätete Annahme bleibt ohne Annahmewirkung: sie ist keine Annahme im Rechtssinn, wirkt jedoch ihrerseits wie ein Antrag
- Bei einer rechtzeitig abgesandten, aber verspätet eingetroffener Annahmeerklärung ist der ursprüngliche Antragsteller, wenn er nicht gebunden sein will, nach Art. 5 Abs. 3 verpflichtet, ohne Verzug hiervon Anzeige zu machen, ansonsten der Vertrag als abgeschlossen gilt
- Offertdauer und Annahmefrist bei Dauerofferte ist durch Auslegung der Offerte zu entscheiden, das Gesetz gibt keine Antwort darauf

Antrag ohne Verbindlichkeit (Art. 7 Abs. 1)

Liegt dann vor, wenn der Antragsteller dem Antrag eine die Behaftung ablehnende Erklärung beifügt - ausdrücklich oder stillschweigend, indem sich zB der Vorbehalt aus der Natur des Geschäfts oder den Umständen von selbst versteht. Durch diese Ablehnung der Behaftung macht er klar, dass er noch keinen (endgültigen) Abschlusswillen hat, sich also den Entscheid über den Vertragsabschluss weiterhin vorbehält. -> Antrag ist kein Antrag im Rechtssinn, sondern drückt nur Bereitschaft aus, einen Vertrag bestimmten Inhalts einzugehen. Den Antragsteller trifft aber nach Treu und Glauben eine Ablehnungspflicht: falls er nicht unverzüglich der Annahmeerklärung des Empfängers widerspricht, gilt der Vertrag als abgeschlossen (Art. 6).

Antrag mit Vorbehalt des Widerrufs

Antragsteller hat seinen Antrag mit dem Vorbehalt versehen, den gestellten Antrag zu widerrufen; dies schliesst die Annahmefähigkeit nicht aus. Solange der Antragsteller nicht widerruft, ist trotz des Vorbehalts bis zum Ablauf der Annahmefrist an den Antrag gebunden. Der Empfänger kann durch Annahmeerklärung den Vertrag zum Abschluss bringen, jedoch kann der Antragsteller den Antrag wirksam widerrufen oder abändern, solange noch keine Annahme erfolgt ist.

Die Zusendung einer unbestellten Sache (Art. 6a) "Die Zusendung einer unbestellten Sache ist kein Antrag."

- Durch die Zusendung einer unbestellten Sache kann kein rechtswirksamer Antrag gestellt werden, mit dessen Annahme ein Vertrag zustande kommt
- Bestimmung gilt auch für eine ausdrückliche Antragerklärung, die der unbestellten Sendung beigelegt, ihr nachfolgt oder dem Empfänger im Hinblick auf die Sendung mit separater Post zugestellt wird
- Empfänger ist weder zur Rücksendung noch zur Aufbewahrung der Sache verpflichtet (Abs. 2)
- Empfänger ist verpflichtet, den Absender zu benachrichtigen, wenn eine unbestellte Sache offensichtlich irrtümlich zugesandt wurde (Abs. 3), es ist egal ob Irrtum beim Überbringer oder beim Absender liegt

3. Die Annahme (Akzept, Akzeptation)**Annahme**

Ist die zeitlich zweite Vertragserklärung. Mit ihr erklärt der Antragsempfänger gegenüber dem Antragsteller, dessen Antrag annehmen zu wollen; erklärt seinen (endgültigen) Abschlusswillen.

Anforderungen an die Annahmeerklärung

- Annahme muss vom Antragsempfänger ausgehen und sich an den Antragsteller richten
- Sie hat rechtzeitig erklärt zu werden, sodass die Annahmefrist eingehalten wird und sie muss sämtliche Erfordernisse erfüllen, die sich aus dem Antrag ergeben
- Annahme muss mit dem Antrag übereinstimmen; muss die uneingeschränkte Zustimmung zum Angebot zum Ausdruck bringen -> weicht sie ab, ist sie keine Annahme im Rechtssinn, gilt aber ihrerseits als (Gegen-) Angebot, wobei es folgende Sonderfälle gibt:
 - Abweichung betrifft einen Vertragspunkt, der weder objektiv och subjektiv wesentlich ist: derart unwesentliche Abweichungen schliessen den Annahmecharakter der Erklärung nicht aus; kein Hindernis, dass der Vertrag im erreichten Konsens zustande kommt
 - Annehmender macht von einer Wahl- oder Ergänzungsbefugnis Gebrauch, die der Antragsteller eingeräumt hat: liegt keine Abweichung vom Antrag vor, der vereinbarte Vertragsinhalt wird aber näher bestimmt
 - Annehmender verweist auf AGB, die von den AGB des Antrags abweichen: Lehrmeinung geht auseinander

Form

- Grundsatz: Annahme ist an keine bestimmte Form gebunden. Sie kann ausdrücklich oder stillschweigend (Realakzept; konkludentes Verhalten) erklärt werden
- Ausnahmen der Formfreiheit ergeben sich, soweit Art. 11 oder 16 durchgreifen
- Möglich ist, dass der Antrag eine bestimmte Form für die Annahme vorschreibt. Weicht die Annahmeerklärung von dieser einseitig vorgeschriebenen Form ab, ist sie als solche unwirksam, gilt aber ihrerseits als Angebot

Schweigen auf einen Antrag

- Grundsatz: blosses Schweigen auf einen Antrag bedeutet grundsätzlich keine Annahme, auch nicht im kaufmännischen Verkehr
- Antragsempfänger trifft keine Antwortpflicht, das ergibt sich auch aus Art. 177 Abs. 1 und gilt selbst dann, wenn der Antragsteller einseitig erklärt, der Vertrag gelte als abgeschlossen, falls nicht die Ablehnung innert bestimmter Frist erfolge. Eine solche Erklärung ist nur zu lasten des Antragstellers wirksam; er muss sich dabei behaften lassen, wenn der Empfänger später die Annahme des Antrags durch Schweigen behauptet!

- **Ausnahme (Art. 6):** *"Ist wegen der besonderen Natur des Geschäfts oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten, so gilt der Vertrag als abgeschlossen, wenn der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird."*
 - Stillschweigend heisst hier nur Erklärung durch Schweigen, jede andere ist eine ausdrückliche Erklärung
 - Trifft zu, wenn der Antragsteller aus dem Schweigen des Antragsempfängers auf dessen Annahmewillen schliessen darf und muss
 - Mit der "besonderen Natur des Geschäfts" ist der besondere Inhalt des beantragten Vertrags gemeint -> Verträge, die den Empfänger des Antrags in keiner Weise belasten, zB Schenkung, Bürgschaft, Abtretung, Schuldverlass, Offerte einer Mietzinsreduktion des Vermieters an den Mieter
 - Als "andere Umstände" gelten: Rahmenvertrag, worin sich der Antragsempfänger grundsätzlich bereit erklärt hat, bestimmte Aufträge des Antragstellers auszuführen; Einladung zur Offertstellung durch Auskündigung, zB auch im Teleshopping; ein vorangegangener Antrag mit einer die Behaftung ablehnenden Erklärung; längere Vertragsverhandlungen, die derart weit gediehen sind, dass der Absender des abschlussreifen und nach Treu und Glauben als konsensfähig erachteten Angebots das Schweigen der Gegenseite als Zustimmung werten darf
- Art. 6 wird auch angewendet, wenn der Empfänger eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens schweigt. Keine Anwendung findet er auf die mit Schweigen quittierte Zustellung einer Rechnung; mangels anderer Vereinbarung gilt blosses Schweigen nicht als Anerkennung der erhaltenen Rechnung

Rechtswirkung der Annahme

- Bei wirksamer (rechtzeitiger) Annahme kommt der Vertrag zustande, Vertrag tritt in Kraft und die Gestaltungs- und Bindungswirkungen des Vertrags treten ein
- Bei Vertrag unter Anwesenden fällt Beginn der Vertragswirkung zusammen mit Vertragsabschluss
- Bei Vertrag unter Abwesenden gilt die Sonderregel des Art. 10: Wirkungen des Vertrags beginnen im Zeitpunkt, da die Erklärung der Annahme zur Absendung abgegeben wird; im Fall der stillschweigenden Annahme nach Art. 6 sogar bereits mit dem Antragsempfang
- Mit Wirkungen von Art. 10 ist nur die Gestaltungswirkung, nicht auch die Bindungswirkung des Vertrags gemeint

In folgenden Fällen ist keine Annahme im Rechtssinn vorhanden, aber sie gilt ihrerseits als Antrag:

- Verspätete Annahme
- Annahme eines Antrags ohne Verbindlichkeit
- Annahme eines Antrags, der in Wirklichkeit keiner war
- Annahme, die in wesentlichem Punkt vom Angebot abweicht
- Annahme, die von einem Form- oder anderen Erfordernis abweicht, das sich aus dem Antrag ergibt

4. Der Widerruf von Antrag oder Annahme

Widerruf

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

Rechtsfolge eines Widerrufs

- Grundsatz: Widerruf bleibt wirkungslos, denn Antrag und Annahme sind unwiderruflich, zumal der Vertrag die Parteien bindet
- Ausnahmen:
 - Antragsteller hat sich ein Widerrufsrecht vorbehalten
 - Sondertatbestand des Art. 9; Annahme wird wirkungslos, als wäre sie nicht geschehen
 - Fall 1: Widerruf der Erklärung trifft beim Empfänger vor oder mit der Erklärung ein
 - Fall 2: Widerruf trifft zwar später ein, wird aber dem Empfänger vor der (widerrufenen) Erklärung zur Kenntnis gebracht
 - Recht der Konsumentin, den Antrag zum Abschluss eines Konsumkreditvertrags oder die Annahmeerklärung innerhalb von 14 Tagen zu widerrufen (KKG 16)
 - Schenker ist berechtigt, den noch nicht angenommenen Schenkungsantrag, obwohl er wirksam geworden ist, zu widerrufen (Art. 244), oder sogar Schenkungsvertrag aufzuheben (Art. 249 f.)

Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften und ähnlichen Verträgen im Besonderen (Art. 40a-f)

- Ähnliche Verträge sind solche, die am Arbeitsplatz des Kunden, in öffentlichen Verkehrsmitteln oder auf öffentlichen Strassen und Plätzen, an einer Werbeveranstaltung, die mit einem Ausflugsfahrt oder einem ähnlichen Anlass verbunden war oder am Telefon
- Kunde kann bei gegebenen Voraussetzungen (Art. 40a) seinen Antrag zum Vertragsabschluss oder seine Annahmeerklärung (Art. 40b) innerhalb einer Frist von 14 Tagen widerrufen (Art. 40e9 -> Annahme oder Antrag werden vernichtet, Vertrag fällt ex tunc dahin)

Anmerkungen

- Den Anbieter treffen vorweg spezielle Orientierungspflichten (Art. 40d)
- Widerrufsfrist beginnt, sobald der Kunde den Vertrag beantragt oder angenommen und ausserdem von den Angaben nach Art. 40d Kenntnis erhalten hat (Art. 40e Abs. 2), andernfalls beginnt die 14tägige Widerrufsfrist nicht zu laufen, was auf ein jederzeitiges Widerrufsrecht des Kunden hinausläuft
- Frist ist eingehalten, wenn der Kunde am letzten Tag der Widerrufsfrist dem Anbieter seinen Widerruf mitteilt oder seine Erklärung der Post übergibt (Art. 40e Abs. 4) -> Absendeprinzip
- Widerruf ist an keine Form gebunden (Art. 40e Abs. 1), dem Kunden obliegt jedoch der Nachweis des fristgemässen Widerrufs
- Versicherungsverträge sind vom Widerrufsrecht ausgenommen (Art. 40a Abs 2)
- Folgen des Widerrufs werden in Art. 40f geregelt
- Via Internet abgeschlossene Verträge sind vom Widerrufsrecht der Art. 40a ff. nicht eingeschlossen

5. Vertragsabschluss ohne "Antrag" und "Annahme"

Atypische Fälle, in denen die übereinstimmenden Willenserklärungen, die den Vertragsabschluss ausmachen, kaum oder überhaupt nicht in das Schema von Antrag und Annahme passen:

- Pachtvertrag entsteht durch das konkludente Verhalten beider Parteien (ungehindertes Mähen von Wiese und Entgegennahme eines Entgelts für das weggeführte Heu)
- Handgeschäft, bei dem die Leistungen in gegenseitigem Einverständnis der Parteien, aber ohne vorherige Leistungsversprechen sofort vollzogen werden
- Vertrag kommt dadurch zustande, dass beide Parteien dem Vorschlag eines Dritten (zB Vergleichsvorschlag) zustimmen oder sich gegenüber einem Dritten verpflichte, einen Vertrag untereinander abzuschliessen
- Vertrag wird abgeschlossen, indem die Parteien gleichzeitig oder unmittelbar nacheinander je Vertragsdoppel unterzeichnen (allenf. Mit Gegenzeichnung)
- Aufgelöster Dauervertrag wird durch stillschweigende Vereinbarung verlängert, indem die Parteien das Vertragsverhältnis einfach fortsetzen
- **Kreuzofferte:** Antrag einer Partei kreuzt sich mit dem inhaltlich gleichen Antrag der Gegenpartei; Vertrag wird durch Austausch dieser Kreuzofferten abgeschlossen, ohne dass eine Partei den Antrag der anderen annehmen muss
- **Der gewachsene Vertrag:** ihm geht ein längerer Verhandlungsprozess voraus, worin sich die Parteien Schritt für Schritt dem Verhandlungsziel (Vertragsabschluss) nähern
- **Der optierte Vertrag:** gründet in der einseitigen Willenserklärung nur einer Partei, er entsteht durch Ausübung eines Optionsrechts, das einer Partei die Gestaltungsbefugnis gibt, ein Vertragsverhältnis einseitig in Geltung zu setzen und damit alle Rechtswirkungen eines bestimmten Vertrags herbeizuführen. Die Optionsrechte sind Gestaltungsrechte, die ihrerseits auf Vertrag oder Gesetz beruhen (zB Kaufs-, Vorkaufs- oder Rückkaufsrecht)

§5 Form der Verträge

I. Gesetzlich vorgeschriebene Form

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

Für einzelne Verträge ist eine besondere Form gesetzlich vorgeschrieben (Art. 11-15) oder vertraglich vorbehalten (Art. 16).

Konsensprinzip

Verträge sind ohne Rücksicht auf ihre Form gültig, sodass für den Eintritt ihrer Rechtswirkungen der Austausch übereinstimmender Willenserklärungen in irgendeiner Form genügt. Dieser Grundsatz gilt nach Art. 11 Abs. 1 nur unter dem Vorbehalt, dass nicht das Gesetz eine besondere (Gültigkeits)Form vorschreibt.

Die Formfreiheit beschränkt sich auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden, für die Rechtsgeschäfte von Todes wegen schreibt das Gesetz ausnahmslos eine besondere Form vor.

2. Gesetzliche Formvorschriften

Gesetzliche Formvorschriften durchbrechen den Grundsatz der Formfreiheit (Art. 11 Abs. 1).

Hauptzwecke gesetzlicher Formvorschriften

- Schutz der Vertragsschliessenden (Art. 22 Abs. 2); soll vor Übereilung beim Vertragsabschluss schützen -> Warnzweck
- Rechtssicherheit unter den Parteien und nach aussen; Schaffung eines Beweismittels, Erleichterung der Prozessführung
- Schaffung einer sicheren Grundlage für die Führung öffentlicher Register
- Information; einer vom Gesetzgeber als schutzbedürftig angesehenen Vertragspartei soll vor oder bei Vertragsabschluss bestimmte Hinweise in schriftlicher Form erteilt werden

Die vorgeschriebenen Formen (3 Hauptformen)

Einfache Schriftlichkeit (kurz: Schriftlichkeit)

- Art. 13-15
- Erklärung in Schriftform (Verurkundung des Erklärungsinhalts) und Unterzeichnung des Schriftstücks durch den Erklärenden
- Unterschrift aller Personen, die durch ihn verpflichtet werden (Art. 13 Abs. 1) -> Formzwang auf Erklärung des Verpflichteten beschränkt, der bloss Berechtigte ist ausgenommen
- Wenn Parteien Vertragsdoppel austauschen genügt es, wenn jede Partei nur ein Doppel unterzeichnet, aber die Urkunden müssen ausgetauscht werden
- Auch Vertreter können unterzeichnen
- Schrifttechnik ist gleichgültig (Hand, Druck etc)
- Erfordert keine genaue Angaben über die Personalien, Ort und Zeit (also keine Datierung)
- Bei mehreren Seiten muss Zusammengehörigkeit erkennbar sein
- Zur Unterschrift:
 - blosser Familienname ausgeschrieben sollte ausreichend sein, auch Bezeichnungen der Person /zB dein Vater)
 - Bloss Initialen reichen nur aus, um Änderungen oder Zusätze zu einer im Übrigen voll unterzeichneten Erklärung zu bekräftigen
 - Lesbarkeit der Unterschrift wird nicht gefordert, aber mindestens einzelne Buchstaben müssen erkennbar sein
 - Verlangt wird grundsätzlich eigenhändige Unterschrift (Art. 14 Abs. 1)
 - Unterschrift muss in Schriftrichtung dem Text nachfolgen, zulässig ist auch zB ein Begleitschreiben, solange Zusammengehörigkeit der beiden Urkunden klar ersichtlich ist
 - Bei Vertretungsverhältnissen hat der Vertreter mit eigenem Namen zu unterschreiben und das Vertretungsverhältnis anzugeben

Qualifizierte Schriftlichkeit

Besteht in einfacher Schriftlichkeit, qualifiziert durch zusätzliche Elemente, wie zB

- Unterschriebene Erklärung muss (wenigstens zum Teil) eigenhändig geschrieben sein (zB Art. 493, ZGB 505)
- Oder die Urkunde muss bestimmte Angaben enthalten, die das Gesetz ausdrücklich vorschreibt (zB Art. 269d, 270 Abs. 2, 347a)

Öffentliche Beurkundung

Das formbedürftige Rechtsgeschäft wird in einem Schriftstück festgehalten, und zwar durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betraute Person (Urkundsperson, Notar), in der vom Staat geforderten Form und in dem dafür vorgesehenen Verfahren.

- Jeder Kanton bestimmt für sein Gebiet, in welcher Weise die öffentliche Beurkundung hergestellt wird (ZGB SchIT 55 Abs. 1), jedoch innert Schranken des Bundeszivilrechts
- Wer für die Errichtung der öffentlichen Urkunde zuständig ist und welchen Vorschriften das Beurkundungsverfahren unterliegt, bestimmt sich nach dem am Errichtungsort anwendbaren Recht (Art. 493 Abs. 2)
- Die an einem beliebigen Ort der CH nach dem dortigen Recht errichtete Urkunde muss grundsätzlich in der ganzen CH anerkannt werden (*Grundsatz der Freizügigkeit*)
- Für einzelne Verträge enthält das Bundesrecht Bestimmungen über die Form oder/und den Inhalt der öffentlichen Urkunde, zB Art. 493 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1; ZGB 184 etc.
- Anwendungsbereich wird durch Einzelvorschriften bestimmt (zB Art. 243 Abs. 2, ZGB 680 Abs. 2)
 - Grundstückkauf (Art. 216 Abs. 1 OR / ZGB 657), der Auftrag und die Bevollmächtigung zum Erwerb von Grundstücken fallen jedoch nicht unter die Vorschrift der öffentlichen Beurkundung
- Nach ZGB 9 erbringen öffentliche Urkunden für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhalts nachgewiesen ist -> **verstärkte Beweiskraft** begründet eine Vermutung, die durch den Beweis des Gegenteils widerlegbar ist; sie gilt jedoch nicht für den Inhalt der ganzen Urkunde, sondern nur denjenigen Inhalt, der nach Bundesrecht überhaupt beurkundungsbedürftig ist und was die Urkundsperson als richtig bescheinigt hat un kraft ihrer eigenen Wahrnehmung bescheinigen konnte

3. Umfang des Formzwangs

Frage nach dem Umfang des Formzwangs

Ist ein Vertrag von Gesetzes wegen formbedürftig, was muss im Einzelnen verurkundet werden, damit die Form gewahrt ist?

Grundsatz / Richtlinie

Formbedürftig ist der gesamte Einzelvertrag, und zwar mit sämtlichen Vertragspunkten, die objektiv und subjektiv wesentlich sind. Grundsätzlich unterliegen dem Formzwang also Vertragserklärungen beider Parteien, soweit sie die wesentlichen Punkte des Vertragsinhalts regeln.

Dieser Grundsatz hat nicht absolute Geltung; vorbehalten bleiben Abweichungen, die sich aus der jeweils anwendbaren Formvorschrift - aus ihrem Wortlaut, Sinn und Zweck - ergeben können.

Ist öffentliche Beurkundung vorgeschrieben...

- Müssen wesentliche Punkte aus der öffentlichen Urkunde selber hervorgehen
 - Hinreichende Bestimmtheit (Bestimmbarkeit) fordert, dass das Vertragsobjekt sich eindeutig identifizieren lässt
 - Verweisungen der öffentliche Urkunde auf externe Dokumente sind - soweit es um beurkundungsbedürftige Punkte geht - nicht möglich

4. Formungültigkeit

Normalfall: Formvorschrift ist eine Gültigkeitsvorschrift

Art. 11 Abs. 2: "Ist über die Bedeutung und Wirkung einer gesetzlich vorgeschriebenen Form nicht was anderes bestimmt, so hängt von deren Beobachtung die Gültigkeit des Vertrages ab."

Dieser Artikel füllt lückenhafte Formvorschriften, welche keine Regelung über die Folgen der Nichteinhaltung der vorgeschriebenen Form enthalten, und zwar in dem Sinn, dass die Form Gültigkeitserfordernis ist. -> Wird die Gültigkeitsvorschrift nicht oder nicht richtig erfüllt, so leide der formbedürftige Vertrag an einem Formmangel, der ihn ungültig macht.

Nichtigkeit des formungültigen Vertrags (bisherige Praxis des Bundesgerichts)

- formungültiger Vertrag ist nicht widerrechtlich i.S. von Art. 20 Abs. 1, aber Vertrag ist nichtig = Formnichtigkeit
- Formnichtigkeit: Vertrag ist schlechthin und unheilbar unwirksam
- jedermann kann sich darauf berufen, das Gericht hat den Formmangel von Amtes wegen zu berücksichtigen
- Wurde aus dem formwidrigen Vertrag bereits geleistet, kann jede Partei ihre rechtsgrundlose Leistung durch Vindikation (ZGB 641 Abs. 2) oder aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 ff.) zurückverlangen und allenfalls auf Berichtigung des Grundbuchs (ZGB 975) klagen

Abschwächung der Formnichtigkeit durch das Rechtsmissbrauchsverbot

- Vorbehalten bleibt stets der Fall, in welchem die Berücksichtigung der Formnichtigkeit gegen Treu und Glauben verstösst und die Berufung darauf rechtsmissbräuchlich ist (ZGB 2 Abs. 2) -> in diesem Fall ist Formnichtigkeit unter den Parteien unbeachtlich und der Vertrag ist so zu behandeln, wie wenn er gültig wäre

- Umstände, die die Anrufung des Formmangels rechtsmissbräuchlich machen:
 - Beidseitige, vollständige Erfüllung des formungültigen Vertrags, wenn (erstens) derjenige, der sich darauf beruft, freiwillig und irrtumsfrei (d.h. in Kenntnis des Formmangels und seiner Folgen) geleistet hat, und wenn (zweitens) die Würdigung aller übrigen Umstände nicht eindeutig zum gegenteiligen Schluss führt
 - Partei, die sich auf den Formmangel beruft, hat den Mangel arglistig herbeigeführt oder ihn beim Vertragsabschluss bewusst in Kauf genommen oder sogar zum eigenen Vorteil gewollt
 - Berufung auf Formmangel ist zweckwidrig, weil sie zB nur dazu dient, sich unliebsamen Gewährleistungsansprüchen zu entziehen oder die nach Vertragsabschluss eingetretene Wertsteigerung des Grundstücks auf Kosten der Gegenpartei auszunützen

Die Ablehnung der Formnichtigkeit (herrschende Lehre)

Heute h.L. lehnt die bisherige Ansicht des Bundesgerichts (Nichtigkeitspraxis) über die Natur der Formungültigkeit ab. Sie anerkennt zwar, dass der formungültige Vertrag keine Rechtswirkung entfaltet, doch soll die Formungültigkeit grundsätzlich nicht von Amtes wegen zu beachten und eine Heilung des Formmangels durch Vertragserfüllung möglich sein. Auch das Bundesgericht überlegt sich, ob unbekümmert um die Art des Mangels daran festgehalten werden kann, dass die Formungültigkeit zur absoluten Nichtigkeit des Vertrags führe und der Formmangel stets von Amtes wegen zu berücksichtigen sei.

Haben die Parteien ein formungültiges Verpflichtungsgeschäft freiwillig und zumindest zur Hauptsache erfüllt, ist der Formmangel geheilt, falls sich s dem Zweck der verletzen Vorschrift nicht ausnahmsweise etwas anderes ergibt. Diese Heilung durch Vertragserfüllung, die den Formmangel unbeachtlich und das vorerst ungültige Geschäft im Nachhinein doch noch gültig macht, entspricht der Rechtsidee, dass ein erfüllter Vertrag erhöhten Bestandesschutz verdient.

Der formungültige Grundstückskauf (Beispiel eines formungültigen Vertrags)

Im Vordergrund steht der formungültige Grundstückskauf (Art. 216 Abs. 1 / ZGB 657 Abs. 1) und hier wiederum die unrichtige Beurkundung des Kaufpreises. Das Bundesgericht erachtet die unrichtige Beurkundung des Kaufpreises als Formmangel mit Ungültigkeitsfolge für den Vertrag, egal ob verrundeter Preis höher oder tiefer als vereinbart.

Im Falle eines gemeinsamen Irrtums (Art. 18 Abs. 1) wird - zwar nur vereinzelt, aber in Anlehnung an die deutsche Tradition - postuliert, dass eine Formungültigkeit fehlt und deshalb von der Formgültigkeit des Vertrags mit dem wirklich gewollten Inhalt auszugehen sei. In der CH gilt allgemein aber lediglich, dass bei beidseitigem Irrtum die Berufung auf Formungültigkeit gegen das Rechtsmissbrauchsverbot verstösst und dass die Erfüllung den Formmangel heilen kann.

5. Einzelfragen

1. **Grundsatz der Formfreiheit:** Art. 11. Abs. 1 gilt nicht nur für Verträge, sondern für sämtliche Rechtsgeschäfte, somit auch für einseitige Rechtsgeschäfte und Beschlüsse
2. **Gesetzlich vorgeschriebene Formen:** Neben der Hauptformen einfache Schriftlichkeit, qualifizierte Schriftlichkeit und öffentliche Beurkundung gibt es noch weitere Formen (Nebenformen), die das OR in einzelnen Bestimmungen vorschreibt
3. **Schenkung von Todes wegen** (Art. 245 Abs. 2): untersteht den Vorschriften über die Verfügung von Todes wegen und bedarf der hierfür vorgeschriebenen Form (ZGB 498 ff.). Leidet sie aber an einem Formmangel, so bleibt sie trotzdem so lange wirksam, bis sie auf erhobene Klage hin für ungültig erklärt wird (ZGB 520 Abs. 1). Die Klage verjährt nach Art. ZGB 521 Abs. 1
4. **Aussergerichtlicher Vergleich:** Der aussergerichtliche Vergleich ist ein Innominatvertrag, der grundsätzlich keiner besonderen Form unterliegt
5. **Abänderung formgebundener Verträge:** Nach Art. 12 gilt die gesetzliche Formvorschrift auch für jede Abänderung eines Vertrags, mit Ausnahme von ergänzenden Nebenbestimmungen, die mit der Urkunde nicht im Widerspruch stehen
6. **Umfang der Formungültigkeit:** Leidet ein formbedürftiger Vertrag an einem Formmangel, so ist er insgesamt als Ganzes formungültig, auch wenn der Mangel nur einzelne Teile des Vertrags betrifft
7. **Haftung für Formungültigkeit:** Wer sich erfolgreich auf die Formungültigkeit des Vertrags beruft, kann von seinem Vertragspartner aus "culpa in contrahendo" auf Leistung von Schadenersatz belangt werden, wenn jenen am Formmangel ein Verschulden trifft. Dafür genügt es, dass er den Formmangel der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben hat (Art. 26 Abs. 1 sinngemäss)
8. **Konversion (Umdeutung):** ist ein Rechtsgeschäft wegen mangelhafter Formerfüllung ungültig, muss geprüft werden, ob nicht die bescheideneren Gültigkeitserfordernisse eines anderen Rechtsgeschäfts mit ähnlichem Zweck und Erfolg erfüllt sind

II. Vertraglich vorbehaltene Form (Art. 16)

1. Der Tatbestand

Art. 16

1 Ist für einen Vertrag, der vom Gesetze an keine Form gebunden ist, die Anwendung einer solchen vorbehalten worden, so wird vermutet, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen.

2 Geht eine solche Abrede auf schriftliche Form ohne nähere Bezeichnung, so gelten für deren Erfüllung die Erfordernisse der gesetzlich vorgeschriebenen Schriftlichkeit.

- Parteien haben sich auf die Verwendung einer bestimmten Vertragsform geeinigt, eine solche Einigung bedarf ihrerseits keine besondere Form
- Tatbestand lässt offen, welche Bedeutung die vorbehaltene Form nach dem Inhalt der getroffenen Vereinbarung hat (Abschlussform oder blosse Beweisform)

2. Die zwei Vermutungen des Art. 16

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

1. Die Parteien wollen vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein (Abs. 1)
 - Diese gesetzliche Vermutung wirkt nur so lange, als die getroffene Formabrede nicht durch eine spätere Gegenabrede wieder aufgehoben wird
 - Im Streitfall richtet sie sich gegen denjenigen, der das Zustandekommen des Vertrags behauptet, obwohl die vorbehaltene Form nicht eingehalten ist
 - Nach Art. 16 Abs. 1 wird vermutet, dass der Vertrag mangels übereinstimmender Erklärung des Abschlusswillens, also Konsens, nicht zustande gekommen ist
 - Vor Erfüllung der vorbehaltenen Form gilt der Vertrag als nicht abgeschlossen
 - Vermutung ist widerlegbar, sie kann zerstört werden durch...
 - Den Nachweis, dass die Parteien eine blosse Beweisform, und keine Abschlussform, vereinbart haben
 - Den Nachweis, dass der Vertrag zustande gekommen ist, indem die Parteien sich den übereinstimmenden Abschlusswillen zwar nicht in der vereinbarten Form, in Wirklichkeit aber doch erklärt haben, sei es ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten
2. Vermutet wird im Fall, dass die Formabrede der Parteien auf "schriftliche Form ohne nähere Bezeichnung" geht, dass die vereinbarte Schriftform als "einfache Schriftlichkeit" im Sinne der Art. 13-15 verstanden wurde
 - Kann widerlegt werden, zB durch Beweis, dass mit der vereinbarten Schriftform jede Form gemeint ist, die den Nachweis des abgeschlossenen Vertrags mit Hilfe eines schriftlichen Texts ermöglicht

3. Einzelfragen

- **Vertraglicher Formvorbehalt:** kann in beliebiger Form, also auch stillschweigend, vereinbart werden, jedoch gilt die Vermutung des Art. 16 Abs. 1 nur dann, wenn sich die Parteien des vereinbarten Vorbehalts auch bewusst waren, weshalb vorformulierte Vorbehalte in AVB die Vermutung nicht auszulösen vermögen, falls sie global übernommen wurden. Auch wird verlangt, dass die Formabrede spätestens mit der Einigung über den Vertragsinhalt getroffen wird
- Art. 16 Abs. 1 kommt auch dann zur Anwendung, wenn die Parteien eine strengere Form vorbehalten, als das Gesetz
- **Beweislast für die Formabrede:** obliegt demjenigen, der das Zustandekommen des Vertrags wegen Nichteinhaltung einer vorbehaltenen Form bestreitet
- Art. 16 ist sinngemäss auch anwendbar auf
 - blosse Einzelabreden (einzelne Abreden, die Teil eines umfassenden Vertrags bilden), die Vermutung beschränkt sich dann aber auf diese Einzelabreden, das Zustandekommen des übrigen Vertrags bleibt davon unberührt
 - Einseitige Rechtsgeschäfte
- **Nachträgliche Abänderung des Vertrags:** hier ist Art. 12 nicht anwendbar; ohne besondere Abrede bezieht sich also die für den Vertragsabschluss vorbehaltene Form nicht auf die Vertragsergänzung

§6 Vertragsfreiheit

I. Die Bedeutung der Vertragsfreiheit

Grundlage der Vertragsfreiheit

- In Privatautonomie begründet und viel zitiertes Grundprinzip unseres Vertragsrechts
- Verfassungsrechtlich ist sie in Wirtschaftsfreiheit i.S.v. BV 27 enthalten
- Ist eine der tragenden Pfeiler der privatrechtlichen Grundfreiheiten

Bedeutung der Vertragsfreiheit - Aspekte der Freiheit

- **Abschlussfreiheit:** Freiheit, einen bestimmten Vertrag nach Belieben abzulesen (positive Abschlussfreiheit) oder nicht abzuschliessen (negative Abschlussfreiheit) und Freiheit in der Wahl des Abschlussortes
- **Partnerwahlfreiheit:** Freiheit in der Wahl des Vertragspartners
- **Aufhebungsfreiheit:** Freiheit, einen abgeschlossenen Vertrag durch Vereinbarung wieder aufzuheben (actus contrarius) oder inhaltlich zu ändern
- **Formfreiheit** (Art. 11 Abs. 1): Freiheit, Verträge in beliebiger Form abzuschliessen, zu ändern oder aufzuheben
- **Inhaltsfreiheit** (Art. 19 Abs. 1): Freiheit, den Inhalt des Vertrags beliebig zu vereinbaren und ein Aspekt ist noch die Typenfreiheit

II. Die Inhaltsfreiheit (Art. 19 Abs. 1)

Art. 19: 1 Der Inhalt des Vertrages kann innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgestellt werden.

Inhaltsfreiheit

- Bezieht sich auf die inhaltlichen Merkmale des Schuldvertrags
- Parteien sind frei in der rechtsgeschäftlichen Gestaltung des Vertragsinhalts - derart, dass der Vertrag ohne Rücksicht auf den vereinbarten Inhalt verbindlich ist (Art. 163 Abs. 1)
- **Typenfreiheit:** ist ein Aspekt dieser Inhaltsfreiheit; es gibt keinen geschlossenen Kreis der möglichen Schuldverträge; die Parteien sind frei, auch gesetzlich nicht geregelte Vertragsverhältnisse (Innominatkontrakte) einzugehen. Dadurch hebt sich das Schuldrecht vom Sachenrecht ab, das von der Typengebundenheit der dinglichen Rechte beherrscht wird
- Inhaltsfreiheit ist rechtlich beschränkt

III. Die rechtlichen Schranken der Inhaltsfreiheit (Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1)

Art. 19
2 Von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen sind nur zulässig, wo das Gesetz nicht eine unabänderliche Vorschrift aufstellt oder die Abweichung nicht einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit in sich schliesst.

Art. 20

1 Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig.

Schranken

Vertrag darf keinen unmöglichen und keinen widerrechtlichen Inhalt haben und darf nicht gegen die guten Sitten verstossen -> verstösst der Vertrag gegen eine dieser Schranken, so weist er einen Inhaltsmangel auf.

1. Ein Vertrag mit unmöglichem Inhalt

Wann liegt ein Vertrag mit unmöglichem Inhalt vor?

Wenn bei Vertragsabschluss feststeht, dass eine der versprochenen Leistungen objektiv nicht erbringbar ist:

- **Unmöglichkeit kann eine oder mehrere Leistungen** (Haupt oder Nebenleistungen) betreffen. Sie beschlägt entweder "nur" die vereinbarte Qualität, Quantität oder Modalität (Ort, Zeit, Methode) der Leistung oder eine versprochene Leistung ist an sich unmöglich, weil es die Sache zB gar nicht mehr gibt oder die Leistung schlechthin nicht erbracht werden kann
- **Unmöglichkeit ist eine ursprüngliche;** es steht bereits bei Vertragsabschluss objektiv fest, dass die Leistung nicht so erbracht werden kann
- **Leistung ist objektiv unmöglich;** ist von einem beliebigen Schuldner nicht erbringbar, entweder tatsächliche oder rechtliche Unmöglichkeit; die subjektive Unmöglichkeit fällt nicht unter Art. 20 Abs. 1

Eine Besonderheit gilt für Leistungen, die nach dem Inhalt des Vertrags vom Schuldner (höchst-)persönlich in eigener Person zu erbringen sind. Bei solchen Leistungen liegt bei subjektiven Unvermögen immer zugleich auch objektive Unmöglichkeit vor.

Inhaltsmängel (Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 OR)	
Unmöglichkeitlicher Inhalt	
-	Mindestens eine Leistung ist objektiv nicht erbringbar
-	Bereits bei Vertragsabschluss („ursprüngliche“ Unmöglichkeit)
Widerrechtlicher Inhalt	
-	Verstoß gegen eine objektive Norm des schweizerischen Rechts
-	(auch bei Verstoß gegen zwingendes Privatrecht; Art. 19 Abs. 2 OR)
-	nicht: bei Verstoß gegen vertragliche Rechte Dritter
Sittenwidriger Inhalt	
-	Verletzung des Persönlichkeitsrechts einer Partei
-	Sonstiger Verstoß gegen die guten Sitten

2. Ein Vertrag mit widerrechtlichem Inhalt

Widerrechtlich kann sein...

- Das Vereinbarte: etwas, das Gegenstand der getroffenen Vereinbarung ist (zB Beteiligung an Prozessgewinn als Ersatz für Honorar eines Anwalts -> Erfolgshonorar)
- Abschluss eines Vertrags mit dem vereinbarten Inhalt: also Tatsache, dass ein Vertrag mit solchem Inhalt abgeschlossen wurde (zB Verzicht auf Widerrufsrecht einer Vollmacht, Art. 34 Abs. 2)
- Ein mittelbarer Vertragszweck: der zwar nicht Gegenstand der Vereinbarung bildet (wie der Gesellschaftszweck), den Parteien aber doch gemeinsam ist

Widerrechtlichkeit kann sich ergeben aus...

- Einer unabänderlichen Vorschrift des Privatrechts (Art. 19 Abs. 2): sie sind zwingende Bestimmungen (ius cogens)
- Einer Vorschrift des öffentlichen Rechts (hiervon spricht Abs. 2): sei es des Bundes oder des Kantons -> Verfassungs-, Verwaltungs-, Prozess-, Strafrecht etc., so zB zwingende Bestimmungen über den Gerichtsstand

3. Ein Vertrag, "der gegen die guten Sitten verstösst"

Gegen die guten Sitten verstossen kann...

- Das Vereinbarte (namentlich eine vereinbarte Leistung)
- Der Abschluss des Vertrags mit dem vereinbarten Inhalt
- Der mittelbare, aber gemeinsame Vertragszweck (Vertragsinhalt im untechnisch-weiten Sinn)

2 Arten von sittenwidrigen Verträgen i.S.v. Art. 20 Abs. 1

- Verträge, die das Persönlichkeitsrecht einer Person verletzen (ZGB 27) -> wird auch - oder nur- zu den widerrechtlichen Verträgen gezählt
- Verträge, die sonst wie gegen die guten Sitten verstossen

Verletzung des Persönlichkeitsrechts (ZGB 27)

Art. 27

1 Auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit kann niemand ganz oder zum Teil verzichten.

2 Niemand kann sich seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken.

In Art. 20 Abs. 1 bildet die Verletzung des Persönlichkeitsrechts einen Unterfall der Sittenwidrigkeit, in Art. 19 Abs. 2 wird sie speziell hervorgehoben. Eine Freiheitsbeschränkung, die sittenwidrig ist, hat ihren Grund stets in der konkreten vertraglichen Bindung. Sie kann begründet sein:

- Im Gegenstand der Bindung: Verpflichtung in einem höchstpersönlichen Bereich (zB Zölibatsklausel, d.h. Verpflichtung keine Ehe einzugehen)
- Im Übermass der Bindung: Übermässige Konkurrenzverbote (Art. 340a Abs. 1), Verträge auf übermässig lange Zeit, insbesondere "ewige" Verträge, Pfandverträge zur Sicherung aller möglichen künftigen Forderungen ohne nähere Eingrenzung etc.

Als allgemeine Richtlinie dient folgender Grundsatz

Eine Vereinbarung bindet dann in sittenwidriger Weise, wenn sie die höchstpersönliche (auch wirtschaftliche) Freiheit eines Vertragspartners in zeitlicher, örtlicher oder sachlicher Hinsicht derart einschränkt, dass sie diesen der Willkür eines anderen ausgeliefert, seine wirtschaftliche Entfaltungsmöglichkeit aufhebt oder die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet.

Der sonstige Verstoss gegen die guten Sitten

- Vertrag verstösst gegen die herrschende Moral (Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden)
- Vertrag verstösst gegen die ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe (Prinzipien der Grundrechte)
- Beispiele: Schmiergeldversprechen, Erbschleicherei, Ghostwriter-Vereinbarung, Schweigegeldvertrag, Vereinbarung von Erfolgshonorar durch einen Anwalt
- Krasses Missverhältnis zwischen vereinbarten Austauschleistungen fällt nicht darunter, es gibt eigens den Art. 21 hierfür

4. Die Bedeutung der Grundrechte

Grundsatz

Die Grundrechte entfalten zwar keine unmittelbare Drittwirkung in dem Sinn, dass sie den privatrechtlichen Verkehr direkt normieren würden. Als elementare Bestandteile unserer Gesamtordnung greifen die Grundrechte mittelbar jedoch auch in die Privatverhältnisse ein, indem sie bei der Gesetzgebung, bei der Auslegung privatrechtlicher Gesetzesbestimmungen und bei der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe zu berücksichtigen sind.

IV. Die Rechtslage bei unmöglichem, rechtswidrigem oder sittenwidrigem Vertragsinhalt

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

Art. 20

1 Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig.

Nichtigkeit

- Bedeutet, dass keine Vertragswirkung eintritt
- Vertrag ist (unheilbar) unwirksam (ungültig), weshalb allfällige Leistungen aus dem nichtigen Vertrag ohne gültigen Rechtsgrund erfolgen
- jedermann kann sich auf die Unwirksam berufen, das Gericht hat die Unwirksamkeit von Amtes wegen zu beachten, falls sich ein Nichtigkeitsgrund aus dem Vortrag der Parteien ergibt
- Rechtsgrundlose Leistungen könne durch Vindikation (Eigentumsklage auf Herausgabe der Sache; ZGB 641 Abs. 2) oder aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 ff.) zurückverlangt werden und allenfalls auch auf Berichtigung des Grundbuchs klagen (ZB 975)

Einschränkungen

- Bei unsittlichen und widerrechtlichen Verträgen ist eine Rückforderung im Rahmen des Art. 66 ausgeschlossen
- Verträge, die gegen eine Norm des öffentlichen Rechts verstossen, sind nicht in jedem Fall nichtig; vielmehr sind sie nichtig nur dann, wenn diese Rechtsfolge vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen wird (zB SchKG 11) oder sich aus dem Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt -> enthält anwendbares Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung, welche die Nichtigkeit anordnet, ist der Vertrag nur dann nichtig, wenn der Zweck der verletzten Norm es verbietet, dem Vertrag Wirksamkeit zu verleihen
- TB des Art. 27 aus Art. 20 ausgeklammert

Nichtigkeit bei Inhaltsmängeln (Art. 20 OR)

- Vertrag ist (unheilbar) unwirksam
- Berücksichtigung von Amtes wegen
- Jeder kann sich auf die Nichtigkeit berufen
- Rückabwicklung erbrachter Leistungen nach Art. 641 Abs. 2 ZGB und Art. 62 ff. OR (und ggf. Grundbuchberichtigungsklage, Art. 975 ZGB)
- Einschränkungen

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

Art. 20

1 Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig.

2 Betrifft aber der Mangel bloss einzelne Teile des Vertrages, so sind nur diese nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre.

Allgemeines zu Art. 20 Abs. 2

Voraussetzungen dafür, dass eine blosser Teilnichtigkeit eintritt, können unterschieden werden in

- Objektive Voraussetzung: Mangel ist ein Teilmangel, indem er bloss einzelne Teile des Vertrags betrifft
- Subjektive Voraussetzung: es ist nicht anzunehmen, dass der Vertrag ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre (hypothetischer Parteiwille)

Bei den "Teilen" handelt es sich um Abreden (clauses, parti), die Bestandteile des abgeschlossenen Vertrags bilden

Grundregel

Nur die vom Mangel betroffenen Teile sind nichtig, der "Rest" ist gültig (Grundsatz der Restgültigkeit; geltungserhaltende Reduktion), es sei denn (Ausnahme), dass anzunehmen ist, der Vertrag wäre ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht abgeschlossen worden.

Diese Grundregel setzt voraus, dass ein teilbarer Vertrag vorliegt, dass also der vom Mangel nicht betroffene Rest immer noch als selbstständiger Vertrag Bestand haben kann, indem er zumindest die objektiv wesentlichen Vertragspunkte umfasst.

Nichtigkeitsabrede

Es kommt (selten) vor, dass die Parteien im Voraus vereinbaren, wie sich die allfällige Nichtigkeit eines bestimmten Vertragsteils (also ein Teilmangel) auf den übrigen Vertrag auswirkt. Eine solche Nichtigkeitsabrede ist in den Schranken des Art. 19 Abs. 1 gültig. Sie verdrängt die Regel des Art. 20 Abs. 2, der insofern dispositiv ist.

Zusätzliche Erläuterungen

- Schlichte Teilnichtigkeit: Nichtigkeit beschränkt sich auf den mangelhaften Teil des Vertrags, im Übrigen gilt der Vertrag unverändert
- Ganznichtigkeit: Vertrag gilt überhaupt nicht, er ist ganz nichtig, obwohl der Mangel nur einen einzelnen Vertragsteil betrifft
- Modifizierte Teilnichtigkeit: anstelle des nichtigen Teils (zB nichtige Kündigungsklausel) tritt eine Ersatzregel (zB feste Vertragsdauer von bestimmter Zeit) und der Vertrag gilt mit dieser Regel -> in BGE 96 II 133 noch abgelehnt, jedoch in späteren Entscheiden so praktiziert
- Reduktion auf das erlaubte Mass (auch eine modifizierte Teilnichtigkeit): wenn einzelne Vertragsabreden übermässig binden (zB bestimmten Höchstpreis oder Höchstzins überschreitet), tritt an die Stelle der nichtigen Abrede eine auf das erlaubte Mass reduzierte Verpflichtung, falls anzunehmen ist, bei Kenntnis der erwähnten Nichtigkeit hätten die Parteien den Vertrag als vernünftige und korrekte Vertragspartner mit diesem Inhalt (reduzierte Verpflichtung) abgeschlossen -> Ersatz der insgesamt nichtigen Klausel durch eine zulässige Besetzung

Kann der nichtige Teil durch eine gesetzliche Regel ersetzt werden?

Ja, es sind zwei Fälle zu unterscheiden:

- Vertragsklausel weicht nur vom dispositiven Recht ab, ist aber aus einem anderen Grund (zB wegen Unsittlichkeit) nichtig -> nichtige Klausel wird durch die dispositive Gesetzesregel ersetzt, nicht etwa durch eine Ersatzregel, die das Gericht aus dem hypothetischen Parteiwillen schöpft
- Vertragsklausel weicht ab von einer unabänderlichen Vorschrift (Art. 19 Abs. 2); sie verstösst gegen zwingendes Privatrecht und ist deshalb widerrechtlich und nichtig (Art. 20) -> nichtige Klausel wird durch die zwingende Gesetzesregel ersetzt

In beiden Fällen gilt der Vertrag zwar ohne die nichtige Klausel, aber mit der gesetzlichen Ersatzregel (ist eine modifizierte Teilnichtigkeit).

V. Einzelfragen

Wird eine Partei durch die (Teil)Nichtigkeit des Vertrags geschädigt, so hat sie den erlittenen Schaden grundsätzlich selber zu tragen. Ausgenommen sind Fälle, in denen ein besonderer Haftungsgrund eingreift, der die andere Partei zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet (v.a. Haftung aus culpa in contrahendo).

§7 Übervorteilung und Willensmängel

I. Die Übervorteilung - Art. 21 OR

1. Der Tatbestand

Tatbestandselemente im Überblick-> kumulative Erfüllung

1. Offenbares Leistungsmissverhältnis
 2. Schwächelage
 3. Ausbeutung
1. Offenbares Leistungsmissverhältnis
 - Objektives Tatbestandselement, betrifft Vertragsinhalt
 - Vertrag muss offenes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung begründen, zum Nachteil des Übervorteilten
 - Ungleichgewicht muss für jedermann, der das Verhältnis vernünftig beurteilt, offensichtlich sein
 2. Schwächelage
 - Subjektives Element, betrifft benachteiligte Partei
 - Partei wird durch bestimmte Schwäche zum Abschluss des für sie ungünstigen Vertrag veranlasst -> Mangel in Willensbildung
 - Schwächelagen: Notlage, Unerfahrenheit oder Leichtsinn (nicht abschliessend, auch Drogen etc)
 3. Ausbeutung
 - Subjektives Element, betrifft Gegenpartei
 - Gegenpartei macht sich Schwäche des anderen bewusst zunutze, um sich durch den Vertragsabschluss übermässige Vorteile auf Kosten des anderen zu schaffen -> muss um Schwäche des anderen und das offene Leistungsmissverhältnis erkennen

2. Rechtsfolge

Eiseitige Unverbindlichkeit des Vertrags

- Erklärung des Verletzten, dass er Vertrag nicht einhalte wird als Anfechtung bezeichnet
- Jahresfrist ist eine Verwirkungsfrist, Zeitablauf heilt den Mangel

3. Einzelfragen

1. Anwendung bei Vergleich? Da Vergleich kein synallagmatischer Schuldvertrag ist, fällt eine unmittelbare Anwendung des Art. 21 ausser Betracht, jedoch ist sinngemässe Anwendung möglich
2. Teilunverbindlichkeit? Übervorteilte Person kann bei gegebenen Voraussetzungen (Art. 20 Abs. 2) auch von Partei verlangen, dass der Vertrag mit einem veränderten Inhalt aufrecht erhalten bleibt, der das offene Leistungsmissverhältnis beseitigt (reduzierte Leistungspflicht)
3. Ist Übervorteilung allein (Art. 21) zugleich auch Nichtigkeitsgrund (Art. 20)? Nein, ausnahmslos nicht
4. Verhältnis zwischen Übervorteilung und besonderen kartellrechtlichen Missbrauchstatbeständen: Schutz nach KG 12-17 greift unabhängig davon, ob Art. 21 OR erfüllt oder nicht
5. Verhältnis zwischen Übervorteilung und Schutzbehelfen vor missbräuchlichen Mietzinsen (Art. 269 ff.): Partei kann wahlweise die Übervorteilung geltend machen oder den Mietzins nach Art. 270 ff als missbräuchlich anfechten

II. Die Willensmängel

Mängel des Vertragsabschlusses (Art. 23 OR)

- Irrtum (Art. 23 ff)
 - Motivirrtum (Art. 24 Abs. 2)
 - Erklärungsirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1-3 und Art. 27)
- Absichtliche Täuschung (Art. 28 OR)
- Furchterregung (Art. 29 f)

1. Der Irrtum (Art. 23 ff.)

Irrtum

Liegt dann vor, wenn Vorstellung und Wirklichkeit auseinandergehen; wer irrt, hat eine falsche Vorstellung über einen Sachverhalt. Die fehlende Vorstellung eines Sachverhalts (nur unbewusste Nichtkenntnis) ist der falschen Vorstellung gleichzustellen (wenn anzunehmen ist, dass es nach Treu und Glauben gerechtfertigt wäre, dass der Irrende den Nichtbestand des unbedachten Sachverhalts als notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet hätte).

Arten - Übersicht

- Irrtum über gegenwärtige oder vergangene, über rechtliche oder nichtrechtliche Sachverhalte
- Wesentlicher Irrtum (Art. 23 und 24) vs. Unwesentlicher Irrtum
- Motivirrtum (Beweggrund zum Vertragsabschluss) und Erklärungsirrtum (mangelhafte Kundgabe des Willens)

Der Motivirrtum / Irrtum im Beweggrund (Art. 24 Abs. 2)

- Bezieht sich auf Beweggrund zum Vertragsabschluss -> Irrtum in der Willensbildung (Erklärender will zwar das Erklärte, aber aus irrenden Motiven)
- Ist grundsätzlich unwesentlich. Trotz des Irrtums ist der Vertrag verbindlich - auch dann, wenn der Vertragspartner des Irrenden den Beweggrund kannte. Kannte der Vertragspartner allerdings auch den Irrtum, liegt eine absichtliche Täuschung (Art. 28) vor, falls eine Aufklärungspflicht bestand und er den Irrenden nicht aufgeklärt hat
- Ist ausnahmsweise wesentlich, sodass Vertrag für Irrenden einseitig unverbindlich ist -> bei qualifizierenden Merkmale eines Grundlagenirrtums

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

- Ist ein wesentlicher qualifizierter Motivirrtum -> hat also einseitige Unverbindlichkeit zur Folge (Art. 23)
- Ist vom TB her ein qualifizierter Motivirrtum

Qualifizierende Merkmale (Art. 24 Abs 1 Ziff. 4) - müssen kumulativ erfüllt sein

1. Subjektives Merkmal: Irrender muss den irrtümlich vorgestellten Sachverhalt im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses für eine *notwendige Grundlage des Vertrages* betrachten
2. Objektives Merkmal: Irrender handelt nach *Treu und Glauben* im Geschäftsverkehr; wesentlicher Grundlagenirrtum liegt nur dann vor, wenn es sich bei objektiver Betrachtung nach den Anforderungen des loyalen Geschäftsverkehrs rechtfertigt, dass der Irrende den vorgestellten Sachverhalt als notwendige Vertragsgrundlage ansieht. Fahrlässigkeit des Irrenden schliesst den Grundlagenirrtum nicht aus (Art. 26)

Der Irrtum über die Rechtsfolgen ist nie ein Grundlagenirrtum.

Abgrenzung: wenn Parteien die Verbindlichkeit des Vertrages an eine vereinbarte Voraussetzung knüpfen

- Vereinbarung kann ausdrücklich oder stillschweigend sein
- Vertrag ist nur wirksam, wenn der festgelegte bestimmte Umstand (der nach Ansicht mind. Einer Partei ungewiss ist) zur Zeit des Vertragsabschlusses besteht oder in der Vergangenheit bestanden hat
- Stellt sich heraus, dass es an der vereinbarten Voraussetzung fehlt, bleibt Vertrag von Anfang an unwirksam (geht eig. um Konsens, ist nicht Folge eines Grundlagenirrtums!)

Streitfragen

1. *Kann sich der Grundlagenirrtum auch auf einen künftigen Sachverhalt (nach Vertragsabschluss) beziehen?*
 - *Praxis des Bundesgerichts ist schwankend*
 - *Letzter Stand der Rechtsprechung: Grundlagenirrtum kann auch dann vorliegen, wenn zwar nur die sich auf den Irrtum berufende Partei fälschlicherweise annahm, ein zukünftiges Ereignis sei sicher, aber auch die Gegenpartei nach Treu und Glauben hätte erkennen müssen, dass die Sicherheit für die andere Partei Vertragsvoraussetzung war --> soweit es um ungewisse Erwartungen oder um zufällige künftige Ereignisse geht, scheidet eine Berufung auf Grundlagenirrtum aus*
 - *Hier vertretene Ansicht: möglicher Gegenstand eines Grundlagenirrtums beschränkt sich auf gegenwärtige und vergangene Sachverhalte*
2. *Grenzziehung zwischen dem Bereich des Grundlagenirrtums und der "clausula rebus sic stantibus" (Anpassung des Vertrags an veränderte Verhältnisse)*
 - *Veränderte Verhältnisse, die nach Vertragsabschluss eintreten, können zu einer Vertragsanpassung führen, gestatten aber keine Berufung auf Grundlagenirrtum (weil dieser eben auf Gegenwärtiges und Vergangenes beschränkt ist)*
3. *Verhältnis zwischen der kaufrechtlichen Sachgewährleistung (Art. 197 ff.) und dem Grundlagenirrtum; bleibt Käufer einer mangelhaften Speziessache auf die Rechtsbehelfe der Sachgewährleistung (Art. 205 ff) verwiesen, oder kann er alternativ auch Grundlagenirrtum geltend machen?*
 - *Viehhandel: nein, also nur Sachgewährleistung*
 - *Für übrige Kaufverträge wird alternative Berufung auf Grundlagenirrtum zugelassen*

Der Erklärungsirrtum (Äusserungsirrtum)

- Falsche oder fehlende Vorstellung des Irrenden über die Ausdruckskraft seines eigenen Erklärungsverhaltens; ohne Absicht des Erklärenden versteht der Empfänger das Erklärungsverhalten abweichend vom wirklichen Willen des Erklärenden, und zwar darf er es nach Treu und Glauben abweichend verstehen --> *wer sich im Erklärungsirrtum befindet, gibt dem Empfänger unbewusst etwas kund, das nicht seinem wirklichen Willen entspricht*
- Zur Feststellung muss das Vertrauensprinzip herangezogen werden
- Kein Erklärungsirrtum liegt vor, wenn der Empfänger den Erklärenden tatsächlich richtig verstanden hat; dann Massgabe des erklärten wirklichen Willens
- Sind grundsätzlich wesentlich; macht Irrender ein Jahr lang nichts, heilt der Mangel
- Bsp. Reader 20

Erscheinungsformen des Erklärungsirrtums

1. **Erklärungsirrtum im engen Sinn (Hauptform, Bsp. in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1-3)** versprechen, vertippen, vergreifen oder Irrtum betr. Sinn der Erklärungshandlung
2. **Übermittlungsirrtum (Art. 27):** Erklärung wird durch einen Boten oder auf andere Weise unrichtig übermittelt ohne Wissen des Erklärenden
3. **Irrtum über die Ausdruckskraft einer ungewollten Erklärung:** Irrender hat keinen Erklärungswillen oder sogar kein Erklärungsbewusstsein; verhält sich irrtümlicherweise und ohne Täuschungsabsicht so, dass ein anderer das Verhalten als Willenserklärung auffasst und nach Treu und Glauben auch auffassen darf

Wesentlicher und unwesentlicher Erklärungsirrtum (unterschiedliche Rechtsfolgen)

- Wesentlicher Irrtum macht Vertrag einseitig unverbindlich (Art. 23), verpflichtet den Irrenden aber, wenn er sich darauf beruft, zur Schadenersatzleistung (Art. 26) wenn ihn der Vorwurf der Fahrlässigkeit trifft
- Bei unwesentlichem Erklärungsirrtum gilt der Vertrag von Anfang an, und zwar (nach Vertrauensprinzip) mit Inhalt, wie der Erklärungsgegner ihn verstanden hat (nicht wie Irrender gewollt hat)
- Beispiele für wesentliche Irrtumsfälle in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1-3

Kriterien nehmen keine Rücksicht auf Verschulden des Irrenden, denn ein Irrtum kann auch auf Fahrlässigkeit beruhen und dennoch wesentlich sein (Art. 26)

Abgrenzungen

1. Motivirrtum
 - Irrtum der Willensbildung: tritt bereits im Stadium der Willensbildung auf und beeinflusst den Willensentschluss (während Erklärungsirrtum den Vollzug des Willens beeinflusst)
2. Missverständnis des Erklärungsempfängers
 - Erklärer darf im Unterschied zum Erklärungsirrtum nach den konkreten Umständen das Erklärungsverhalten nicht falsch verstehen; muss nach Treu und Glauben (Vertrauensprinzip) die Erklärung so verstehen, wie der Erklärende sie meint -> Wahrnehmungsfehler (verliest sich zB) oder Deutungsfehler (verstehet zB unverbindlich i.S. von unentgeltlich)
3. Falscherklärung
 - Partei täuscht eine bestimmte Erklärung ohne entsprechenden Geschäfts- und Erklärungswillen nur vor: Mentalreservation (Empfänger wird getäuscht, hier greift Vertrauensprinzip; Erklärender muss sich beim Wort nehmen lassen) oder Simulation (Parteien sind sich einig, Täuschung Dritter, hier greift Art. 18 Abs. 1)
4. Gemeinsamer Irrtum nach Art. 18 Abs. 1
 - Parteien verwenden aus Irrtum unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise, verstehen es aber übereinstimmend im gleichen Sinn
5. Blosse Rechnungsfehler nach Art. 24 Abs. 3
 - Hindern Verbindlichkeit des Vertrags nicht, sind aber zu berichtigen; vereinbarte Einzelpreise gelten, setzt beidseitiges Versehen voraus

Irrtumsfolge: Rechtsfolge wesentlichen Irrtums

Gesetzliche Grundregel - Art. 23

Vertrag ist für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat = einseitige Unverbindlichkeit

-> diese Grundregel wird ergänzt durch verschiedene Einzelregeln

Einzelregeln

- Art. 25 Abs. 1: Berufung auf Irrtum ist unstatthaft, wenn sie Treu und Glauben widerspricht; unnütze Rechtsausübung oder krasses Interessenmissverhältnis
- Art. 25 Abs. 2: regelt Anwendungsfall des in Abs. 1 enthaltenen Missbrauchsverbots: Insbesondere muss der Irrende den Vertrag gelten lassen, wie er ihn verstanden hat, sobald der andere sich hiezu bereit erklärt hat -> bezieht sich auf wesentlichen Erklärungsirrtum und behaftet den Irrenden bei dem, was er wirklich gewollt hat, wenn sein Vertragsgegner die Geltung des Gewollten dem Dahinfallen des Vertrags vorzieht -> verbietet dem Irrenden, sich widersprüchlich zu verhalten. Regel greift nur dann, wenn
 - Der Irrende sich überhaupt auf den Irrtum beruft und
 - Die Erklärung des Vertragsgegners, den Vertrag i.S. des Irrenden gelten zu lassen, unmittelbar auf die Irrtumsberufung folgt
 -> sind beide Voraussetzungen erfüllt, gilt Vertrag von Anfang an so, wie ihn der Irrende verstanden hat
- Art. 26: kommt auch bei Anwendung von Art. 25 Abs. 2 zur Anwendung
1 Hat der Irrende, der den Vertrag nicht gegen sich gelten lässt, seinen Irrtum der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben, so ist er zum Ersatze des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens (=negatives Interesse) verpflichtet, es sei denn, dass der andere den Irrtum gekannt habe oder hätte kennen sollen.
- Art. 20 Abs. 2: Sinngemässe Anwendung der modifizierten Teilnichtigkeit kommt in Betracht, wenn der Irrende geltend macht, dass er den Vertrag ohne Irrtum nicht zu diesen Bedingungen abgeschlossen hätte -> prüfen, was Parteien nach Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn Mangel schon bei Abschluss bekannt gewesen wäre -> darauf kann sich jede beteiligte Partei berufen, doch Irrender muss Grundlagenirrtum überhaupt und rechtzeitig (Art. 31) geltend machen. Sinngemässe Anwendung bei Erklärungsirrtum entfällt.

Die einseitige Unverbindlichkeit bei Willensmängeln

I. Vorkommen

- bei wesentlichem Irrtum (Art. 23 OR)
- bei absichtlicher Täuschung (Art. 28 Abs. 1 OR)
- bei Furchterregung (Art. 29 Abs. 1 OR)
- (pro memoria: auch bei Übervorteilung; Art. 21 Abs. 1 OR)

II. Auffassung des Bundesgerichts: „Ungültigkeitstheorie“

- Vertrag ist ungültig (unwirksam) – von Anfang an
- Nur die *eine* Partei (die irrende, getäuschte, bedrohte Partei) kann sich auf die Ungültigkeit berufen
 - Erfüllung verweigern
 - Bereits Geleistetes vindizieren (Sachen) / kondizieren (Geld)
 - Rückleistung „Zug um Zug“
- Frist: Art. 31 OR
Nichtreaktion führt zur Genehmigung des Vertrages („Aufhebung des Mangels“). Der Vertrag ist dann *ex tunc* gültig.
- (gegenteilige Auffassung: „Anfechtungstheorie“)

2. Die absichtliche Täuschung (Art. 28)

Ein Vertragsschliessender wird durch absichtliche Täuschung zum Vertragsabschluss verleitet.

Art. 28

1 Ist ein Vertragsschliessender durch absichtliche Täuschung seitens des andern zu dem Vertragsabschlusse verleitet worden, so ist der Vertrag für ihn auch dann nicht verbindlich, wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher war.

2 Die von einem Dritten verübte absichtliche Täuschung hindert die Verbindlichkeit für den Getäuschten nur, wenn der andere zur Zeit des Vertragsabschlusses die Täuschung gekannt hat oder hätte kennen sollen.

Tatbestand

1. Betr. Partei schliesst Vertrag aufgrund eines Motivirrtums, der auf absichtlicher Täuschung beruht - ohne diesen Irrtum (Kausalzusammenhang!) würde sie Vertrag nicht (so) abschliessen (Beweislast beim Getäuschten)
2. Haupttatbestand Abs 1: Absichtliche Täuschung durch den Vertragsgegner durch positives Verhalten oder durch Schweigen (klärt nicht über bereits bestehenden Irrtum auf, obwohl er Irrtum kennt und zur Aufklärung verpflichtet wäre)
 - Täuscht Vertragsgegner absichtlich; er weiss, dass er Irrtum hervorruft oder unterhält
 - Hat Absicht, den anderen zum Abschluss zu verleiten, jedoch weder Bereicherungs- noch Schädigungsabsicht wird vorausgesetzt
3. Nebentatbestand Abs 2: Absichtliche Täuschung durch einen Dritten; nur dann, wenn Täuschender zur Zeit des Vertragsabschlusses die Täuschung kennt oder kennen muss (ZGB 3 Abs. 1 und 2); kennt er Täuschung, täuscht er selber durch Schweigen

Rechtsfolgen

1. Vertrag wird für Getäuschten unverbindlich (einseitige Unverbindlichkeit), auch wenn der Irrtum kein wesentlicher i.S. von Art. 23f. Ist -> muss sich innert Frist von Art. 31 auf Unverbindlichkeit des Vertrags berufen
2. Schadenersatzpflicht, sofern sich eine solche aus Art. 41 ff. oder aus Grundsätzen der culpa in contrahendo ergibt: negatives Interesse vergüten und, soweit es Billigkeit entspricht auch weiteren Schaden ersetzen (Art. 26 Abs. 2 sinngemäss) oder wenn Getäuschter Unverbindlichkeit nicht geltend macht Art. 31 Abs. 3

Sonderregeln/ weitere Rechtsbehelfe

- Betrifft die Täuschung die Qualität ihrer Leistung, können Regeln über die Nichterfüllung anwendbar sein -> absichtliche Täuschung oder Sachgewährleistung

3. Die Furchterregung (Art. 29 f.)

Willensmangel beruht auf Mangel in Willensbildung. Irrtum entsteht dadurch, dass Partei Vertragswillen unter Einfluss einer Drohung bildet.

Art. 29

1 Ist ein Vertragsschliessender von dem anderen oder von einem Dritten widerrechtlich durch Erregung begründeter Furcht zur Eingehung eines Vertrages bestimmt worden, so ist der Vertrag für den Bedrohten unverbindlich.

Tatbestand - Art. 29 Abs. 1

1. Vertragsschliessender wird von dem anderen oder einem Dritten widerrechtlich durch Erregung begründeter Furcht zur Eingehung eines Vertrags bestimmt -> ohne Furcht (Kausalzusammenhang) kein solcher Vertragsabschluss
2. Furchterregung erfolgt durch eine Drohung (Abs. 2) -> wird gedroht, dass bei Nichtabschluss dieses Vertrags dem Bedrohten selbst oder einem anderen ein Nachteil zugefügt wird (Abschluss aus sonstiger Furcht gehört nicht in den TB)
3. Erregte Furcht ist eine begründete, qualifizierte Furchterregung > wenn der Bedrohte nach den Umständen annehmen muss, dass er oder eine ihm nahe verbundene Person an Leib und Leben, Ehre, Freiheit oder Vermögen etc. mit einer nahen oder erheblichen Gefahr bedroht ist (Art. 30 Abs. 1)
4. Element der Widerrechtlichkeit -> wenn der angedrohte Nachteil widerrechtlich ist oder bei Androhung einer Geltendmachung eines Rechts ist Widerrechtlichkeit unter Voraussetzungen des Art. 30 Abs. 2 gegeben

Rechtsfolgen

- Vertrag ist für den Bedrohten nach Art. 29 einseitig unverbindlich
- Schadenersatzpflicht:
 - Ersatzpflicht des Drohenden gegenüber dem Bedrohten (gleich wie Täuschender gegenüber Täuschter, insbes. Art. 31 Abs. 3)
 - Ersatzpflicht des Bedrohten gegenüber dem Vertragspartner, aber nur im Fall einer Drittdrohung, die der Vertragspartner weder gekannt noch hätte erkennen sollen (Art. 29 Abs. 2)

4. Die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrages

Einseitige Unverbindlichkeit

Leidet der Vertrag an einem erheblichen Willensmangel einer Partei, so ist er für die betroffene Partei (Irrender, Getäuschter, Bedrohter) unverbindlich. Diese Rechtslage besteht auch beim TB der Übervorteilung (Art. 21). Wichtig ist, dass sich die betroffene Partei innert bestimmter Frist auf die Unverbindlichkeit berufen muss (Art. 31).

Bedeutung der einseitigen Unverbindlichkeit

Ungültigkeitstheorie (hier vertretene Ansicht)

- Einseitig unverbindlicher Vertrag ist von Anfang an, ex tunc, unverbindlich
- Er ist ungültig -> keine Vertragswirkung, gleich wie ein nichtiger Vertrag
- Darf nicht von Amtes wegen berücksichtigt werden
- Nur Betroffene Partei (irrende, getäuschte, bedrohte) wird geschützt, wenn sie gegen den Willen der anderen Partei die Ungültigkeit geltend macht; nur sie kann sich auf die Unverbindlichkeit des Vertrags berufen und die Erfüllung verweigern und bereits erbrachte Leistungen durch Vindikation (ZGB 641) oder ungerechtfertigte Bereicherung (Ar. 62 ff.) zurückverlangen, allenfalls auch auf Berichtigung des Grundbuchs klagen (ZGB 975); Rückleistung Zug um Zug

Anfechtungstheorie

- Einseitiger Vertrag ist für beide Parteien gültig, die betroffene Partei (und nur sie) hat jedoch ein Anfechtungsrecht
- Übt betroffene Partei das Anfechtungsrecht aus, wird der Vertrag ex tunc aufgehoben
- Diese Theorie wurde vom Bundesgericht ausdrücklich verworfen!

Theorie der "geteilten Ungültigkeit"

- Vertrag ist für betroffene Partei von Anfang an ungültig, für die andere Partei dagegen gültig
- Genehmigt die betroffene Partei den Vertrag, wird auch sie zur Leistung verpflichtet, macht sie Unverbindlichkeit durch Anfechtung geltend, fällt die bestehende Leistungspflicht der Gegenpartei dahin

Aufhebung des Mangels (Art. 31)

Art. 31

1 Wenn der durch Irrtum, Täuschung oder Furcht beeinflusste Teil binnen Jahresfrist weder dem anderen eröffnet, dass er den Vertrag nicht halte, noch eine schon erfolgte Leistung zurückfordert, so gilt der Vertrag als genehmigt.

2 Die Frist beginnt in den Fällen des Irrtums und der Täuschung mit der Entdeckung, in den Fällen der Furcht mit deren Beseitigung.

3 Die Genehmigung eines wegen Täuschung oder Furcht unverbindlichen Vertrages schliesst den Anspruch auf Schadenersatz nicht ohne weiteres aus.

Recht der betroffenen Partei, sich auf die Unverbindlichkeit des Vertrags zu berufen, ist befristet.

- Aufhebung des Mangels: Genehmigung bewirkt, dass eine spätere Berufung auf Unverbindlichkeit ausgeschlossen ist und der Vertrag ex tunc wirksam wird
- Erklärung der Berechtigten, dass sie den Vertrag nicht halte, ist eine Willenserklärung -> an keine Form gebunden; kann auch dadurch abgegeben werden, dass sie eine schon erfolgte Leistung zurückfordert
- Jahresfrist ist eine Verwirkungsfrist, die Art. 134 ff. über Stillstand und Unterbrechung der Verjährung sind nicht anwendbar
- Frist beginnt in Fällen des Irrtums und Täuschung mit Entdeckung, in Fällen der Furcht mit deren Beseitigung zu laufen (Art. 31 Abs.2)

Verjährungsfrist (Art. 67)

Art. 67

1 Der Bereicherungsanspruch verjährt mit Ablauf von drei Jahren, nachdem der Verletzte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat, in jedem Fall aber mit Ablauf von zehn Jahren seit der Entstehung des Anspruchs.

2 Besteht die Bereicherung in einer Forderung an den Verletzten, so kann dieser die Erfüllung auch dann verweigern, wenn der Bereicherungsanspruch verjährt ist.

Gilt für allfälligen Rückforderungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung.

- Relative (dreijährige) Frist beginnt zu laufen, sobald der Verletzte von seinem Anspruch Kenntnis hat
- Absolute (zehnjährige) Frist beginnt zu laufen, sobald der Anspruch entstanden ist -> sobald die betroffene Partei ihre Leistung erbringt

5. Einzelfragen

Erklärungsirrtum und Vertragsabschluss

Erklärungsirrtum ist ein Mangel des Vertragsabschlusses, der den Vertrag nach Art. 23 unverbindlich machen kann. Art. 23 setzt voraus, dass überhaupt ein Vertrag abgeschlossen wurde (Art. 1 Abs. 1).

- Fehlt es am erforderlichen Konsens über die wesentlichen Vertragspunkte, ist der Vertragstatbestand von Art. 1 Abs. 1 nicht erfüllt -> Vertragswirkungen bleiben aus, ohne dass die Regeln über den Erklärungsirrtum zur Anwendung kämen; Vertrag ist schon auf Konsensebene gescheitert
- Erklärungsirrtum fällt von vornherein weg, soweit die Parteien einander tatsächlich richtig verstanden haben; Vertrag kann nur infolge eines Erklärungsirrtums unverbindlich sein, soweit der Konsens auf der Anwendung des Vertrauensprinzips beruht (rechtlicher, normativer Konsens)
- Handelt es sich um einen unwesentlichen Erklärungsirrtum, ist der abgeschlossene Vertrag trotz Irrtum gültig
- Handelt es sich um einen wesentlichen Erklärungsirrtum, ist der Vertrag für den Irrenden unverbindlich (Art. 23) -> abgeschlossener Vertrag ist ungültig, worauf sich aber nur der Irrende berufen kann. Der Irrende hat die Wahl zwischen 2 Möglichkeiten:
 - Kann erklären, dass er den Vertrag nicht halte, indem er sich auf die Unverbindlichkeit des Vertrags beruft. Gibt er die Erklärung rechtzeitig a (Art. 31), bleibt der Vertrag definitiv von Anfang an ungültig
 - Kann den ungültigen Vertrag mit Wirkung ex tunc zur Geltung bringen, indem er es unterlässt, sich rechtzeitig auf seinen Irrtum zu berufen, oder indem er den Vertrag sonst wie genehmigt -> durch Genehmigung geheilter Vertrag gilt von Anfang an

Die Verwendung einer nicht gelesenen Urkunde

Sachverhalt:

Eine Partei unterzeichnet eine Urkunde und verwendet sie zur Abgabe ihrer Vertragsklärung, ohne deren Text (überhaupt oder vollständig) gelesen u haben. Dies kann Ursache eines Erklärungsirrtums sein.

Handelt es sich um einen wesentlichen Erklärungsirrtum, ist der Vertrag für die irrende Partei unverbindlich (Art. 23), falls er nicht schon auf Konsensebene gescheitert ist. Meist stellt die Unterzeichnung eine Unsorgfalt dar, welche eine Fahrlässigkeit ist, die den Irrenden - wenn er sich auf den Irrtum beruft - nach Art. 26 zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet. Nach Rechtsprechung des Bundesgerichts soll eine Berufung auf Erklärungsirrtum dann ausgeschlossen sein, wenn ersichtlich ist, dass der Erklärende im Bewusstsein der Unkenntnis des Inhalts des Erklärten sich allem, was der Gegner wolle, unterwerfe. Für AGBs gelten besondere Bestimmungen.

Hat die Gegenpartei aber den Unterzeichner tatsächlich richtig verstanden, so gilt die Erklärung nach Massgabe des erklärten wirklichen Willens, auch wenn zwischen diesem Willen und dem unterzeichneten Text ein Widerspruch besteht.

Willensmängel bei einseitigen Rechtsgeschäften, beim Vergleich und bei Dauerverträgen

- einseitiges Rechtsgeschäft: Art. 23 ff., Sind auch auf einseitige Rechtsgeschäfte anwendbar
- Vergleich: Regeln über Willensmängel (Art. 23 ff.) gelten auch für Innominatverträge, so auch für (ausser)gerichtlichen Vergleich
- Dauerverträge: Rücktritt vom Dauervertrag grundsätzlich ausgeschlossen und durch Kündigung ersetzt, sobald mit der typischen Hauptleistung begonnen wurde

§8 Vertragsverhandlungen

I. Die Verhandlungen

Verhandlungen

Bezwecken, die Möglichkeit eines Vertragsabschlusses abzuklären und gegebenenfalls den Abschluss des Vertrags vorzubereiten. Sie werden spätestens durch das Angebot eingeleitet, meist aber bereits früher. Sie begründen unter den Parteien ein Rechtsverhältnis: das **Vertragsverhandlungsverhältnis**. Hierzu gehört insbesondere die Pflicht zu einem Verhandeln nach Treu und Glauben -> erhöhte Sorgfalts- und Rücksichtspflichten.

II. Die Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben

Das Vertrauen, das sich die Partner von Vertragsverhandlungen hinsichtlich der Richtigkeit, der Ernsthaftigkeit und der Vollständigkeit ihrer gegenseitigen Erklärungen entgegenbringen, verdient besonderen rechtlichen Schutz.

1. konkrete Einzelpflichten

Übersicht über die Einzelpflichten

1. Pflicht zu ernsthaftem Verhandeln
2. Pflicht zur Rücksichtnahme
3. Pflicht, den Verhandlungspartner nicht zu täuschen
4. Pflicht, alle Schutzmassnahmen zu treffen

Pflicht zu ernsthaftem Verhandeln

Hiergegen verstösst, wer

- Verhandlungen aufnimmt oder fortsetzt, obwohl er weiss, dass für ihn ein Vertragsabschluss nicht (mehr) in Frage kommt
- Bei den Verhandlungen den Eindruck erweckt, sein Abschlusswille sei stärker, als dies in Wirklichkeit zutrifft
- Es durch Unsorgfalt oder Absicht zum Abschluss eines formungültigen (Art. 11) oder nichtigen (Art.2) Vertrags kommen lässt
- Bei Abschluss eines formungültigen Vertrags erklärt, dass die Form nachgeholt werden soll, obwohl er weiss, dass er sich weigern wird, den Vertrag in der vorgeschriebenen Form abzuschliessen

Pflicht zur Rücksichtnahme

Wird verletzt, wenn eine Partei die Schwäche des anderen ausbeutet, um sich durch den Vertragsabschluss übermässige Vorteile auf Kosten dieses Partners zu verschaffen.

Pflicht, den Verhandlungspartner nicht zu täuschen (Täuschungsverbot)

mit Bezug auf Tatsachen, die erheblich sein könnten für den Entschluss, den Vertrag überhaupt oder mit den betreffenden Bedingungen abzuschliessen. Hieraus ergeben sich:

- **Aufklärungspflicht:** mit Bezug auf (erhebliche) Tatsachen, welche die Gegenpartei nicht kennt und nicht zu kennen verpflichtet ist, die aber ihren Entscheid über den Vertragsabschluss oder dessen Bedingungen beeinflussen könnten; es gibt aber keine allgemeine Aufklärungspflicht über sämtliche Umstände, vielmehr gilt die Last der Eigeninformation. Aber jede Partei ist verpflichtet, wahre Auskünfte zu geben und festgestellte Mängel unverzüglich dem anderen anzuzeigen
- Pflicht, Auskünfte und Ratschläge nach bestem Wissen und Gewissen zu erteilen

Pflicht, in seinem eigenen Bereich alle Schutzmassnahmen zu treffen, damit im Verlauf der Verhandlungen keine Rechtsgüter des Partners beeinträchtigt werden

Pflicht richtet sich auf den Schutz vertragsfremder Güter (zB Leben, Körper, Eigentum), die der eine Verhandlungspartner der Einwirkungsmöglichkeit des anderen setzt, etwa durch das Betreten des Verkauflokals oder durch das Anprobieren der Kaufsache.

2. Haftung aus "culpa in contrahendo"

Haftung aus culpa in contrahendo (Verschulden bei Vertragsverhandlungen)

Besteht in einer Schadenersatzpflicht für Verschulden bei Vertragsverhandlungen, sanktioniert also die schuldhaft Verletzung von (Treu)Pflichten, welche den Parteien eines Vertragsverhandlungsverhältnisses auferlegt sind.

Eigenarten und Merkmale der Culpa-Haftung

Die Culpa-Haftung....

- sanktioniert die Verletzung der verschiedenen Einzelpflichten, die sich aus dem Treueverhältnis der Verhandlungspartner ergeben und äussert sich inhaltlich in einer Schadenersatzpflicht
- Es ist bloss das negative Interesse (nicht das Erfüllungsinteresse) zu ersetzen, sofern sich aus dem Gesetz nicht etwas anderes ergibt
- Soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht (zB Art. 39 Abs. 1), setzt sie ein Verschulden (Fahrlässigkeit reicht) des Haftpflichtigen voraus, die Beweislast ist im Verhältnis zu ZGB 8 umgekehrt, indem derjenige, der aus Culpa-Haftung in Anspruch genommen wird, zu beweisen hat, dass ihn kein Verschulden trifft
- Setzt nicht voraus, dass der Vertrag, über den Verhandelt wird, zum Abschluss gelangt
- Untersteht den Verjährungsbestimmungen des Art. 60
- Haftung für Hilfspersonen (beigezogene Abschlussgehilfen) wird nach Art. 101 beurteilt

Die Rechtsnatur der Culpa-Haftung ist umstritten

Meinungen gehen weit auseinander: je nach Ansicht ist sie eine Deliktshaftung nach Art. 41 ff, eine Vertragshaftung oder eine vertragsähnliche Haftung oder eine Haftung eigener Art, die sich auf ZGB 2 stützt.

Nach der hier vertretenen Meinung ist die Culpa-Haftung eine dogmatische Hilfsfigur, die dazu dient, eine Haftung zwischen Vertrag und Delikt zu begründen, weil eine Vertragshaftung nicht vorliegt und die Deliktshaftung nicht ausreicht -> ist eine besondere Haftungsfigur und in diesem Sinn eine Haftung eigener Art.

3. Verallgemeinerung zur "Vertrauenshaftung"

Vertrauenshaftung

Schadenersatzpflicht/Haftung aus erwecktem und enttäuschem Vertrauen, die als allgemeine Rechtsfigur auf Richterrecht beruht. Sie ist gegenüber der Vertragshaftung subsidiär (Subsidiarität der Vertrauenshaftung).

Voraussetzungen der Vertrauenshaftung

1. Zwischen Schädiger und Geschädigtem muss eine rechtliche Sonderbindung bestehen, aus welcher auf Treu und Glauben beruhende Schutz- und Aufklärungspflichten ergeben und bewusstes oder normativ zurechenbares Verhalten der Person, um deren Haftung es geht
2. Im Rahmen dieser rechtlichen Sonderverbindung wird durch das Verhalten der einen Partei ein schutzwürdiges Vertrauen erweckt
3. Vertrauen wird durch die Partei, welche es erweckt hat, in Verletzung von Treu und Glauben enttäuscht (zB Nichteinhaltung von Werbeaussagen oder Nichteinschreiten der Muttergesellschaft gegen irreführende Aussagen der Tochtergesellschaft)
4. Durch das gegen Treu und Glauben verstossende Verhalten entsteht der vertrauenden Partei ein Schaden, und zwar adäquat kausal
5. Die schädigende Partei trifft eine Verantwortlichkeit, oft wird auch ein Verschulden verlangt -> Verschulden wird in Analogie zu Art. 97 Abs. 1 vermutet

Rechtsfolge

Die Partei, welche schutzwürdiges Vertrauen erweckt und dann enttäuscht hat, den dadurch der Gegenseite adäquat verursachten Schaden zu ersetzen (Ersatz des negativen Interesses).

Verjährung von Forderungen aus Vertrauenshaftung nach Art. 60.

III. Der Verhandlungsvertrag

Vorfeldvereinbarungen

Vereinbarungen über die zu führenden Verhandlungen, die von den Parteien getroffen werden. Sie bilden Gegenstand eines Verhandlungsvertrags und begründen vertragliche Pflichten, bei deren Verletzung von vornherein die Regeln des Vertragsrechts eingreifen:

- Vereinbarte Verhandlungspflicht: verpflichtet die Parteien, über den Abschluss oder Änderungen eines bestimmten Vertrags ernsthaft zu verhandeln, beinhaltet aber keine Abschlusspflicht -> wer die vereinbarte Pflicht verletzt, muss dem anderen die vergeblichen Aufwendungen und den übrigen Schaden ersetzen, den dieser wegen seines Vertrauens in die Erfüllung der vereinbarten Verhandlung erlitten hat
- Vereinbarte Geheimhaltungspflicht und Unterlassungspflichten
- Vereinbarte Pflicht, die Gegenpartei über bestimmte Sachverhalte zu informieren
- Vereinbarte Pflicht, mit Mustern, Modellen etc. sorgfältig umzugehen
- ...

IV. Die Beendigung der Verhandlungen

Vertragsverhandlungen können auf zwei Arten zu Ende gehen:

1. Abbruch der Verhandlung
2. Abschluss des Vertrags

1. Beendigung durch Abbruch der Verhandlung

Grundsatz

Der Abbruch kann in gegenseitigem Einverständnis oder bloss einseitig erfolgen; Grundsätzlich darf jeder Teil die Verhandlungen jederzeit ohne Vertragsabschluss abbrechen, und zwar unabhängig der bisherigen Dauer der Verhandlungen und von den Kosten, die bis anhin entstanden sind. Soweit es einer gegenteiligen Vereinbarung fehlt, hat jede Partei die eigenen Verhandlungskosten (inkl. Kalkulations- und Offertkosten) selber zu tragen.

Ausnahmen

Er Grundsatz wird durchbrochen, soweit für eine Partei eine Kontrahierungspflicht (Abschlusszwang) besteht oder eine Verhandlungspflicht vereinbart wurde, denn letztere verbietet, die Verhandlungen jederzeit nach Belieben abbrechen.

2. Beendigung durch Vertragsabschluss

Es gibt zwei gesetzliche Vermutung, die auf Streitfragen zugeschnitten sind: Art. 2 Abs. 1 und Art. 16 Abs. 1

Vermutung des Art. 2 Abs. 1

Art. 2

1 Haben sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte geeinigt, so wird vermutet, dass der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern solle.

- Vermutung trifft den Fall, dass sich Parteien betr. bestimmter Nebenpunkte zwar keine Einigung erzielt, aber eine vertragliche Regelung auch für später vorbehalten haben
- Art. 2 Abs. 1 meint mit wesentliche Punkt nur die objektiv wesentlichen Vertragspunkte

Vermutung des Art. 16 Abs. 1

Art. 16

1 Ist für einen Vertrag, der vom Gesetze an keine Form gebunden ist, die Anwendung einer solchen vorbehalten worden, so wird vermutet, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen.

Diese Vermutung geht Art. 2 Abs. 1 vor, worauf Art. 2 Abs. 3 ausdrücklich hinweist.

§9 Sondertatbestände im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss

I. Diskrepanz zwischen Wortlaut und übereinstimmendem wirklichen Willen

1. Der Tatbestand des Art. 18 Abs. 1

Art. 18

1 Bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt ist der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen.

Drei Grundmerkmale des Art. 18 Abs. 1

- Parteien verwenden gleiche (oder gleichbedeutende) Worte
- Die wirklichen Willen der Parteien stimmen überein, sie haben sich tatsächlich richtig verstanden -> kein Erklärungsirrtum oder Missverständnis
- Die Parteien verstehen die verwendeten Worte übereinstimmend in einem vom Wortlaut abweichenden Sinn

Es besteht also eine Diskrepanz zwischen dem Wortlaut und dem übereinstimmenden wirklichen Willen. Es gibt dabei 2 Fälle: die ungewollte und die gewollte Diskrepanz.

2. Die ungewollte Diskrepanz: gemeinsamer Irrtum der Parteien

Merkmal

Die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise wird von beiden Parteien aus Irrtum gebraucht.

Rechtlage

Wer sich auf eine irrtümliche Diskrepanz beruft, trägt die Beweislast für Bestand und Inhalt des vom Wortlaut abweichenden Willens. Steht dieser übereinstimmende Wille fest, so gilt folgende Rechtsslage:

- Rechtserheblich ist einzig der übereinstimmende wirkliche Wille, nicht die irrtümlich verwendete Bezeichnung -> Vertrag gilt mit dem übereinstimmend gewollten Inhalt, es sei denn, er wäre aus einem anderen Grund ungültig oder einseitig unverbindlich
- Wollten die Parteien noch keinen Vertrag schliessen, so ist kein Vertrag zustande gekommen

3. Die gewollte Diskrepanz: Simulation

Simulation/Scheingeschäft

Die unrichtige Bezeichnung wird in der Absicht gebraucht, die wahre Beschaffenheit des Vertrags zu verbergen; die Diskrepanz ist gewollt, um einen Dritten zu täuschen. Die Willenserklärungen sind Falscherklärungen; sie sind als solche war gewollt, doch fehlt der Geschäftswille und damit auch der Erklärungswille. Man unterscheidet zwischen der Vollsimulation, bei welcher das ganze Geschäft vorgetäuscht wird, und die Teilsimulation, bei welcher nur ein Teil simuliert wurde.

Simulationsabrede

Die Simulation beruht stets auf einer Simulationsabrede. Darin geben sich die Parteien in beliebiger Form den übereinstimmenden Willen kund, ein Geschäft nur zum Schein abzuschliessen.

Reine Simulation

Liegt vor, wenn sich der übereinstimmende wirkliche Wille in der kundgegebenen Absicht erschöpft, ein bestimmtes Scheingeschäft vorzunehmen.

Dissimulation

Wenn sich der übereinstimmende wirkliche Wille ausserdem auf Abschluss eines ernst gemeinten Vertrags richtet. Zu unterscheiden ist in solch einem Fall der simulierte Vertrag, und der dissimulierte (ernst gemeinte) Vertrag, der durch das simulierte Geschäft nach aussen verdeckt (dissimuliert) wird.

Rechtslage

Wer sich auf die Simulation beruft, trägt die Beweislast. Steht die Simulation fest, ist sie vom Gericht von Amtes wegen zu beachten, und es besteht folgende Rechtslage:

- Zwischen den Parteien ist der übereinstimmende wirkliche Wille massgebend -> simulierter Vertrag ist also völlig unwirksam, ein Nichtgeschäft, das keinerlei Vertragswirkung entfaltet
- Bei Dissimulation ist der dissimulierte (ernst gemeinte) Vertrag zustande gekommen und damit regelmässig auch gültig und wirksam. Häufig ist der dissimulierte Vertrag aber formungültig oder hat einen anderen Mangel
- Die blosse Simulation für sich allein ist aber nie ein Grund für die Unwirksamkeit des dissimulierten Vertrags
- Im Verhältnis zu Dritten ist der simulierte Vertrag mit gewissen Einschränkungen ebenfalls unwirksam -> beachte Art. 18 Abs. 2, welcher sich mit dem Sonderfall des simulierten schriftlichen Schuldbekenntnisses befasst und den gutgläubigen Dritten (ZGB 3) schützt, der die Forderung im Vertrauen auf das Schuldbekenntnis erworben hat, d.h. die simulierte Forderung gilt als wirkliche Forderung

Häufigster Fall: Preissimulation beim Grundstückkauf

Der dissimulierte Kaufvertrag scheitert an der gesetzlichen Formvorschrift; er ist formungültig.

4. Simulation und fiduziarische Rechtsübertragung**Die fiduziarische Übertragung eines Rechts**

Ist ein Verfügungsgeschäft, das sich normalerweise durch drei Merkmale auszeichnet:

- Ein *Grundgeschäft*, worin der Fiduziant den Fiduziar (Treuhandler -> indirekter Stellvertreter) beauftragt, im eigenen Namen, aber im Interesse und auf Rechnung des Fiduzianten tätig zu sein -> Auftrag i.S.v. Art. 394
- Die *Übertragung eines Rechts* durch den Fiduzianten auf den Fiduziar
- Die *fiduziarische Abrede*, worin der Fiduziar verspricht, er werde im Rahmen des mit dem Grundgeschäft erteilten Auftrags das ihm übertragene Recht überhaupt nicht oder im Interesse des Fiduzianten ausüben und es unter bestimmten Voraussetzungen weiter- oder zurückübertragen

Verhältnis der fiduziarischen Übertragung eines Rechts zur Simulation

Ist umstritten; Nach h.L. ist die Rechtsübertragung von den Parteien ernst gemeint, nicht simuliert -> nach dem Willen der Parteien geht das fiduziarisch übertragene Recht voll auf den Erwerber über, wodurch dieser eine überschüssige Rechtsmacht hat; er kann mehr, als er darf.

VI. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)**1. Begriff, Erscheinungsformen, Zwecke und Problematik****Begriff und Erscheinungsform der AGB**

Vertragsbedingungen, die im Hinblick auf eine Vielzahl von Verträgen (mind. 3) eines bestimmten Typs generell vorformuliert wurden.

- dienen einem bestimmten Verwender beim Abschluss jener Verträge, die er mit einer Vielzahl von Geschäftspartnern eingeht
- äussere Erscheinung (Aufnahme in Vertragsurkunde oder separates Dokument mit Verweis) und Form des Vertrags spielen keine Rolle
- auch als "vorgeformte Vertragsinhalte", "Branchenbedingungen", "Einkaufsbedingungen" oder als "Allgemeine Vertragsbedingungen" bezeichnet

Vorformulierte Vertragsbestimmungen, die als Inhalt von Einzelverträgen gesetzlich vorgeschrieben sind, gelten nicht als AGB; sie erlangen von Gesetzes wegen Geltung, ohne dass es Übernahme durch Parteien bedarf.

Gegenbegriff zu den AGB ist die Individualabrede -> Vertragsabreden, die von den Beteiligten im Einzelnen ausgehandelt worden sind.

Zwecke

1. Rationalisierung der Geschäfte: effiziente Abwicklung des Abschlusses und Inhalts
2. Rechtsstellung des Verwenders verbessern (im Vergleich zum dispositiven Gesetzesrecht): v.a. durch Freizeichnungsklauseln (Haftungsausschluss oder -eingrenzung) und Risikoabwälzung (Bevorzugungszweck)
3. Mittel zur Durchsetzung von Verhandlungsmacht (Diktatzweck) -> siehe Problematik

Problematik

- Soweit Vertragsrisiken z.B. durch Freizeichnung auf Vertragspartner abgewälzt werden, führt dies zu *ungerechten Verträgen*, die den marktmächtigen AGB-Verwender konsequent begünstigen -> systematisch zu Lasten der schwächeren Vertragspartei
- Durch Verwendung von AGB wird *demokratisch erlassenes dispositives Gesetzesrecht im grossem Umfang pauschal verdrängt* -> grundlegendes demokratiepolitisches Problem betr. Zustandekommen und Inhalt der in den AGB liegenden Schatten-Rechtsordnung; Richtigkeitsgewähr wird durch AGB-Klauseln unterlaufen
- AGBs in vielen Branchen lauten ähnlich oder gleich, d.h. Konsument kann faktisch nicht auf andere Anbieter ausweichen -> entweder unterwirft man sich den AGB oder man verzichtet auf Leistung (take it or leave it contract)

2. Die Geltung der AGB und ihre Schranken

Übersicht - drei Kontrollkategorien

1. Konsenskontrolle
Für sich genommen, sind AGB für das vertragliche Verhältnis der Parteien (zunächst) rechtlich unerheblich, sie haben keine allgemeine Verbindlichkeit. Als Basis für ihre Geltung kommt nur der Konsens der Parteien in Betracht -> AGB können nur gelten, wenn sie von den Parteien in einen konkreten Vertrag übernommen worden sind. "**Keine Geltung ohne Übernahme**".
2. Auslegungskontrolle
Frage nach Bedeutung; Auslegung folgt grundsätzlich nach den allgemeinen Regeln. Wichtig ist v.a. die Unklarheitsregel.
3. Inhaltskontrolle
Ist AGB-Inhalt zulässig bzw. ist die Klausel gültig zustande gekommen? Die Frage bestimmt sich einerseits nach den allgemeinen Normen über Vertragsinhalt (Schranke von Art. 20 OR), aber auch nach AGB-spezifischen Aspekten (UWG 8).

Konsenskontrolle

Das Erfordernis der Übernahme

- AGB gelten nicht aus sich heraus, sondern bedürfen des Konsenses (Keine Geltung ohne Übernahme)
- Übernahme (Einbeziehung) besteht in der Abrede unter den Parteien des Einzelvertrages, dass bestimmte AGB ganz oder zum Teil als Inhalt des Vertrags gelten sollen
- Einzelvertrag wird Formularvertrag/Standardvertrag genannt
- Abrede kann ausdrücklich oder stillschweigend (z.B. wenn Parteien schon in laufender Geschäftsbeziehung stehen und immer wieder gleichartige Verträge mit diesen Bestimmungen abgeschlossen haben) sein
- Übernahme erfolgt durch ausdrückliche oder stillschweigende Verweisung; wer Vertragsurkunde unterzeichnet, die auf eine AGB verweist, ist grundsätzlich auch an AGB gebunden, wie wenn er sie selber unterzeichnet hätte.
- Globalübernahme: eine Partei nimmt Inhalt der AGB entweder nicht zur Kenntnis, überlegt nicht oder versteht Tragweite nicht
- Vollübernahme: Partei liest den Inhalt der AGB im Einzelnen und hat ihn verstanden und akzeptiert
- Bei Übernahme durch Verweisung gilt Vermutung der Globalübernahme; gilt selbst dann, wenn Konsument ein vom Verwender vorbereitetes schriftliches oder elektronisches Kästchen ankreuzt, womit sie ausdrücklich bestätigt, die AGB gelesen und akzeptiert zu haben (wegen Treu und Glaube)
- Übernahme kann auch durch Abschluss eines Rahmenvertrags geschehen, worin sich Parteien darauf einigen, dass bestimmte AGB für ihre künftigen Geschäfte gelten sollen
- Vertragsfloskeln sind ohne rechtliche Bedeutung, da sie gar nicht vom Geschäftswillen der Parteien gedeckt sind
- Frage nach Rechtslage bei widersprechenden AGB sind gemäss den allgemeinen Regeln zu Konsens und Dissens zu lösen; betrifft der Dissens ein wesentlicher Vertragspunkt, ist Vertrag mangels Konsenses nicht zustande gekommen. Ist kein wesentlicher Vertragspunkt betroffen (was nach Art. 2 Abs. 1 OR zu vermuten ist), sind die AGB beider Partner Vertragsbestandteil geworden, soweit sie miteinander übereinstimmen (Prinzip der Kongruenzgeltung); soweit sie einander widersprechen, gelten die Bedingungen beider Parteien nicht, Lücken werden nach den allgemeinen Regeln ergänzt

Der Vorrang individueller Abreden

- Individuelle Abreden gehen den Allgemeinen Bedingungen vor
- Beruht auf Konsensregeln (vorformulierte Vertragsinhalt ist nach Vertrauensprinzip gar nicht gewollt, da Parteien abweichende Vereinbarungen getroffen haben) und einem inneren Grund (konkrete, individuelle Kommunikation schafft stärkere Vertrauensbindung als abstrakt-generelle)
- Vorformulierte vertragliche Formvorbehalte vermögen die Vermutung des Art. 16 Abs. 1 OR nicht auslösen; diese setzt voraus, dass sich die Parteien des vereinbarten Formvorbehalts überhaupt bewusst sind

Die Möglichkeit, vom Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen

- Bei Globalübernahme können die AGB nach Vertrauensprinzip nur gelten, wenn die zustimmende Partei die Möglichkeit hatte, sich von deren Inhalt in *zumutbarer Weise Kenntnis zu verschaffen*, und zwar vor Annahmeerklärung (*Zugänglichkeitsregel*)
- Zumutbarkeit hängt von Geschäftserfahrung und Erscheinungsform der AGB ab
 - Schriftform: Lesbarkeit als Kriterium (Art und Grösse der Schrift, Sprache, unübersichtliche Darstellung, übermässig umfangreich)
 - Anschlag (Aushang) im Geschäftslokal: Platzierung und Schriftgrösse so, dass nach Vertrauensprinzip davon auszugehen ist, dass es Gegenpartei vor Vertragsschluss z.K. genommen hat
 - Elektronischer Vertragsabschluss: bereits genannte Erfordernisse plus deutlicher Hinweis erforderlich, ausserdem muss die AGB problemlos heruntergeladen und auf Gerät kopiert oder ausgedruckt werden können
- Vorbehalten sind Gesetzesvorschriften, die eine besondere Form der AGB vorschreiben (VVG 3, PRG 4)

Die Ungewöhnlichkeitsregel / Überraschungsregel (bei Globalübernahme)

- Diejenigen (nachteiligen) Klauseln gelten nicht, mit denen eine Partei nicht gerechnet hat und aus ihrer Sicht zur Zeit des Vertragsabschlusses vernünftigerweise auch nicht rechnen musste
- Solche Bestimmung wird nicht Vertragsbestandteil
- Grund: nach Vertrauensgrundsatz ist davon auszugehen, dass ein unerfahrener Vertragspartner ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimmt -> Schutz vor Überrumpelung
- Ungewöhnlichkeit:
 - sind überraschende Bestimmungen, deren Inhalt im Kontext eines solchen Vertrages aussergewöhnlich ist
 - Oder: ungewöhnliche (versteckte) Platzierung, schwer lesbare Gestaltung oder Abweichung zum Inhalt der vorangegangenen Verhandlungen oder Werbung
- Am Überraschungsmoment fehlt es, wenn der AGB-Verwender die Gegenpartei ausdrücklich auf die fragliche Klausel hingewiesen hat
- Anwendbarkeit von zwei Elementen abhängig:
 - Subjektives Element: Branchenerfahrung fehlt
 - Objektives Element: Klausel muss objektiv beurteilt einen geschäftsfremden Inhalt aufweisen -> muss zu wesentlicher Änderung des Vertragscharakters führen oder in erheblichen Mass aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fallen
- Branchenerfahrung der betroffenen Partei spielt nur insoweit eine Rolle, als je nachdem unterschiedlich hohe Anforderungen an die Ungewöhnlichkeit zu stellen sind
- Handelt es sich um vorformulierte Bestimmungen, die von einem Dritten vorformuliert wurden, können sich beide Parteien auf Ungewöhnlichkeitsregel berufen, ausser die betr. Bedingung wurde v.a. im Hinblick auf Interessenwahrung der einen Partei aufgestellt

Zu den Gerichtsstandsklauseln insbesondere

- Mit Übernahme einer vorformulierten Gerichtsstandsklausel verzichtet eine Partei auf ihren ordentlichen, in BV 30 Abs. 2 garantierten Wohnsitzgerichtsstand, wobei dies i.d.R. geschäftsfremd und daher ungewöhnlich ist!
- Sind nur insoweit zulässig, als die anwendbaren ZPO-Normen keinen zwingenden Gerichtsstand vorschreiben (ZPO 9 Abs. 2)
- Verzicht auf verfassungsmässiges Gericht ist bei Globalübernahme grundsätzlich unwirksam
- In Vertrag einbezogen ist Verzicht nur dann wirksam, wenn AGB-Verwender in Treu und Glauben davon ausgehen durfte, dass der Verzichtende die Klausel tatsächlich z.K. genommen und ihr in richtiger Erkenntnis des Inhalts zugestimmt hat
- Gibt auch zwingende Bestimmungen, die in gewissen Situationen Verzicht auf gesetzlichen Gerichtsstand ausschliessen (ZPO 9 Abs. 2); verstösst AGB dagegen, ist sie unwirksam und wird durch gesetzlichen Gerichtsstand ersetzt
- Auch auf Schiedsklauseln anwendbar

Auslegungskontrolle

- AGB müssen als Bestandteil eines konkreten Einzelvertrages individuell ausgelegt werden
- Unklarheitsregel: unklare vorformulierte Klauseln werden im Zweifel zu Lasten des Verfassers ausgelegt
- Besondere Auslegungsgrundsätze gelten, wenn Konsumentenschutzorganisationen oder der Bund wegen Unlauterkeit nach UWG gegen die Verwendung von AGB klagen

Inhaltskontrolle

- Allgemeine Inhaltskontrolle:
 - widerrechtlicher Inhalt (Art. 20 und 19 Abs. 2) -> Klausel ist nichtig; wird bei Verstoss gegen zwingendes Recht durch dieses ersetzt
 - Rechtsmissbrauchsschranke von ZGB 2 Abs. 2
 - Zwingende Schranken (der Freizeichnung Art. 100, 101, 192 etc., der Abtretungsverbote Art. 325 und Regeln zur Verrechnung Art. 265) etc.
- AGB-spezifische Inhaltskontrolle: Art. 8 UWG

3. Die Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG insbesondere

Art. 8 UWG

Danach handelt insbesondere unlauter, "wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverständnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen".

- Ist auf alle AGB-Klauseln in Konsumentenverträgen anwendbar, die seit 1.07.2012 abgeschlossen oder geändert wurden
- In intertemporaler Sicht gilt er auch vor diesem Datum, da der Bestimmung Ordre-public-Charakter (ZGB SchIT 2) zukommt

Tatbestand - Übersicht

1. Eine Person verwendet AGB
2. AGB-Verwendung muss zum Nachteil der Konsumenten geschehen
3. Verwendete AGB müssen ein erhebliches Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten vorsehen
4. Das erhebliche Missverständnis muss ungerechtfertigt sein, und zwar in Treu und Glaube verletzender Weise

Tatbestand im Detail

1. Eine Person verwendet AGB

- Verwendung besteht darin, dass eine NP oder JP die Übernahme der AGB in den konkreten Einzelvertrag vorschlägt
- Kann bspw. durch Beilage einer gedruckten AGB in Verhandlung, Werbung oder Aufschaltung auf Internetseite geschehen

2. AGB-Verwendung muss zum Nachteil der Konsumenten geschehen

- Art. 8 UWG schützt nur Konsumenten vor missbräuchlichen AGB
- Geschäftsverkehr, JP und beruflich-gewerbliche Zwecke fallen nicht unter Art. 8 UWG

3. Verwendete AGB müssen ein erhebliches Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten vorsehen

- Beurteilung des Missverhältnisses ergibt sich aus Vergleich mit Rechtslage, die zwischen den Parteien ohne die fraglichen AGB bestehen würde; Messgrösse (Vergleichskriterium) ist also unterschiedlich, je nachdem, ob ein Nominat- oder Innominatvertrag zur Diskussion steht:
 - Bei Nominatvertrag: dispositives Recht ist Vergleichskriterium
 - Bei Innominatverträgen: zunächst prüfen, ob sich dispositives Recht als Messgrösse analog anwenden lässt. Kommt dies nicht in Betracht, ist ein erhebliches Missverständnis dann zu bejahen, wenn die AGB-Klausel von dem abweicht, was nach dem hypothetischen Vertragswillen ohne die Klausel gelten würde (unter Berücksichtigung des Vertragszwecks)
- Missverhältnis kann auch darin bestehen, dass AGB-Klausel nicht klar und verständlich formuliert ist

4. Das erhebliche Missverständnis muss ungerechtfertigt sein, in Treu und Glaube verletzender Weise

- Ungerechtfertigkeit muss nach Grundsätzen von Treu und Glauben geprüft werden
- Nötig ist im Einzelfall eine umfassende Abwägung sämtlicher schutzwürdiger Interessen beider Parteien

Rechtsfolgen

AGB-Klauseln, die gegen Art. 8 UWG verstossen, sind wegen ihrer Widerrechtlichkeit (Art. 2 UWG und Art. 20 OR) und des Zwecks der Lauterkeitsnorm als nichtig anzusehen

- Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten, einer Klage der Konsumentin bedarf es nicht
- Nichtigkeit bezieht sich nur auf die unlautere Klausel (Teilnichtigkeit des Vertrags); diese entfällt ersatzlos, an ihrer Stelle tritt dispositives Gesetzesrecht. Im Übrigen bleibt Vertrag grundsätzlich aufrecht

Art. 9 ff UWG sehen zusätzliche Behelfe und Klageberichtigungen vor:

- Wer durch Verwendung missbräuchlicher GB in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird, kann dem Gericht beantragen, eine drohende Verletzung zu verbieten, bestehende Verletzung zu beseitigen oder Widerrechtlichkeit der Verletzung festzustellen, wenn sich diese weiterhin störend auswirkt (Art. 9 Abs. 1 UWG)
- Konsumenten sind ohne Weiteres zu diesen Klagen legitimiert (Art. 10 Abs. 1 UWG)
- Klagelegitimiert sind nach Art. 9 Abs. 1 und 2 UWG auch bestimmte Organisationen und der Bund; auch Konsumentenschutzorganisationen können Klage erheben

4. Würdigung

- Konsens- und Auslegungskontrolle von AGB werden vom Bundesgericht angewandt
- Messung von AGB an zwingenden Einzelvorschriften des Gesetzes, die zu einer (beschränkten) Inhaltskontrolle führt, entspricht den allgemeinen Regeln des OR (Art. 19 f.), stellt aber kein spezifisches auf AGB zugeschnittenes Kontrollinstrument dar
- AGB-spezifische Kontrolle bietet Art. 8 UWG, aber nur beschränkt auf Verträge mit Konsumenten
- Andere Verträge ist Art. 8 UWG nicht anwendbar; als gesetzliche Anknüpfungspunkte kommen das allg. Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (ZGB 2), die öffentliche Ordnung (Art. 19) oder der Übervorteilungstatbestand (Art. 21) in Betracht

VII. Das Bestätigungsschreiben

1. Begriff

Bestätigungsschreiben

Ist eine schriftliche Erklärung, worin der Erklärende (Absender) dem Empfänger des Schreibens mitteilt, habe mit ihm einem in der Erklärung umschriebenen mündlichen Vertrag abgeschlossen.

2. Beweisbedeutung

In rechtlicher Hinsicht erfüllt das Bestätigungsschreiben die Funktion eines Beweismittels; es ist ein Indiz für den Abschluss und den Inhalt des bestätigten Vertrages.

3. Die Frage nach der konstitutiven Wirkung

Frage stellt sich dann, wenn im Einzelfall feststeht, dass ein Bestätigungsschreiben vom Besprochenen abweicht, weil der bestätigte Vertrag überhaupt nicht oder nicht mit dem bestätigten Inhalt abgeschlossen wurde -> gilt Vertrag trotz Abweichung mit dem bestätigten Inhalt (konstitutive Wirkung) oder nicht?

Normalfall: nein, die unrichtige Bestätigung vermag an der wirklichen Rechtslage nichts zu ändern.

Das kaufmännische Bestätigungsschreiben / Bestätigungsschreiben im kaufmännischen Verkehr

Es gilt der Grundsatz, dass ein Bestätigungsschreiben, dem nicht innerhalb angemessener Frist widersprochen wird, rechtserzeugende Kraft mit konstitutiver Wirkung entfaltet, weshalb der Vertrag mit dem bestätigten Inhalt gilt. ->

Analoge Anwendung des Art. 6

3. TEIL: AUSLEGUNG, ERGÄNZUNG UND AN- PASSUNG DES VERTRAGS

§10 Die Auslegung des Vertrags

I. Allgemeines

Auslegung = Ermittlung des (vereinbarten) Inhalts des Vertrags

- **Voraussetzung:** Auslegungsstreit, nicht Konsensstreit! -> Auslegungsstreit bezieht sich nur auf den Inhalt, nicht auf Zustandekommen des Vertrages
- **Ziel** der gerichtlichen Vertragsauslegung:
 - *primär:* **Ermittlung des übereinstimmenden wirklichen Willens** (Art. 18 Abs. 1 OR)
= «subjektive Auslegung»
 - *sekundär:* **Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens**
(Vertrauensprinzip; Ermittlung des objektiven Sinns des Erklärten)
= «objektivierte (normative) Auslegung»
- **Ergebnis:**
 - Entweder positives Ergebnis: auslegendes Gericht stellt einen übereinstimmenden (wirklichen oder mutmasslichen) Parteiwillen fest
 - Oder der Vertrag ist lückenhaft -> allenfalls ist eine Ergänzung/Lückenfüllung notwendig

Wenn subj. Auslegung nicht möglich

II. Auslegungsmittel und Auslegungsregeln

1. Die Auslegungsmittel

Wir unterscheiden zwischen

- **Primäres Auslegungsmittel** -> Wortlaut der von den Parteien verwendeten Worte
- **Ergänzende Mittel** -> Umstände (les circonstances), so insbesondere
 - Ort, Zeit und andere Begleitumstände des Vertragsabschlusses
 - Verhalten der Parteien vor Vertragsabschluss (Verhandlungen und Entwürfe)
 - Verhalten der Parteien nach Vertragsabschluss (Erfüllungshandlungen) -> helfen bei Feststellung des wirklichen Willens
 - Interessenlage der Parteien bei Vertragsabschluss (Vertragszweck)
 - Verkehrsauffassung und Verkehrsübung (Verkehrssitte)

Wichtig: nie darf der Wortlaut für sich allein als entscheidend angesehen werden, die Umstände sind immer beizuziehen

2. Die allgemeinen Auslegungsregeln

Auslegungsmittel und Auslegungsregeln	
Mittel	Regeln
<ul style="list-style-type: none"> - Wortlaut - «Umstände», z.B.: <ul style="list-style-type: none"> • Ort und Zeit des Vertragsabschlusses • Verhalten der Parteien • Interessenlage («Vertragszweck») • Verkehrsübung («Verkehrssitte») 	<ul style="list-style-type: none"> - Auslegung ex tunc - Auslegung nach Treu und Glauben - Keine Buchstabenauslegung - Ganzheitliche («systematische») Auslegung - Gesetzeskonforme Auslegung - Im Zweifel: Unklarheitsregel - Vorbehalten: vereinbarte Auslegungsregeln

Auslegungsregeln

Sind Vermutungen, die den genaueren Sinn bestimmter Worte, Abreden oder eines Verhaltens festlegen

Allgemeine Grundsätze der Vertragsauslegung

1. **Auslegung "ex tunc"**: Gericht versetzt sich geistig in Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (damalige Sicht)
2. **Auslegung nach Treu und Glauben**
 - **Regel der objektivierten Vertragsauslegung -> zielt auf sachgerechtes Ergebnis ab und ist dann anzuwenden, wenn der wirkliche Parteiwille nicht feststellbar ist**
 - **Vertrauensprinzip**
3. **Keine Buchstabenauslegung**: nicht beim buchstäblichen Sinn der Worte haften bleiben, sondern mutmasslichen Willen erforschen
4. **Ganzheitliche Auslegung**: einzelne Vertragsbestimmungen sind unter Mitberücksichtigung des Vertragsganzen auszulegen
5. **Gesetzeskonforme Auslegung**: verlangt, dass Abreden, die vom dispositiven Recht abweichen, eng auszulegen sind und dass im Zweifel diejenige Auslegung bevorzugt wird, die dem dispositiven Recht entspricht. Werden Gesetzesbestimmungen wiederholt, wird die Bestimmung im Sinn des Gesetzes ausgelegt
6. **Im Zweifel: Unklarheitsregel** (in dubio contra stipulatorem): im Zweifel ist diejenige Bedeutung vorzuziehen, die für den Verfasser (oder diejenige Partei, die den verfassten Text vorgeschlagen hat) ungünstiger ist
7. **Weitere Regeln für Zweifelsfälle**:
 - Diejenige Bedeutung vorziehen, die nicht die Ungültigkeit des Vertrages zur Folge hat
 - Vorziehen, was dem Vertrag einen vernünftigen (sachgerechten) Sinn gibt
 - Abreden sind gesetzeskonform auszulegen
 - Für den Schuldner günstigere Deutung vorziehen (in dubio mitius)

3. Die vereinbarten Auslegungsregeln

In komplexen Verträgen gibt es häufig Auslegungsregeln, die von den Parteien selber vereinbart wurden. Innerhalb der Gesetzesschränken sind solche Regeln gültig und binden das Gericht. Sie bedürfen aber ihrerseits der Auslegung und unterliegen, wenn sie in den AGB enthalten sind, den besonderen Geltungsschränken sowie der Kontrolle durch Art. 8 UWG.

Beispiele:

- *Wortdefinitionen*, die den Sinn einzelner Ausdrücke festlegen
- *Widerspruchsregeln*, welche von verschiedenen Vertragsbestimmungen im Fall eines inhaltlichen Widerspruchs der anderen vorgeht

Unbeachtlich (weil unvereinbar mit Art. 27 Abs. 2 ZGB, übermässige Bindung) sind Vereinbarungen, nach denen eine Partei berechtigt sei, im Streitfall die Bedeutung oder Rangordnung einseitig festzulegen.

III. Sonderfälle

1. Auslegung Allgemeiner Vertragsbedingungen

Grundsatz der einheitlichen Auslegung wird für das schweizerische Recht abgelehnt, auch AGB sind als Bestandteil eines konkreten Einzelvertrages individuell auszulegen.

2. Auslegung formbedürftiger Verträge

Hier gelten die gleichen Grundsätze wie bei formfreien Geschäften. -> daran halten wir uns

Ein Teil der Lehre folgt der Andeutungstheorie, die kritisiert wird, weil sie die Auslegungsfrage mit der Formfrage vermengt. Sie besagt, dass die Auslegung durch die Formvorschrift beschränkt ist; sie dürfe nur so weit gehen, als der durch die Auslegung zu ermittelnde Wille in der formgerechten Erklärung angedeutet ist (v.a. bei Auslegung von Testamenten).

§11 Die Ergänzung des Vertrags

I. Allgemeines

- Ergänzung besteht in der Ausfüllung einer Vertragslücke
- Lücke liegt nur dann vor, wenn die Parteien eine den Vertragsinhalt betreffende Rechtsfrage nicht oder unvollständig geregelt haben (casus omissus), obwohl das Gesetz die Regelung den Parteien belässt, also nicht mit einer zwingenden Norm eingreift

Vertragsergänzung (Lückenfüllung)

1. **durch dispositives Gesetzesrecht** (Art. 1 Abs. 1 ZGB)
 - VSS: Die Gesetzesnorm «passt».
 - Sonderfall: Art. 2 Abs. 2 OR
2. **durch Gewohnheitsrecht** (Art. 1 Abs. 2 ZGB)
3. **durch richterliche Regel**
 - nach dem «hypothetischen Parteiwillen»
 - in typischen Fällen: «modo legislatoris» (Art. 1 Abs. 2 ZGB)

Vorgehen bei der Vertragsergänzung (Lückenfüllung) - Reihenfolge der Ergänzungsmittel

Grundsätzliche Reihenfolge:

1. Durch dispositives Gesetzesrecht (Art. 1 Abs. 1 ZGB), unter Einschluss einer Verkehrsübung, auf die das Gesetz verweist
 - VSS: die Gesetzesnorm "passt"
 - Sonderfall: Art. 2 Abs. 2 OR
2. Durch Gewohnheitsrecht (Art. 1 Abs. 2 ZGB)
3. Durch richterliche Regel
 - Nach hypothetischem Parteiwillen (Vertrag zu Ende denken)
 - In typischen Fällen: mit einer "modo legislatoris" gebildeten Regel (Art. 1 Abs. 2 ZGB) -> eine allgemeine Regel aufstellen

Sonderfälle:

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

II. Vertragsergänzung durch dispositives Gesetzesrecht

Dispositives Recht

Gesetzesbestimmungen, die sich auf die Ergänzung von Verträgen richten (Reserveverordnungen), für den Fall, dass Vertragsparteien nichts anderes vereinbaren.

Ist das erste Mittel zur Vertragsergänzung wegen der Bindung des Gerichts an das Gesetz (ZGB 1 Abs. 1).

Erscheinungsformen

- Allgemeine Normen: beziehen sich nicht auf einen bestimmten Vertragstyp, sind im AT des OR enthalten
- Besondere Normen: gehören zum gesetzlichen Vertragstypenrecht des Speziellen Teils (Art. 184 ff)
- Sachnormen: geben selber eine Antwort auf eine Rechtsfrage -> Lücke durch Sachnorm ausgefüllt
- Verweisnormen: verweisen auf Ortsgebrauch/Verkehrsübung oder Ermessen des Gerichts -> Vertrag wird durch Verkehrsübung oder eine Regel des Gerichts ergänzt (wie dispositive Sachnorm)

III. Vertragsergänzung durch das Gericht

Besonderheit der Lückenfüllung nach Art. 2 Abs. 2

Vertrag wird von vornherein mit einer gerichtlichen Regel ergänzt, weshalb der Vorrang des dispositiven Gesetzesrechts durchbrochen ist.

Vorgehen einer gerichtlichen Vertragsergänzung

- Hypothetischer Wille der Parteien feststellen -> was Parteien vereinbart hätten, falls sie die Frage selbst geregelt hätten, der Vertrag ist nach der "Natur des Geschäfts" zu ergänzen
- In typischen Fällen (keine individuelle Eigenart) rechtfertigt sich eine **mittelbare Vertragsergänzung** unter Anwendung einer "modo legislatoris" gebildeten Regel. Gestützt auf Art. 1 Abs. 2 ZGB ergänzt das Gericht zunächst das lückenhafte Gesetz mit einer generell-abstrakten Regel, um dann die Vertragslücke mit dieser zu schliessen

IV. Vertragsergänzung in wesentlichen Punkten und bei formbedürftigen Verträgen

1. Ergänzung in wesentlichen Punkten

Fehlt es in der Einigung in einem wesentlichen Vertragspunkt, ist kein Vertrag zustande gekommen (Art. 1 Abs. 1 OR)
-> Grundsatz: **Vertragsergänzung ausgeschlossen (bei objektiv wesentlichen Punkten)**

Ausnahme: betrifft die subjektiv wesentlichen Punkte. Fall, in dem die Bestreitung des Vertrags als rechtsmissbräuchlich erscheint (ZGB 2 Abs. 2), weil die Parteien z.B. Vertrag über längere Zeit hin als rechtswirksam betrachtet haben. -> Streit, der sich einzig um den Inhalt, nicht um Konsens dreht.

2. Ergänzung bei formbedürftigen Verträgen

Vertragsergänzung ist ausgeschlossen, wenn ein Vertrag formungültig ist und das angerufene Gericht die Formungültigkeit zu beachten hat. In übrigen Fällen ist Vertragsergänzung möglich, auch wenn die Vertragslücke einen Punkt betrifft, der formbedürftig gewesen wäre, falls die Parteien ihn selbst geregelt hätten. -> Formvorschrift bezieht sich nur auf Abschluss der Verträge (Art. 11) und dessen vertragliche Änderung (Art. 12)

§12 Die Anpassung des Vertrags an "veränderte Verhältnisse"

Vertragsanpassung

1. **aus dem Vertrag selber**
2. **aus dem Gesetz**
 - positiv (z.B. Art. 373 Abs. 2 OR)
 - negativ (z.B. Art. 486 Abs. 1 OR)
3. **aus Richterrecht**
 - Bundesgericht:
Rechtsmissbrauchs-Konstruktion
 - Lehre (G/S/S): Lückenfüllung durch das Gericht («Anpassungslücke»), also gerichtliche Vertragsergänzung

I. Von der Anpassung des Vertrags im Allgemeinen

- Anpassung des Vertrags an veränderte Verhältnisse = *clausula rebus sic stantibus*
- **Voraussetzung:** Verhältnisse haben sich nach Vertragsabschluss wesentlich, unvorhergesehen verändert
- **"Veränderte Verhältnisse":** vertragserhebliche Verhältnisse, von denen der Wert oder Unwert des Vertrags für eine Partei abhängt, haben sich verändert, wenn sie nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmen, die zur Zeit des Vertragsabschlusses bestanden hat (ausgeklammert sind Vertragsverletzungen)
- **Mögliche Anpassung:**
 - Verkürzung oder Verlängerung der Vertragsdauer
 - Änderung des Vertragsinhalts (ohne Änderung der Dauer)

Antwort auf die Frage nach der Vertragsanpassung kann sich ergeben aus:

- Dem Vertrag selber
 - Positive Anpassungsregeln: sehen für bestimmte Fälle Vertragsanpassung vor
 - Negative Anpassungsregeln: Anpassung trotz bestimmter Verhältnisveränderung ausschliessen
 - Anpassungslücke: weder positive noch negative Anpassungsregel im Vertrag geregelt
- Aus dem Gesetz
 - Positive Regeln: sehen für bestimmte Fälle eine Anpassung vor (Art. 266g, 297, 337, 418r, 527, 545 Abs. 2)
 - Negative Regeln: halten unveränderte Geltung des Vertrages trotz veränderter Verhältnisse fest (Art. 324, 486 Abs. 1)

II. Die Anpassung des Vertrags durch das Gericht

- **Voraussetzung:** Vertrag und Gesetz weisen eine Lücke auf
- Ausfüllung der Anpassungslücke hat nach Treu und Glauben zu geschehen
- Anpassungsfolge wählen, die dem Sinn des Vertrags am besten entspricht und somit sachlich gerechtfertigt ist
- **Möglichkeiten:** Auflösung, Verkürzung, Verlängerung, inhaltliche Anpassung
- Prinzip: gerichtliche Vertragsanpassung = Vertragsergänzung
- Begründung
 - Bundesgericht: Rechtsmissbrauchs-Konstruktion (Art. 2 Abs. 2 ZGB) -> Anpassung an veränderte Verhältnisse rechtfertigt sich dann, wenn das Beharren der einen Partei auf dem unveränderten Vertrag einen offenbaren Rechtsmissbrauch darstellt
 - Lehre (G/S/S): Lückenfüllung durch das Gericht (Anpassungslücke, gerichtliche Vertragsergänzung)

Gründe für Nichtanpassung

1. Voraussehbarkeit
 - Auf Verhältnisänderungen, die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses voraussehbar waren, kann man sich nicht berufen
 - Einschränkung: Voraussehbarkeit ist dann unerheblich, wenn sie nach den von den Parteien bei Vertragsabschluss übereinstimmend angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen war
2. Geringfügigkeit der Äquivalenzstörung
 - Durch Veränderung ist das wertmässige Gleichgewicht zwischen den Austauschleistungen eines Vertrags gestört worden -> diese Veränderung darf nicht nur geringfügig sein

III. Das unerwartete Ausbleiben einer Verhältnisänderung

Vertragsanpassung auch im Fall, dass eine Partei die Auflösung des Vertrags oder eine andere Vertragsanpassung deswegen verlangt, weil sich die Verhältnisse nach Vertragsabschluss in unvorhergesehener Weise nicht geändert haben, möglich.

4. TEIL: DIE STELLVERTRETUNG

§13 Die Stellvertretung im Allgemeinen

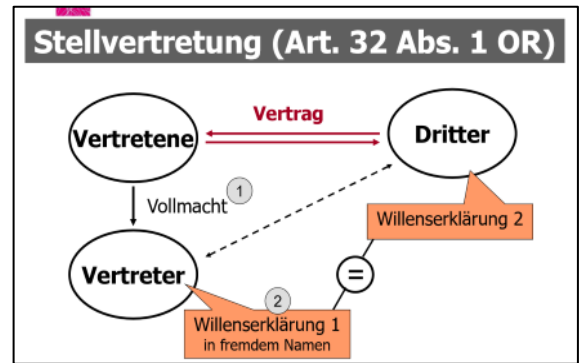
Wir unterscheiden

- Echte (direkte) Stellvertretung
- Unechte (indirekte) Stellvertretung

-> Genaueres siehe §15

I. Wesen

Grundsätzlich kann jede Person Rechtshandlungen nur für sich selber, nicht mit Wirkung für einen anderen, vornehmen. Die echte Stellvertretung (Art. 32 OR) durchbricht diesen Grundsatz:



Art. 32

1 Wenn jemand, der zur Vertretung eines andern ermächtigt ist, in dessen Namen einen Vertrag abschliesst, so wird der Vertretene und nicht der Vertreter berechtigt und verpflichtet.

2 Hat der Vertreter bei dem Vertragsabschlusse sich nicht als solcher zu erkennen gegeben, so wird der Vertretene nur dann unmittelbar berechtigt oder verpflichtet, wenn der andere aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schliessen musste, oder wenn es ihm gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schliesse.

3 Ist dies nicht der Fall, so bedarf es einer Abtretung der Forderung oder einer Schuldübernahme nach den hierfür geltenden Grundsätzen.

- **Stellvertretung** = rechtserhebliches Handeln mit Wirkung für einen anderen.
- **Beteiligte**: Typischerweise sind 3 Personen beteiligt:
 - Vertreter: nimmt Rechtshandlung vor
 - Dritter: gegenüber ihm handelt der Vertreter
 - Vertretener: bei ihm tritt Rechtswirkung ein
- **Vornahme der Rechtshandlung (Vertreterhandlung)**: besteht in der Abgabe oder in der Entgegennahme einer rechtserheblichen Erklärung durch den Vertreter
- **Vertretungswirkung**: Wirkung der Rechtshandlung tritt (einzig) beim Vertretenen ein

II. Voraussetzungen der Vertretungswirkung

1. Die Hauptvoraussetzungen

Hauptvoraussetzungen (Überblick)

1. Vertretungsmacht
2. Handeln in fremdem Namen

1. Voraussetzung: Vertretungsmacht

- Besteht in der Rechtsmacht des Vertreters, für den Vertretenen zu handeln
- Ist eine Rechtslage; besteht im rechtlichen Können zum Handeln mit Fremdwirkung
- Vom Gesetz als Ermächtigung bezeichnet -> ist subjektives Recht für Ermächtigten, eine Vertretungsbefugnis

Unterscheidungen:

- **Gewillkürter Vertreter**:
 - "durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung" (Art. 34 Abs. 1) -> als Vollmacht bezeichnet
 - Vertretungsmacht beruht auf Rechtsgeschäft; Willenserklärung, durch welche ihm der Vertretene selber die Macht/das Recht zur Vertretung einräumt
- **Gesetzlicher Vertreter**:
 - Vertretungsmacht beruht auf Gesetz; Gesetz begründet unmittelbar (für bestimmte Tatbestände generell bezeichnete Personen als Vertreter anerkennt, z.B. Eltern nach ZGB 304 Abs. 1) oder mittelbar (indem es für bestimmte Tatbestände vorschreibt, dass generell umschriebenen Personen ein Vertreter behördlich zu bestellen ist, ZGB 391 und 394 ff)
- **Organvertreter**:
 - Vertretungsmacht beruht auf seiner Stellung als Organ einer JP (ZGB 55); Grundlage in inneren Ordnung (Satzung) der JP und im Einzelfall begründet durch Bestellung zum Organ
- **Vertretungsmacht im öffentlichen Recht** (Art. 33 Abs. 1)

Voraussetzungen der Vertretungswirkung (Art. 32 Abs. 1 OR)

Vertretungsmacht

- = Rechtsmacht des Stellvertreters, für den Vertretenen zu handeln
- setzt einen besonderen Rechtsgrund voraus:
 - private Vollmacht (gewillkürter Vertreter)
 - Gesetz
 - Organstellung

Handeln in fremdem Namen («Offenheit»)

weitere Voraussetzungen

- Urteilsfähigkeit
- Rechtshandlung darf nicht vertretungsfeindlich sein

2. Voraussetzung: Handeln in fremdem Namen

- **Grundsatz der Offenheit:** Die Vertretungswirkung tritt nur dann ein, wenn der ermächtigte Vertreter dem Dritten gegenüber in fremdem Namen handelt. Die Erklärung kann sein eine
 - Ausdrückliche Erklärung: Vertreter gibt sich als solcher zu erkennen (Art. 32 Abs. 2 OR)
 - Stillschweigende Erklärung: der Dritte muss aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schliessen (z.B. Verkäufer im Laden als Vertreter des Geschäfts)
- Ausnahme: Ausnahmsweise tritt die Vertretungswirkung ein, obwohl der Vertreter nicht in fremdem Namen handelt, sondern im eigenen Namen
 - Gilt für Fall, dass es dem Dritten gleichgültig ist, mit wem er den Vertrag schliesst (Art. 32 Abs. 2 OR)
 - Erfordernis der Gleichgültigkeit ist erfüllt, wenn der Dritte bereit wäre, den Vertrag auch mit dem Vertreter selbst zu schliessen (muss nicht bereit sein, mit beliebigem Dritten Vertrag zu schliessen)

Ergänzungen

- Bei Formzwang muss auch die vertretene Partei aus der Urkunde hervorgehen (genaue Bezeichnung des Namens), ansonsten der Vertrag formungültig ist
- Handelt der Vertreter gleichzeitig auch im eignen Namen, so wird er auch selber gebunden
- Es gilt die allgemeine Vermutung, dass eine Person ein Rechtsgeschäft im eigenen Namen vornimmt

2. Weitere Voraussetzungen

1. Vertreter muss urteilsfähig (aber nicht handlungsfähig) sein
2. Rechtshandlung darf nicht vertretungsfeindlich sein

III. Vollmacht

Vollmacht

Ist die Vertretungsmacht des gewillkürten Stellvertreters. Ihr Rechtsgrund besteht in der Bevollmächtigung (Vollmachterteilung) durch den Vertretenen.

1. Bevollmächtigung (Vollmachterteilung)

Interne und externe Bevollmächtigung

- Bevollmächtigung ist eine Willenserklärung, worin der Vertretene dem Vertreter erklärt, diese sei befugt, ihn gegenüber Dritten zu vertreten -> **interne Vollmacht**
- **Externe Vollmacht:** wenn jemand einem Dritten mitteilt, eine andere Person sei zu seiner Vertretung befugt -> dies begründet jedoch keine Vertretungsmacht (Vollmacht), schafft aber Grund, den guten Glauben des Dritten zu schützen (hierzu später noch detaillierter)

Bevollmächtigung ist ein **einseitiges Rechtsgeschäft**

- **Keine Annahmbedürftigkeit:** Wirkung beginnt mit Zugang beim Vertreter
- **Grundsatz der Formfreiheit:** soweit das Gesetz nicht ausnahmsweise etwas anderes vorsieht; kann daher auch stillschweigend (konkludentes Verhalten) erklärt werden (Ausnahmen: Art. 493 Abs. 6, 689a Abs. 1, 689b Abs. 2)

Grundsatz der Formfreiheit gilt selbst dann, wenn die Vollmacht sich auf den Abschluss eines formbedürftigen Vertrags richtet

Grundsatzverhältnis

Im Normalfall beruht die Bevollmächtigung auf einem Grundverhältnis (=Veranlassungsgeschäft), so z.B. Arbeitsvertrag oder Auftrag

Ergebnis/Rechtsfolge der Bevollmächtigung

Ist die Vollmacht (Vertretungsmacht)

Zur Vollmacht

= Vertretungsmacht des gewillkürten Stellvertreters

Tatbestand: Bevollmächtigung

- einseitiges Rechtsgeschäft (einseitige Willenserklärung) des Vertretenen an den Vertreter
- nicht annahmbedürftig (Zugang genügt)
- grundsätzlich formfrei
- zu unterscheiden vom Grundverhältnis («Veranlassungsgeschäft»)

Rechtsfolge: Vorhandensein von Vertretungsmacht (Vollmacht)

2. Umfang der Vollmacht

Umfang der Vollmacht beurteilt sich nach dem Inhalt der Bevollmächtigung (Art. 33 Abs. 2 OR).

Sachlicher Umfang

bestimmt, welche Rechtshandlungen der Vertreter mit Wirkung für den Vertretenen vornehmen kann

- **Spezialvollmacht:** nur und gerade für ein einzelnes Geschäft
- **Gattungsvollmacht:** zum Abschluss von Geschäften bestimmter Art (mit oder ohne Präzisierung, z.B. Preis)
- **Generalvollmacht:** zum Abschluss von (wirtschaftlichen) Geschäften irgendwelcher Art (Art. 396 Abs. 3 beachten)
- **Aktive oder passive Vollmacht:** passiver Vertreter nimmt anstelle des Vertretenen eine Erklärung entgegen

Subjektiver Umfang

bestimmt, ob der Vertreter allein oder nur zusammen mit anderen Vertretern handeln darf

- Einzelvollmacht
- Kollektivvollmacht (genauer siehe §15, II. 1.)

3. Erlöschen der Vollmacht

Erlöschungsgründe (Übersicht)

1. Fristablauf oder Eintritt einer Bedingung
2. Widerruf
3. Verzicht durch den Vertreter
4. "gesetzliche" Erlöschungsgründe nach Art. 35 OR
5. Weitere: Vertreter ist lange untätig / wesentliche Änderung der Verhältnisse

1. Fristablauf oder Eintritt einer Bedingung

- Voraussetzung: zeitlich befristete oder unter einer resolutiven Bedingung erteilte Vollmacht

2. Widerruf durch den Vollmachtgeber

- Jederzeit zulässig (34 Abs. 1)
- Ausdrücklich oder stillschweigend; als stillschweigend mitverstandener Inhalt in einer Kündigungs- oder Rücktrittserklärung, womit der Vollmachtgeber das Grundverhältnis auflöst
- Wirkt ex nunc und zwar sofort mit dessen Zugang
- Teilweiser Widerruf (Art. 34 Abs. 3 OR) beschränkt die Vollmacht nur und führt nicht wie gänzlicher Widerruf zur Erlöschung
- Auf Recht, Vollmacht zu widerrufen, kann der Vollmachtgeber nicht verzichten (unvereinbar mit Art. 27 ZGB)

3. Verzicht durch den Vertreter

- Wirkt unabhängig vom und auch gegen den Willen des Vertretenen

4. gesetzliche Erlöschungsgründe nach Art. 35 OR

- Wirken nur, sofern nicht das Gegenteil bestimmt ist oder aus der Natur des Geschäfts hervorgeht (Art. 35 Abs. 1)

5. weitere Gründe

- Wenn Vertreter lange Zeit untätig geblieben ist
- Wesentliche Veränderung der Verhältnisse

Das Erlöschen der Vollmacht begründet nach Art. 36 OR die Pflicht des Bevollmächtigten, eine allenfalls ausgestellte Vollmachtsurkunde zurückzugeben oder gerichtlich zu hinterlegen (allenfalls auch bei Beendigung vom Grundverhältnis)

§14 Vertretung ohne Vollmacht

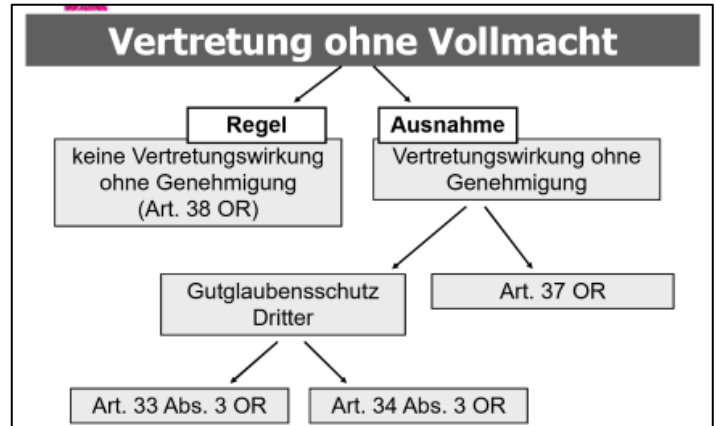
I. Der Tatbestand

Art. 38 Abs. 1 OR (falsus procurator)

- Vertreter handelt im Namen eines anderen
- Ohne die hierzu erforderliche Vollmacht

Fälle

- Vollmacht hat nie bestanden
- Vollmacht hat nie mit dem für das Geschäft erforderlichen Umfang bestanden
- Vollmacht ist nachträglich erloschen
- Vollmacht wurde nachträglich beschränkt, sodass sie nicht mehr den erforderlichen Umfang aufweist



II. Die Rechtslage zwischen dem Vertretenen und dem Dritten

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

Bei fehlender Vollmacht des Vertreters tritt keine Vertretungswirkung ein, es sei denn, die Rechtshandlung des Vertreters werde durch den Vertretenen genehmigt. Ohne die Vollmacht und ohne Genehmigung ist der Vertretene nicht gebunden.

Genehmigung

- Ersetzt die Vollmacht, sodass die Wirkung der Vertretungshandlung doch noch eintritt
- Bedarf keiner besonderen Form, kann auch stillschweigend erklärt werden
- Wirkt ex tunc, es sei denn, der Vertreter habe unter Vorbehalt der Genehmigung gehandelt
- Stillschweigen des Vertretenen zu einem vollmachtlos geschlossenen Rechtsgeschäft bedeutet grundsätzlich Nichtgenehmigung
- Der Dritte ist so gebunden (Art. 38 Abs. 2), dass er sich die Genehmigung durch den Vertretenen gefallen lassen muss; er wird frei, sobald der Vertretene die Genehmigung ausdrücklich oder stillschweigend ablehnt
- Bis zur Genehmigung oder Ablehnung bleibt Handlung des Vertreters rechtlich in der Schwebe; sie kann, muss aber nicht wirksam werden, alles hängt vom Vertretenen ab
- Der Dritte kann nach Art. 38 Abs. 2 vom Vertretenen verlangen, innert angemessener Frist die Genehmigung zu erklären, andernfalls sie als stillschweigend abgelehnt gilt
- Ablehnung der Genehmigung ist unwiderruflich und begründet grundsätzlich keine Schadenersatzpflicht des Vertretenen gegenüber dem Dritten, ausgenommen bleiben Schadenersatzpflicht aus culpa in contrahendo

2. Ausnahme: Vertretungswirkung ohne Genehmigung

Es gibt 2 Fälle, in denen die Vertretungswirkung ausnahmsweise trotz fehlender Vollmacht eintritt, ohne dass es einer Genehmigung durch den Vertretenen bedarf: (1) Fälle des Gutgläubenschutzes Dritter und (2) Fall des Art. 37 OR

1. Fälle des Gutgläubenschutzes Dritter

Merkmale

- Vertretener hat die Vollmacht nach aussen kundgegeben, und der Vertreter handelt gegenüber einem Dritten, dem die Vollmacht kundgegeben wurde
- Der Dritte ist gestützt auf die ihm kundgegebene Vollmacht gutgläubig, indem er auf den Bestand der kundgegebenen Vollmacht vertraut; das Fehlen der Vollmacht ist ihm nicht bekannt

Guter Glaube des Dritten wird geschützt, dass ihm das Fehlen der Vollmacht nicht entgegengehalten werden kann --> der gute Glaube heilt den Mangel und die Vertretungswirkung tritt ex lege ein. In den unten aufgezählten Fällen ist immer auch die allg. Bestimmung des Art. 3 ZGB anwendbar; der gute Glaube wird vermutet (abs. 1), aber unter den Voraussetzungen des Abs. 2 entfällt der Gutgläubenschutz -> geschützt wird nur die berechtigste Gutgläubigkeit.

Die einzelnen Fälle, in denen der Gutgläubenschutz greift (abschliessende Aufzählung)

- Die einem Dritten kundgegebene Vollmacht geht weiter als die wirklich erteilte Vollmacht -> Umfang gegenüber dem Dritten beurteilt sich nach Massgabe der erfolgten Kundgebung (Art. 33 Abs. 3)
- Der Vertretene gibt eine Vollmacht kund, die er überhaupt nicht erteilt hat
- Die Vollmacht wird vom Vertretenen ganz oder teilweise widerrufen, jedoch ohne Mitteilung des Widerrufs an Dritte, denen sie ausdrücklich oder stillschweigend kundgegeben wurde -> (Art. 34 Abs. 3)

Begriffe/Ausdrücke

- **Externe Vollmacht:** die vom Vertretenen nach aussen kundgegebene Vollmacht (auf die sich der Gutgläubensschutz eines Dritten stützt -> ist keine Vertretungsmacht, sondern rechtfertigt lediglich in gewissen Fällen den Schutz gutgläubiger Dritter)
- **Rechtsscheinvollmacht:** ist eine kundgegebene (externe) Vollmacht, gestützt auf welche ein gutgläubiger Dritter nach Art. 33 Abs. 3 geschützt wird
- **Duldungsvollmacht:** dem Vertretenen fehlt der Wille zur Vollmachtserteilung, er hat aber Kenntnis davon, dass ein anderer als sein Vertreter auftritt, und schreitet dagegen nicht ein; stillschweigende Vollmachtserteilung wird angenommen = interne Vollmacht (aber nur dann, wenn Vertreter keine Kenntnis vom fehlenden Bevollmächtigungswillen des Vertreters hat). Kann aber auch externe Vollmacht sein, wenn Kenntnis gegeben; durch das handeln lassen gibt er die Vollmacht nach aussen kund.
- **Anscheinvollmacht:** Vertretener hat weder den Willen zur Vollmachtserteilung noch Kenntnis vom Auftreten eines anderen als sein Vertreter, er hätte aber dessen Handeln bei pflichtgemässer Sorgfalt erkennen müssen und verhindern können -> Art. 33 Abs. 3 anwenden

2. Der Fall des Art. 37 OR (erloschene Vollmacht)

- **Zweck:** Vertreter, dem das Erlöschen der Vollmacht unbekannt ist, vom Haftungsrisiko des Art. 39 zu befreien
- Bestimmung des Art. 37 geht Art. 36 vor, sie wird auch auf den (gänzlichen oder teilweisen) Widerruf angewandt
- Solange der Vertreter und der Dritte keine Kenntnis vom Widerruf (und dessen Zugang) haben, handelt der Vertreter mit Wirkung für den Vertretenen, mag ihm die Widerrufserklärung auch zugegangen sein

III. Die Rechtstellung des Vertreters (ohne Vollmacht)**1. Die Rechtslage zwischen Vertreter und Drittem**

Positive Seite der Rechtslage	Negative Seite der Rechtslage
Vertreter wird durch die Handlung, die er ohne Vollmacht im Namen des Vertretenen vorgenommen hat, grundsätzlich nicht persönlich (anstelle des Vertretenen) berechtigt und verpflichtet	Unter den Voraussetzungen und im Umfang von Art. 39 OR wird der Vertreter dem Dritten zu Schadenersatz verpflichtet, falls die Vertretungswirkung nicht eintritt. <ul style="list-style-type: none"> • Schadenersatzpflicht ist Anwendungsfall der Culpa-Haftung • Nach Art. 39 Abs. 1 richtet sich die Haftung auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens (=negatives Interesse) • Trifft den Vertreter ein Verschulden, kann das Gericht, wo es der Billigkeit entspricht nach Art. 39 Abs. 2 OR auf Ersatz weiteren Schadens auch das positive Interesse erfassen • Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung bleibt sowieso vorbehalten

2. Die Rechtslage zwischen Vertreter und Vertretenem

Rechtslage hängt von den Umständen ab. Schädigt der Vertreter durch sein vollmachtloses Handeln den Vertretenen, so kann dieser Schadenersatz fordern -> **Schadenersatzpflicht** untersteht Art. 97 ff OR, wenn Vertreter durch sein Verhalten einen Vertrag mit dem Vertretenen verletzt hat, sonst kommen die Regeln über die **unerlaubte Handlung** (Art. 41 ff), allenfalls auch über die **Geschäftsführung ohne Auftrag** (Art. 419 ff) zur Anwendung.

§15 Nachtrag

I. Echte und unechte Stellvertretung

Bis anhin wurde von der echten (direkten, unmittelbaren) Stellvertretung gesprochen; Handeln des Vertreters mit Wirkung für den Vertretenen.

Unechte (indirekte, mittelbare Stellvertretung (Art. 32 Abs. 3))

- Tatbestand: der indirekte Vertreter handelt im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung -> schliesst ein Geschäft ab, dessen wirtschaftlicher Erfolg einem anderen zukommen soll, doch handelt er nicht im Namen dieses anderen
- Wirkung: Vertretungshandlung tritt nicht beim Vertretenen ein, sondern beim indirekten Vertreter selbst, die Übertragung seiner Rechte und Pflichten bedarf es weiterer Rechtsgeschäfte (z.B. Abtretung oder Schuldübernahme, Art. 32 Abs. 3)

II. Nachtrag zur echten Stellvertretung

1. Mehrheit von Vertretern

Vollmacht kann an mehrere Personen erteilt werden

- **Solidarvollmacht**: jeder Bevollmächtigte kann einzeln für den Vollmachtgeber handeln
- **Kollektivvollmacht**: mehrere Bevollmächtigte können den Vollmachtgeber nur gemeinsam vertreten, wodurch der subjektive Umfang der Vollmacht beschränkt ist

Kollektivvertretung - Regeln

- Einheit der Handlung ist für den Eintritt der Vertretungswirkung nicht erforderlich: Kollektivvertreter brauchen weder gemeinschaftlich noch gleichzeitig zu handeln, die Wirksamkeit des Geschäfts tritt einfach erst dann ein, wenn die Erklärung des letzten Vertreters vorliegt
- Bei passiver Vertretung steht jedem Kollektivvertreter die Vertretungsmacht einzeln zu
- Regeln über den Glaubensschutz Dritter gelten auch im Fall, dass ein Kollektivvertreter allein handelt statt im Kollektiv

2. Vertretung mehrerer: Handeln für sich und für andere

Ein Vertreter kann ein bestimmtes Rechtsgeschäft auch im Namen mehrerer vornehmen, sodass die Vertretungswirkung in mehreren Personen eintritt. Werden durch Vertretungshandlung mehrere berechtigt oder verpflichtet, so können sie Solidargläubiger oder Solidarschuldner sein -> Art. 143 und 150, 544 Abs. 3 OR

3. Selbsteintritt und Doppelvertretung

Insichgeschäfte (Selbsteintritt und Doppelvertretung)

Selbsteintritt (Selbstkontrahieren)

Vertreter schliesst das Geschäft, das er für den Vertretenen vornimmt, mit sich selber ab. Kann ausnahmsweise erlaubt sein, wenn

- Die Natur des Geschäfts die Gefahr der Benachteiligung des Vertretenen ausschliesst
- Oder der Vertreter besonders ermächtigt wird

Doppelvertretung

Ein Vertreter, der von 2 Personen bevollmächtigt wurde, schliesst zwischen diesen beiden ein Geschäft ab, indem er sowohl als Vertreter des einen als auch des anderen handelt

In beiden Fällen besteht die Möglichkeit der Interessenskollision -> wegen Gefahr der Benachteiligung einer Partei grundsätzlich untersagt.

4. Überschreitung einer Vollmacht

Weisungswidriges Handeln des Vertreters bindet den Vertretenen grundsätzlich nicht: gilt auch, wenn das Handeln erkennbar nicht dem Willen des Vertretenen entspricht

5. Wissensvertretung

Das Wissen (Kenntnis) und das Wissenmüssen des Vertreters werden grundsätzlich dem Vertretenen angerechnet. Der Vollmachtgeber muss sich das Handeln und Wissen des Bevollmächtigten insoweit als eigenes anrechnen lassen, als er ihn zu seinem Vertreter gemacht hat.

6. Untervollmacht (Substitution)

Nach dem Inhalt seiner eigenen Vollmacht kann ein Hauptvertreter befugt sein, im Namen und mit Wirkung für den Vollmachtgeber (Prinzipal) einen anderen (Untervertreter) zu bevollmächtigen. -> Untervertreter wird zum Bevollmächtigten des Prinzipals.

Eteilt der Hauptvertreter die Vollmacht mit eigenem Namen, so ist dies eine Vollmacht zur Vertretung des Hauptvertreters, doch wirken seine Handlungen durch den Hauptvertreter hindurch und treffen mittelbar den Prinzipal.

7. Kaufmännische Vertretung (im Gegensatz zur bürgerlichen Stellvertretung)

Umfasst die gewillkürte Vertretung durch Prokuristen (Art. 458 ff), Handlungsbevollmächtigte (Art. 462) und Handelsreisende (Art. 348b). Sie gehört ins Gebiet des Handelsrechts.

- Gesetzliche Regeln der allgemeinen Stellvertretung (Art. 32 ff) gelten auch hier, soweit nicht besondere Vorschriften vorgehen (Art. 40)
- Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte und Handelsreisende sind stets natürliche Personen
- **Hauptmerkmal:** standardisierte Vollmacht; der Umfang der Vollmacht ist gesetzlich umschrieben (Art. 459 Abs. 1, 462 Abs. 1, 348b Abs. 2)
- Vollmachtgeber kann Umfang beliebig beschränken, aber Beschränkung hat im Verhältnis zu gutgläubigem Dritten keine Wirkung -> gesetzlich umschriebener Umfang wird geschützt - zerstört wird der gute Glaube nur durch Mitteilung der Beschränkung
- Vollmacht des Handelsreisenden setzt schriftliche Bevollmächtigung voraus (Art. 348b Abs. 1)
- Vollmacht des Prokuristen und Handlungsvollmacht nach Art. 462 kann formfrei, auch stillschweigend, erteilt werden
- **Prokura (und nur sie) kann und muss ins HR eingetragen werden**
- Tod und Handlungsunfähigkeit des Vollmachtgebers sind keine Erlöschungsgründe für Prokura und Handlungsvollmachten (Art. 465 Abs. 2)

5. TEIL: DIE UNGERECHTFERTIGTE BEREICHERUNG

Bereicherungsrecht: Übersicht

- **Tatbestand** (Art. 62 OR)
- **Ausschlussgründe** (Art. 63 und 66 OR)
- **Rechtsfolge**
 - Rückerstattungsanspruch (Art. 62 OR)
 - Gegenstand und Umfang der Rückerstattung (Art. 64 und 65 OR)
- **Verjährung** (Art. 67 OR)

§16 Der Tatbestand

I. Die Umschreibung des Tatbestands (Art. 62 Abs. 1)

Art. 62 Abs. 1 OR

Wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten.

Tatbestand im Einzelnen

- (1) Jemand ist bereichert worden (Vermögensvorteil)
 - Vergrößerung des Vermögens: durch Vermehrung der Aktiven oder durch Verminderung der Passiven
 - Nichtverminderung des Vermögens: durch Nichtverminderung der Aktiven oder Nichterhöhung der Passiven sowie die Ersparnisbereicherung: Bereicherung durch Ersparnis von Auslagen, die hätten gemacht werden sollen
- (2) Vermögensvorteil des Bereicherten (Bereicherung) stammt aus dem Vermögen eines andern (Entreicherter) und ist ungerechtfertigt
 - Vermögensverschiebung vom Entreicherten zum Bereicherten
 - Vorteil ist ungerechtfertigt
- (3) Bereicherung besteht in der Differenz zwischen dem jetzigen Vermögensstand des Bereicherten und dem Vermögensstand vor der ungerechtfertigten Vermögensverschiebung -> es fehlt an einer Bereicherung, wenn ein Aktivum durch ein gleichwertiges Aktivum ersetzt wird
- (4) Verschulden und Urteilsfähigkeit des Bereicherten wird nicht vorausgesetzt, doch wirkt sich die Gut- oder Bösgläubigkeit des Bereicherten nach Art. 64 auf Umfang der Rückerstattungspflicht aus
- (5) Beweislast für Vorhandensein der TBelemente trägt jene Partei, welche die Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung geltend macht (ZGB 8)

Art. 62 Abs. 1 OR		Ungerechtfertigte Bereicherung: Grundtatbestand (Art. 62 OR)
<p>Tatbestand</p> <p style="text-align: center;"><small>Bzw. sich bereichern</small></p> <ul style="list-style-type: none"> • Jemand ist bereichert worden • aus dem Vermögen eines andern • in ungerechtfertigter Weise 	<p>Rechtsfolge</p> <p style="font-size: 2em;">}</p> <p>Pflicht, die Bereicherung zurückzuerstatten (⇒ Bereicherungsforderung, "Kondiktion")</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Bereicherung (Vermögensvermehrung) • «aus dem Vermögen eines andern» («aux dépens d'autrui»; «a danno dell'altrui patrimonio») • in ungerechtfertigter Weise, insbesondere (Abs. 2): <ul style="list-style-type: none"> • ohne gültigen Grund • aus einem nicht verwirklichten Grund • aus einem nachträglich weggefallenen Grund
<p>Fälle</p> <p style="text-align: center;"><small>Eine Leistung wurde ungerechtfertigt/ausgeschlossen erbracht</small></p> <ul style="list-style-type: none"> • Leistungskondiktion (Zuwendungskondiktion) • Eingriffskondiktion <small>sich selber durch einen Eingriff bereichern</small> • Zufallskondiktion <small>zB Kühe die auf Wiese abweisen, weil sie ausgebrochen sind</small> 		

II. Ursachen der ungerechtfertigten Bereicherung

1. Rechtsgrundlose Leistung des Entreicherten

Art. 62 Abs. 2 OR

Insbesondere tritt diese Verbindlichkeit dann ein, wenn jemand ohne jeden gültigen Grund oder aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund eine Zuwendung erhalten hat.

Art. 62 Abs. 2 unterscheidet drei Fälle einer rechtsgrundlosen Leistung:

1. Zuwendung ohne jeden gültigen Grund (conditio sine causa), zB Leistung in Erfüllung einer nicht bestehenden Schadenersatzpflicht oder eines Vertrages, der gar nicht abgeschlossen wurde
2. Zuwendung aus einem nicht verwirklichten Grund (conditio ob causam futuram oder ..non secutam) -> Leistung wird erbracht im Hinblick auf einen erwarteten (künftigen) Grund, der sie rechtfertigen soll, dann aber nicht eintritt
3. Zuwendung aus nachträglich weggefallenem Grund (conditio ob causam finitam) -> zur Zeit der Leistung liegt ein Rechtfertigungsgrund vor, dieser entfällt aber nachträglich zB durch Eintritt einer Resolutivbedingung (zB Berufung auf einseitige Unverbindlichkeit des Vertrags oder Rücktritt des Vertrags)

2. weitere Ursachen

1. Verhalten des Bereicherten (zB: unberechtigte Nutzung fremder Sachen, Diebstahl mit anschliessendem Verbrauch des Diebesgutes, Verwendung einer fremden Marke, fremden Patents oder Designs)
2. Verhalten Dritter (zB ein Dritter verbindet fremdes Material mit einem fremden Grundstück)
3. Naturereignis (zB Viehherde dringt ohne Zutun des Eigentümers in Grundstück des Nachbarn ein und weidet dieses ab)

§17 Die Rechtsfolge

I. Bereicherungsanspruch als Folge der ungerechtfertigten Bereicherung

1. Grundsatz

- Art. 62 Abs 1 schreibt eine Pflicht zur Rückerstattung (Herausgabe) der Bereicherung vor
- Diese Pflicht ist eine Schuld; Schuldner ist Bereicherter, Gläubiger der Entreicherte
- Bereicherungsanspruch = Forderung auf Rückerstattung → auch als **Kondition** bezeichnet

Je nach Ursache der ungerechtfertigten Bereicherung unterscheidet man:

- **Leistungskondition:** der Entreicherte verlangt eine von ihm erbrachte Leistung zurück
- **Eingriffskondition:** der Entreicherte verlangt die Herausgabe einer Bereicherung, die der Bereicherte durch sein eigenes Verhalten verursacht hat
- **Übrige Konditionen (Zufallskonditionen):** die Bereicherung beruht zB auf dem Verhalten eines Dritten oder auf Naturereignis

2. Verhältnis zu anderen Rechtsbehelfen

Der Bereicherungsanspruch hat subsidiären Charakter: Wo eine andere Klage möglich ist, liegt nicht noch ein Bereicherungsanspruch vor.

Verhältnis zur Vindikation (Eigentumsklage)

Vindikation schliesst den Bereicherungsanspruch aus; solange ein Eigentümer berechtigt ist, eine Sache von einem anderen, gestützt auf sein Eigentum, herauszuverlangen (vindizieren, ZGB 641 Abs. 2), hat er gegenüber dem andern kein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (kondizieren).

Verhältnis zur Forderungsabtretung (Art. 164)

Die Forderungsabtretung wird verstanden als Verfügungsvertrag, ihr Rechtsgrund ist meist ein Verpflichtungsgeschäft (Kauf, Schenkung).

Sie wird entweder als abstrakte Verfügung oder aber als kausal gesehen. Bedeutung hat diese Meinungsverschiedenheit für den Fall, dass die Abtretung gestützt auf einen in Wirklichkeit nicht bestehenden Rechtsgrund (zB Erfüllung eines unwirksamen Forderungskaufs) vorgenommen wird:

- Betrachtet man die Abtretung als abstrakt, ist sie trotz mangelhaftem Rechtsgrund gültig; Forderung geht auf Zessionar über und dem Zedenten steht Anspruch auf ungerechtfertigte Bereicherung zu
- Betrachtet man sie als kausal, so geht die Forderung nicht über; Zedent bleibt Gläubiger, daher hat er keinen Bereicherungsanspruch. Ein Bereicherungsanspruch entsteht dann, wenn der Schuldner mit befreiender Wirkung an den Zessionar bezahlt oder eine Weiterzession mit Schutz der gutgläubigen Zweitcessionarin erfolgt

Verhältnis zum Vertragsanspruch

Anspruch auf Erfüllung vertraglicher Leistungspflichten schliesst den Bereicherungsanspruch aus.

Verhältnis zum Deliktsanspruch (Art. 41 ff)

Deliktsanspruch setzt Widerrechtlichkeit und i.d.R. Verschulden voraus, während Bereicherungsanspruch keine Vorwerfbarkeit voraussetzt. Die h.L. nimmt an, dass Deliktsanspruch den Bereicherungsanspruch nicht ausschliesst, sondern mit diesem konkurriert, wenn die Bereicherung auf unerlaubte Handlung des Bereicherten beruht (ZGB 726 Abs. 3 und 727 Abs. 3).

Konkurrenz gilt nach BGer auch zwischen Bereicherungsanspruch und Culpa in contrahendo.

Verhältnis der Bereicherungsforderung zu anderen Rechtsbehelfen	
Vindikation	→ schliesst die Bereicherungsforderung aus
Forderung aus Vertrag	→ schliesst die Bereicherungsforderung aus
Forderung aus Delikt	→ kann mit Bereicherungsforderung konkurrieren

II. Gegenstand und Umfang der Rückerstattung

1. Gegenstand

- Meistens ist der Bereicherungsanspruch eine Geldforderung; er richtet sich auf Wertersatz.
- Nach h.L. besteht aber die nach Art. 62 zurückzuerstattende Bereicherung zunächst in dem Gegenstand, welcher ohne Rechtsgrund dem Vermögen des Bereicherten zugekommen ist. Dieser Gegenstand ist soweit möglich in natura zurückzugeben. -> spielt untergeordnete Rolle, da der Bereicherungsanspruch bei rechtsgrundloser Eigentumsübertragung von Sachen sowieso durch Vindikation verdrängt wird.

2. Umfang

Grundsatz

Bereicherung, wie sie eingetreten ist, muss in vollem Umfang ausgeglichen werden. Die dem Ausgleichszweck entsprechende Höchstleistung ist zugleich auch die Normalleistung.

Soweit Wertersatz geschuldet ist, bestimmt sich die Ersatzforderung nach dem Verkehrswert (Marktwert) der Bereicherung (=objektive Berechnung).

Ausnahme

Gilt zu Gunsten des gutgläubigen Bereicherten und wird in Art. 64 umschrieben:

Art. 64

Die Rückerstattung kann insoweit nicht gefordert werden, als der Empfänger nachweisbar zur Zeit der Rückforderung nicht mehr bereichert ist, es sei denn, dass er sich der Bereicherung entäusserte und hiebei nicht in gutem Glauben war oder doch mit der Rückerstattung rechnen musste.

- der gutgläubig Bereicherte muss nur so viel zurückerstatten, als er zur Zeit der Rückforderung noch bereichert ist
- massgebend ist Zeitpunkt, an dem Bereicherungsanspruch erstmals geltend gemacht wird, spätestens Klageerhebung
- gutgläubiger Bereicherter (ZGB 3 Abs. 2) kann Einwendung erheben, wenn und solange er nicht wusste oder wissen musste, dass der erlangte Vermögensvorteil rückforderbar war
- wurde Bereicherter nachträglich bösgläubig entfällt die Einwendung für die Zeit nach Eintritt der Bösgläubigkeit, bleibt aber bestehen, soweit sich die Bereicherung noch vorher vermindert hat

Sonderfall der Nutzung und der Verwendung

- Trägt eine Bereicherung dem Bereicherten Nutzen ein, so erhöht sich der Bereicherungsanspruch um diesen (zB Zins)
- Nicht zum Nutzen gehört ein vom Bereicherten erzielter Gewinn, was namentlich bei der Eingriffsbereicherung (Eingriffsgewinn) bedeutsam ist
- Die Gewinnabschöpfung kommt nicht nach Bereicherungsrecht, sondern nur nach Art. 423 OR
- Mit Verwendungen befasst sich Art. 65, der sich mit ZGB 939 f deckt -> kaum Bedeutung, da durch Vindikation verdrängt

Umstritten ist die Frage, wie die Bereicherung zu berechnen sei, wenn bei einem fehlgeschlagenen synallagmatischen Vertrag jede Partei der anderen die Bereicherung zurückzuerstatten hat:

- Zweikonditionen-Theorie: betrachtet jeden Bereicherungsanspruch gesondert
- Saldotheorie: betrachtet die ausgetauschten Leistungen als Gesamtes; bereichert ist nur derjenige, der per Saldo mehr erlangt hat, als er hingegeben hat -> er allein ist zur Rückerstattung verpflichtet, im Umfang der Wertdifferenz

III. Ausschluss des Bereicherungsanspruchs oder seiner Klagbarkeit

1. Ausschluss des Bereicherungsanspruchs

Übersicht

- Bei freiwilliger und irrtumsfreier Bezahlung einer Nichtschuld (Art. 63 Abs. 1 OR)
- Bei Erfüllung einer verjährten Schuld oder sittlichen Pflicht (Art. 63 Abs. 2 OR)
- Bei «faktischem Vertragsverhältnis» (zB Art. 320 Abs. 3 OR)
- Nach besonderer gesetzlicher Vorschrift (zB Art. 15 Abs. 2 KKG)

Freiwillige und irrtumsfreie Bezahlung einer Nichtschuld (Art. 63 Abs. 1)

1 Wer eine Nichtschuld freiwillig bezahlt, kann das Geleistete nur dann zurückfordern, wenn er nachzuweisen vermag, dass er sich über die Schuldspflicht im Irrtum befunden hat.

- Findet Anwendung auf jede Leistung, die zur Erfüllung einer Schuld dienen soll, nicht nur Geldleistung
- Die Schuld, die erfüllt werden sollte, ist eine Nichtschuld; entweder hat sie nie bestanden oder sie war zur Zeit der Leistung bereits erloschen
- Auf Zuwendung aus einem nicht verwirklichten Grund und aus einem nachträglichen weggefallenen Grund findet Art. 63 Abs. 1 keine Anwendung
- Bereicherungsanspruch besteht nur bei Irrtum, also wenn der Leistende seine Leistung erbrachte in der unrichtigen Vorstellung, die Schuld bestehe -> muss urteilsfähig sein
- Beweislast liegt beim Leistenden

Unfreiwillige Leistungen

Für die Rückforderung unfreiwilliger (!) Leistungen bildet Irrtum keine Voraussetzung, da für ihm eine Zwangslage bestand; er hätte bei Verzicht auf seine Leistung unzumutbare Nachteile in Kauf nehmen müssen.

- Wichtigster Fall der Unfreiwilligkeit erwähnt Art. 63 Abs. 3 durch Verweis auf SchKG -> Irrtumsnachweis nicht erforderlich, es genügt, dass der Vollstreckungszwang den Schuldner zur Zahlung bestimmt hat
- Zwang durch Notlage (Art. 21) oder widerrechtliche Bedrohung (Furcht, Art. 29 f)
- Leistung, die der Entreicherte gänzlich ohne seinen Willen, sondern ausversehen erbringt

Erfüllung einer verjährten Schuld oder einer sittlichen Pflicht (Art. 63 Abs. 2)

2 Ausgeschlossen ist die Rückforderung, wenn die Zahlung für eine verjährte Schuld oder in Erfüllung einer sittlichen Pflicht geleistet wurde.

- Rückforderung ist bei verjährter Schuld oder Erfüllung einer sittlichen Pflicht ausgeschlossen
- Verjährte Schuld ist keine Nichtschuld; Forderung gegen Schuldner besteht, auch wenn sie durch Verjährungseinrede belastet ist -> keine ungerechtfertigte Bereicherung

Leistungen bei faktischem Vertragsverhältnis

- Wird unwirksamer Vertrag erfüllt, so ist der jeweilige Leistungsempfänger bei gegebenen Voraussetzungen (zB Art. 63 Abs. 1) zur Rückleistung verpflichtet -> Bereicherungsanspruch wenn nicht sogar Vindikation
- Bei unwirksamen Dauervertrag wählt man Ausweg über das faktische Vertragsverhältnis: für die Dauer der tatsächlichen Vertragsabwicklung so halten, wie wenn ein wirksamer Vertrag vorgelegen hätte (für unwirksamen Arbeitsvertrag sogar gesetzlich vorgeschrieben, Art. 320 Abs. 3) -> dadurch sind aber Bereicherungsansprüche ausgeschlossen

2. Ausschluss der Klagbarkeit**Übersicht**

- Ausschluss nach Art. 66 («Gauernerlohn»)
- Ausschluss durch Verjährung (Art. 67)

Ausschluss nach Art. 66

Art. 66

Was in der Absicht, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen, gegeben worden ist, kann nicht zurückgefordert werden.

- Art. 66 ergänzt die Nichtigkeitsordnung des Art. 20
- Rechtsschutz für Bereicherungsanspruch wird verweigert; die Klagbarkeit entfällt
- H.L. und BGer (seit 2008): Rückforderung nur ausgeschlossen, wenn Leistungen zur Anstiftung und Belohnung eines rechts- oder sittenwidrigen Verhaltens erfolgen (Gauernerlohn)

Art. 66 OR: Rechtsprechung

BGE 134 III 438 ff. (Praxisänderung vom 12. Juni 2008):

Ausschluss der Rückforderung nach Art. 66 OR nur, «wenn die Leistungen zur Anstiftung oder Belohnung eines rechts- oder sittenwidrigen Verhaltens erfolgten (Gauernerlohn)» (E. 3.1 und 3.2)

Ausschluss durch Verjährung (Art. 67)

Art. 67

1 Der Bereicherungsanspruch verjährt mit Ablauf von drei Jahren, nachdem der Verletzte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat, in jedem Fall aber mit Ablauf von zehn Jahren seit der Entstehung des Anspruchs.³⁹

2 Besteht die Bereicherung in einer Forderung an den Verletzten, so kann dieser die Erfüllung auch dann verweigern, wenn der Bereicherungsanspruch verjährt ist.

- Bereicherungsanspruch unterliegt der Verjährung; erhebt Schuldner Einrede, muss Bereicherungsklage abgewiesen werden
- Abs. 1: relative und absolute Frist
- Vorbehalt nach Abs. 2: ist je nach Ansicht sinnlos: entweder besteht Forderung zu Recht und ist gültig, dann ist der Schuldner nicht entreichert/verletzt, oder die Forderung ist nicht gültig, dann ist dieser aber auch nicht bereichert.

Bereicherungsrecht – Folien aus der VL

Bereicherungsrecht (Art. 62–67 OR): Übersicht		Grundlagen für Forderung auf Rückerstattung		
Tatbestand:	Rechtsfolge:	Mängel	in der Vertragsentstehung	in der Vertragserfüllung
<ul style="list-style-type: none"> Grundtatbestand: ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 OR) Ausschlussgründe: <ul style="list-style-type: none"> Art. 63 OR Art. 66 OR 	<ul style="list-style-type: none"> Forderung auf Rückerstattung (Art. 62 OR) = Bereicherungsforderung («Kondiktion») Umfang der Rückerstattung (Art. 64 und 65 OR) Verjährung (Art. 67 OR) 		Beispiele: <ul style="list-style-type: none"> Konsens-, Form- oder Inhaltsmängel Widerruf nach Art. 40a ff. OR 	Beispiel: <ul style="list-style-type: none"> Rücktritt wegen Schuldnerverzugs
		Forderung auf Rückerstattung	nach bereicherungsrechtlichen Regeln	nach vertragsrechtlichen Regeln

§18 Einzelfragen

I. Bereicherung/Entreicherung

Kann ein Bereicherungsanspruch auch ohne Entreicherung gegeben sein?

Meinung A

- Stützt sich auf Art. 62 Abs. 1, wonach Bereicherung «aus dem Vermögen eines anderen» zurückzuerstatten ist
- Zwischen Vorteil und Busse muss Kausalzusammenhang bestehen
- Bereicherungsanspruch entfällt, wenn trotz Bereicherung auf der einen Seite keine Entreicherung auf der anderen Seite eingetreten ist

Meinung B -> Lehrbuch und BGer

- Nicht erforderlich ist, dass das Vermögen des Entreicherten aktuell geschmälert wird, dass also Entreicherung eintritt
- Es genügt, wenn die Bereicherung auf Kosten des anspruchsberechtigten Person geschieht
- Bereicherungsanspruch ist in Bestand und Umfang von Entreicherung unabhängig

II. Rückerstattungsanspruch

Durch Rücktritt wird der Vertrag ex tunc aufgelöst. Jede Partei hat Anspruch auf Rückerstattung bereits erbrachter Leistungen.

Traditionelle Meinung

- Konstituiert Rückerstattungsanspruch als Bereicherungsanspruch, der sich auf Rückleistungen in natura oder wenn dies unmöglich ist auf Wertersatz richtet
- Geht davon aus, dass Rechtsgrund für die erbrachten Leistungen nachträglich entfalle

Umwandlungstheorie (neuere Lehre und BGer)

- Betr. Verjährung: Rückforderung aus Art. 109 Abs. 1 wird den allgemeinen Verjährungsbestimmungen des Art. 127 (nicht Art. 67 Abs. 1) unterstellt
- Rücktritt führt zu einer inhaltlichen Umgestaltung des Vertragsverhältnisses, das zunächst als vertragliches Abwicklungsverhältnis (Liquidationsverhältnis) fortbesteht
- Unerfüllte Leistungspflichten gehen für Zukunft unter
- Geleistete Leistungen begründen obligatorische Rückleistungspflichten: jede Partei wird verpflichtet, das Erhaltene entweder in natura zurückzugeben oder – wo Rückgabe in natura ausgeschlossen ist – wertmässig zurückzuerstatten
- So oder anders sind Rückleistungspflichten aber vertraglicher Natur, also weder Pflichten aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 ff.) noch sachenrechtliche Herausgabepflichten (ZGB 641 Abs. 2)
- Erst mit Erfüllung (Zug um Zug) wird der vorvertragliche Zustand hergestellt
- Stellt klar, dass die volle Leistung – unbeeinflusst von Art. 64 – zurückgefordert werden kann, was im Fall eines Rücktritts angemessen und von der Sache gefordert ist

III. Anwendung des Art. 63 Abs. 1 bei synallagmatischen Schuldverträgen

Unwirksamer synallagmatischer Schuldvertrag ohne Irrtum über Schuldpflicht mit freiwilliger Leistung

- Nach Wortlaut von Art. 63 Abs. 1 steht kein Bereicherungsanspruch zu
- Stossendes Ergebnis, wenn die Gegenpartei – gestützt auf die Unwirksamkeit des Vertrags – entweder die eigene Leistung verweigert oder die schon erbrachte Leistung mit Erfolg zurückverlangt (vindiziert oder kondiziert)
- Art. 63 Abs. 1 kommt in solchem Fall nicht zur Anwendung, soweit er den Bereicherungsanspruch bei irrtumsfreier Leistung ausschliesst

5A. TEIL: HAFTPFLICHTRECHT

§18a Ausserververtragliches Haftpflichtrecht (Grundzüge)

I. Grundlage

1. Begriff und Kennzeichen

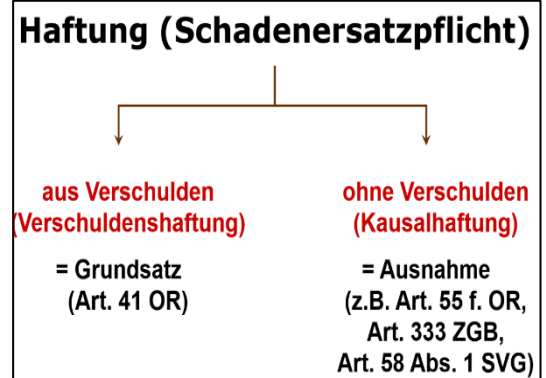
Begriff "Ausserververtragliche Haftpflicht"
 (=Deliktsrecht, Recht der deliktischen Haftung)

Haftpflicht (Haftung): Pflicht zur Leistung von Schadenersatz, also das Entstehenmüssen einer Person für Schädigungen, die bei einer anderen Person eingetreten sind.

Ausservertraglich: Fehlen einer Vertragsbeziehung zwischen den Beteiligten

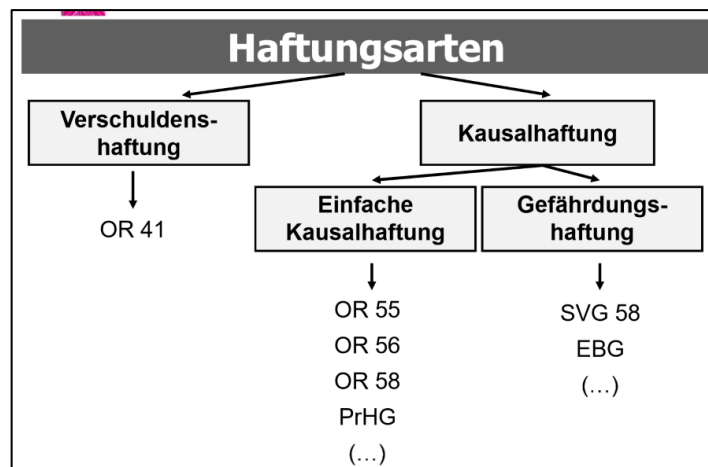
Kennzeichen

- Grundsatz "casum sentit dominus": Wer Schaden erleidet, muss ihn grundsätzlich selber tragen - es sei denn, eine Rechtsnorm sehe die Möglichkeit einer Überwälzung (Haftpflicht einer anderen Person) vor
- Ausgleichsfunktion: dem Geschädigten soll der erlittene Schaden ausgeglichen werden, wobei Grundsatz der Totalreparation (voller Schadensausgleich) und Bereicherungsverbot des Geschädigten gilt
- Grundsatz der Verschuldenshaftung nach Art. 41 Abs. 1 OR -> Schadenersatzpflicht setzt Verschulden voraus



2. Rechtsquellen: Art. 41-61 OR

- Grundsätzlich: Art. 41-61 OR
- Umfangreiche Nebengesetzgebung mit haftpflichtrechtlichem Inhalt (SVG, PrHG etc.)
- Teilgebiet des Haftpflichtrechts ist u.a. das Recht der Staatshaftung des Bundes und der Kantone

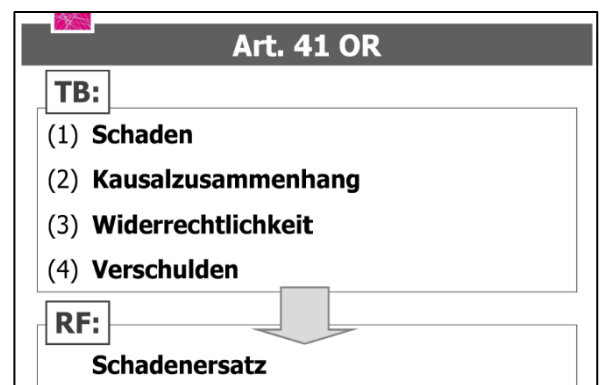


II. Der Tatbestand der Verschuldenshaftung

1. Übersicht

Voraussetzungen der Verschuldenshaftung nach **Art. 41 Abs. 1 OR**

- Schaden
- (natürlicher und adäquater) Kausalzusammenhang
- Widerrechtlichkeit
- Verschulden



2. Schaden

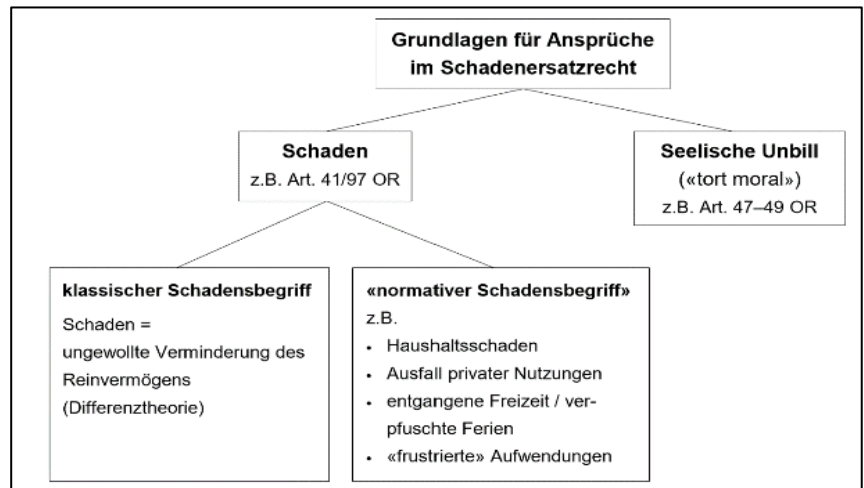
Differenztheorie

Schaden ist die Differenz zwischen dem gegenwärtigen, nach dem schädigenden Ereignis festgestellten Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.

natürlicher (faktischer) Schaden

Unfreiwillige Vermögensverminderung; Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven, Nicht-Vermehrung der Aktiven oder Nicht-Verminderung der Passiven.

Als Schaden ersatzfähig sind nur Vermögensschäden, d.h. Schäden, die in Geld messbar sind; bei Verletzung immaterieller Rechtsgüter kommt Genugtuungsanspruch infrage.



Normativer Schaden

Ziel ist es, den klassischen Schadensbegriff (Vermögensdifferenz) mittels wertender Gesichtspunkte einzuschränken oder auszudehnen, wenn dies vom Ergebnis her als gerechtfertigt erscheint.

Beispiele:

- Entgangene Nutzungsmöglichkeit (Kommerzialisierungsschaden)
- Nutzlose Aufwendungen (Frustrationsschaden)
- Haushaltsschaden -> bei Verletzung oder Tötung einer den Haushalt führenden Person
- Pflegeschaden (Betreuungsschaden)
- Unterhaltskosten für ungewollte oder behindert geborene Kinder
- Verlust einer Chance (perte d'une chance)

Grundsätzlich kann nur Schadenersatz fordern, wer durch das schädigende Ereignis selber direkt betroffen ist.

Reflexschaden (indirekter Schaden)

Wenn eine Person nur infolge ihrer besonderen Beziehung zum Direktgeschädigten eine Vermögenseinbusse erleidet. Diese werden nur ausnahmsweise ersetzt.

Unterscheidungen der Schäden

- Körperschäden: Beeinträchtigungen der körperlichen Integrität
- Sachschäden: Beeinträchtigung absolut geschützter Sachgüter, v.a. des Eigentums -> resultiert aus Beschädigung, Zerstörung oder Verlust einer Sache
- Reine Vermögensschäden (auch weitere Schäden genannt) -> hier liegt Haftungsvoraussetzung nur vor, wenn im konkreten Fall eine gesetzliche Schutznorm verletzt worden ist, die den Schutz des Vermögens vor Schäden der eingetretenen Art bezweckt!

Beweislast

Geschädigter muss Existenz und Umfang des Schadens beweisen. (Art. 42 Abs. 1 OR, Art. 8 ZGB)

Schadensberechnung

Ist die ziffernmässige Bestimmung der Schadenshöhe. Massgebend ist grundsätzlich der Zeitpunkt des Urteils der letzten Tatsacheninstanz.

- Grundsatz der Vorteilsanrechnung: wirtschaftliche (finanzielle) Vorteile für den Geschädigten mit innerem Zusammenhang zum schädigenden Ereignis werden in Schadensberechnung berücksichtigt
- Prinzip des Bereicherungsverbots: schliesst aus, dass dem Geschädigten eine Entschädigung zugestanden wird, die höher ist als der erlittene Schaden

Berechnungsmethoden (je nach Schadensart)

Körperverletzung (Art. 46 Abs. 1)

- Kosten: Behandlungs-, Heilungs-, Rettungs-, Transport-, Arzt-, Pflegekosten usw.
- Erwerbsausfall infolge Arbeitsunfähigkeit: konkrete individuelle Einbusse
- Nachteile durch Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens: Verminderung der Heiratsaussichten (Rest schon in Erwerbsausfall enthalten)

Tötung (Art. 45)

- Bestattungskosten
- Allf. Kosten der versuchten Heilung und Nachteile infolge der Arbeitsunfähigkeit vor dem Tod
- Versorgungsschaden

Sachschaden (hier je nach Reaktion des Geschädigten)

- Unternimmt nichts -> Kompensation: Ausgleich in der Höhe der Differenz zum mutmasslichen Verkaufswert
- Massnahmen zur Wiederherstellung des schadenfreien Zustands -> Ersatz der zerstörten oder Reparatur der beschädigten Sache = Restitution
- Ersatz von Folgeschäden: entgangener Gewinn, Mietkosten für ein beruflich benötigtes Auto etc.

3. Kausalzusammenhang

Kausalzusammenhang

Beziehung zwischen Schadenursache und dem eingetretenen Schaden (Erfolg).

Natürlicher Kausalzusammenhang

Umstand ist ursächlich, wenn er nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass auch der Erfolg entfiel (conditio sine qua non).

Adäquater Kausalzusammenhang

Ein natürlicher Kausalzusammenhang ist nur dann adäquat, wenn die Ursache nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allg. Lebenserfahrung an sich geeignet war, den eingetretenen Erfolg zu bewirken, sodass der Eintritt des Erfolges als durch die fragliche Tatsache allgemein begünstigt erscheint.

4. Widerrechtlichkeit

Funktion

Haftungsbegrenzung durch Unterscheidung von erlaubtem und unrechtmässigem Verhalten -> nur widerrechtliche Schädigung führt zur Haftung.

Begriff "Widerrechtlichkeit"

Verstoss gegen geschriebene oder ungeschriebene Verhaltensverbote oder -gebote der Rechtsordnung.

Rechtfertigungsgründe

Schliessen die Widerrechtlichkeit einer Handlung oder Unterlassung aus

- Rechtmässige Ausübung öffentlicher Gewalt
- Besondere privatrechtliche Befugnisse (z.B. Art. 302 Abs. 1 ZGB: Erziehungsrecht der Eltern)
- Einwilligung des Geschädigten (Art. 28 Abs. 2 ZGB)
- Notwehr (Art. 52 Abs. 1 OR, Art. 926 Abs. 1 ZGB)
- Notstand (Art. 52 Abs. 2 OR)
- Erlaubte Selbsthilfe (Art. 52 Abs. 3 OR, Art. 926 Abs. 2 ZGB)

5. Verschulden

Begriff "Verschulden"

Verhalten, das dem Handelnden persönlich zum Vorwurf gereicht -> verlangt, dass die widerrechtliche Schadenszufügung absichtlich und fahrlässig geschah.

Voraussetzung

Urteilsfähigkeit (genügt zur Deliktsfähigkeit, Volljährigkeit ist nicht erforderlich)

Erscheinungsformen

1. **Vorsatz:** Schädiger begeht mit Wissen und Willen eine widerrechtliche Handlung oder Unterlassung
2. **Fahrlässigkeit:** Schädiger hat es an der unter den gegebenen Umständen geforderten Sorgfalt fehlen lassen (pflichtwidrige Unsorgfalt) -> abgestellt wird auf ein hypothetisches Verhalten eines durchschnittlich sorgfältigen Menschen
 - **Übernahmeverschulden:** jemand übt eine Tätigkeit aus, ohne die dafür notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten -> müsste Handlung ganz unterlassen; handelt er trotzdem, haftet er für Schäden
 - **Gefahrensatz:** wer einen Zustand schafft und aufrechterhält, der andere Personen schädigen könnte, ist verpflichtet, die zur Vermeidung eines Schadens erforderlichen Vorsichtsmassnahmen zu treffen
 - **Abstufungen der Fahrlässigkeit:** grobe Fahrlässigkeit (Verstoss gegen elementare Sorgfaltspflichten), mittlere/gewöhnliche Fahrlässigkeit und leichte Fahrlässigkeit (geringfügiger Verstoss)

III. Der Tatbestand der Kausalhaftung

1. Im Allgemeinen

Verschuldenshaftung ist das typische; gehaftet wird grundsätzlich nur für Verschulden, sei es ausservertraglich (Art. 41 ff.) oder vertraglich (Art. 97 ff.). Innerer Grund für die Haftung ist ein vorwerfbares Verhalten des Schädigers.

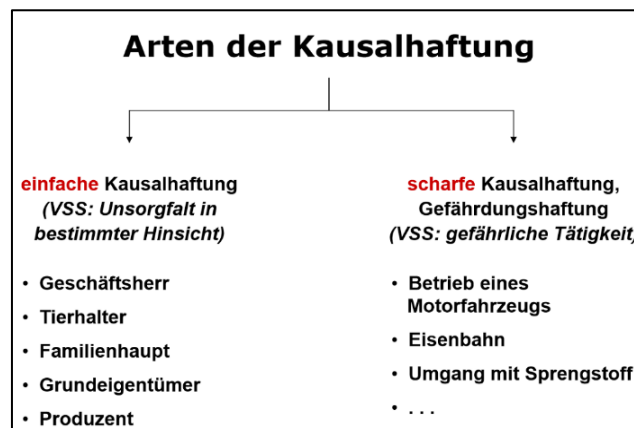
Kausalhaftung (= Haftung ohne Verschulden, verschuldensunabhängige Haftung)

Schadenersatzpflicht auch ohne Verschulden des Schädigers. Innerer Grund für die Haftung ist das Vorliegen eines typisierten Sachverhaltes, dessen Schadensrisiken das Gesetz nicht den Geschädigten belässt, sondern durch die Ersatzpflicht auf den Haftpflichtigen überwälzt.

Zwei Kategorien:

- **Einfache Kausalhaftung:** Ordnungswidrigkeit oder Unregelmässigkeit wird vorausgesetzt (z.B. Art. 55, 56, 58 OR)
- **Gefährdungshaftung:** qualifizierter, unvermeidbarer, jedoch im allgemeinen Interesse geduldeter Gefahrenzustand, mit dem das Risiko von besonders häufigen oder besonders schweren Schädigungen verbunden ist (z.B. Art. 58 SVG), objektive Unregelmässigkeit oder Ordnungswidrigkeit wird nicht vorausgesetzt

Die übrigen Voraussetzungen (Schaden/ bzw. immaterielle Unbill, Kausalzusammenhang, Widerrechtlichkeit) müssen stets erfüllt sein.



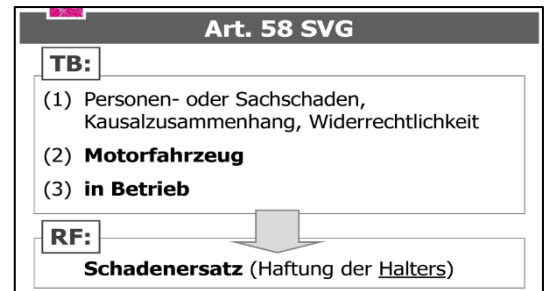
2. Beispiele für einfache Kausalhaftungen

1. Geschäftsherrenhaftung (Art. 55)
 - Haftung des Geschäftsherrn für unerlaubte Handlungen, welche die ihm unterstellten Hilfsperson begehen
 - Geschäftsherr: ist, wer eine Geschäftsbesorgung durch eine andere Person ausführen lässt, die ihm unterstellt ist (Subordinationsverhältnis)
 - Haftung entfällt, wenn der Geschäftsherr nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat
2. Produkthaftpflicht (PrHG)
 - Haftung der Herstellerin für die Inverkehrsetzung fehlerhafter Produkte und daraus folgende Schäden
 - Schaden muss durch fehlerhaftes Produkt verursacht worden sein
 - Ersetzt werden nur Personen- und Sachschäden
 - Verjährung und Verwirkung gem. Art. 9 und Art. 19 Abs. 1 PrHG
3. Weitere einfache Kausalhaftungen
 - Tierhalterhaftung (Art. 56)
 - Werkeigentümerhaftung (Art. 58)
 - Haftung des Familienoberhaupts (Art. 679 ZGB)



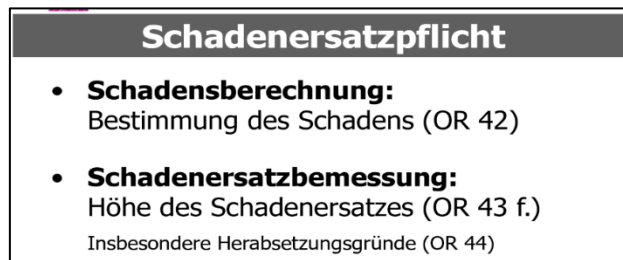
3. Beispiele für Gefährdungshaftungen

1. Haftung des Motorfahrzeughalters (Art. 58 SVG)
2. Weitere Gefährdungshaftungen
 - Haftpflicht des Luftfahrzeughalters
 - Haftung des Inhabers einer Kernanlage
 - Haftpflicht des Inhabers einer elektrischen Anlage



IV. Die Rechtsfolge: Schadenersatzpflicht

Bei Verschuldenshaftung (Art. 41 Abs. 1) und Kausalhaftung (z.B. Art. 55 OR) ist Rechtsfolge einheitlich: Schadenersatzpflicht.



1. Schadenersatzbemessung (Art. 43 und 44 OR)

Vorgehen der gerichtlichen Festsetzung einer Schadenersatzforderung

1. Schadensberechnung: ermittelt (maximal in Betracht kommenden) Schaden mit Differenztheorie
2. Ersatzbemessung: bestimmt, in welchem Umfang der Schädiger für den Schaden aufzukommen hat. Es gilt der Grundsatz der Totalreparation, jedoch hat das Gericht
 - Nach Art. 43 Abs. 1 die Grösse des Verschuldens und die Umstände zu würdigen
 - Nach Art. 44 zu prüfen, ob Herabsetzungsgründe vorliegen

Herabsetzungsgründe

- Bescheidenes Verschulden des Haftpflichtigen
- Selbstverschulden des Geschädigten (Art. 44 Abs. 1); liegt vor, wenn der urteilsfähige Geschädigte nicht genügend Sorgfalt und Umsicht zu seinem eigenen Schutz aufgewendet hat oder durch sein Verhalten den Schadensumfang vergrössert
- Mitwirkender Zufall und konstitutionelle Prädisposition (Letzteres ist die einem menschlichen Organismus eigene Anfälligkeit für Schädigungen oder seine Neigung zu anomal schweren Reaktionen auf Schädigungen)
- Gefälligkeit; insb. Bei unrichtiger Rats- und Auskunftserteilung ausserhalb eines Vertragsverhältnisses
- Besondere wirtschaftliche und soziale Stellung der Parteien; z.B. drohende Notlage des Haftpflichtigen (Art. 44 Abs. 2)

2. Art des Schadenersatzes (Art. 43 Abs. 1 OR)

Art des Ersatzes ist vom Gericht nach Billigkeit festzulegen; i.d.R. Geldersatz

- **Bei Körperverletzung und Tötung**
 - Betr. Erwerbsausfall/entgangener Gewinn: Indexierte Rente oder einmalige Kapitalabfindung (kapitalisierte Rente)
 - Betr. Andere Schadenspositionen (z.B. Heilungskosten): Kostenersatz
- **Bei Sachschaden**
 - i.d.R.: Schadenersatz in Geld
 - Ausnahme: Naturalersatz

3. Schadenszins (Art. 73 Abs. 1 OR)

Zum Schaden gehören 5 % Zins ab dem Zeitpunkt, in welchem sich das schädigende Ereignis finanziell ausgewirkt hat. Zweck: Geschädigten so stellen, wie wenn seine Ansprüche bereits im Moment der Schadenentstehung erfüllt worden wären.

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

1. Begriff

Genugtuung

Leistung (meist Geldsumme), welche der Wiedergutmachung eines immateriellen Nachteils dient -> Kompensationsgedanke, kein pönaler Charakter.

2. Voraussetzung

Überblick

1. Moralische Unbill (tort moral)
2. Übrige Voraussetzungen (wie bei Schadenersatzspruch):
 - Adäquater Kausalzusammenhang
 - Widerrechtlichkeit
 - Verschulden (nur bei Verschuldenshaftung, nicht aber bei Kausalhaftung)

Moralische Unbill

Immaterielle Beeinträchtigung mit einer gewissen Schwere als Resultat einer qualifizierten Persönlichkeitsverletzung, wie z.B. starke körperliche Schmerzen, seelisches Leid, Schmälerung des Lebensgenusses, Verminderung der Lebensfreude

- Bei Körperverletzung: starke Schmerzen oder bleibende Gesundheitsstörung, auch nahe Angehörige können einen eigenen Anspruch haben, wenn die Unbill aussergewöhnlich ist
- Bei Tötung: Verlust, den die Angehörigen erleiden, massgebend ist die Intensität der Beziehung
- Andere Persönlichkeitsverletzungen (Art. 49): objektiv schwere Verletzung, die auch vom Verletzten subjektiv als schwer empfunden wird

3. Art und Bemessung

Arten

- Meist Geldleistung (Art. 47 und 49 Abs 1) -> als Kapital oder Rente
- Andere Arten (Art. 49 Abs. 2) -> Entschuldigung, Aushändigung von Gegenständen

Bemessung

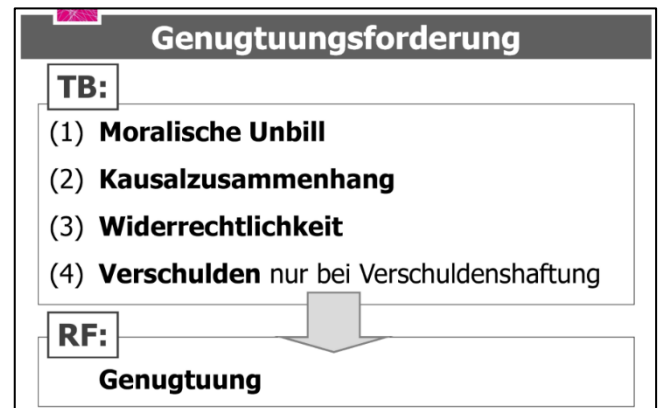
Soll angemessen (Art. 47) sein -> d.h. nach Recht und Billigkeit (Art. 4 ZGB). Faktoren sind:

- Intensität der immateriellen Unbill (Schwere der Verletzung, Ausmass und Dauer von Schmerzen etc.)
- Schwere des Verschuldens des Genugtuungspflichtigen
- Vorhandensein von Herabsetzungsgründen (wie beim Schadenersatz, Art. 44)

Bemessungszeitpunkt

umstritten, ob Unfalltag oder Tat des Urteils für Bemessung gelten soll.

Der Genugtuungssumme ist aber jedenfalls ein Genugtuungszins von 5 % ab Eintritt der immateriellen Unbill zuzufügen.



VI. Einzelfragen

1. Die Verjährung (Art. 60 OR)

Allgemeines

- Grundsatz: alle Forderungen sind verjährbar
- Mit Eintritt der Verjährung wird die Forderung (durch Zeitablauf) entkräftet: Schuldner erhält eine Einrede, mit der er sich gegen die gerichtliche Durchsetzung einer gegen ihn gerichteten Forderung wehren kann -> Gericht hat Klage bei Erhebung der Verjährungseinrede abzuweisen
- Allg. Verjährungsbestimmungen: Art. 127-142 OR
- Recht der unerlaubten Handlung enthält besondere Verjährungsregeln (Art. 60 OR und Art. 9 PrHG), die lex specialis sind

Allgemeine Verjährung von Forderungen aus unerlaubter Handlung (Art. 60 Abs. 1)

- Relative Frist von 3 Jahren beginnt, wenn der Geschädigte Kenntnis des Schadens und von der Person des Ersatzpflichtigen hat (so, dass Geltendmachung der Ansprüche vor Gericht mit Aussicht auf Erfolg möglich wäre)
- Absolute Frist von 10 Jahren beginnt von dem Tag an zu laufen, an welchem das schädigende Verhalten erfolgte oder aufhörte; unabhängig von Kenntnis des Schadenseintritts oder Ersatzpflichtigen
- Absolute Frist bei Personenschäden (bei Tötung eines Menschen oder KV) von 20 Jahren beginnt am Tag, an welchem schädigendes Verhalten erfolgte oder aufhörte

Art. 49 SchIT ZGB -> Übergangsrecht / Art. 132 OR -> Fristberechnung

2. Die Haftung mehrerer (Art. 50 f.)

Erfüllen mehrere Personen die Haftungsvoraussetzung, sind ihr Verhältnis zum Geschädigten (Aussenverhältnis) und ihr Verhältnis untereinander (Innenverhältnis) zu unterscheiden.

Aussenverhältnis: Grundsatz der Solidarität

Im Verhältnis zum Geschädigten (Aussenverhältnis) haften die Ersatzpflichtigen solidarisch:

- Echte Solidarität: mehrere Personen haben Schaden gemeinsam verursacht -> ausdrückliche Solidarschuldnerschaft nach Art. 50 Abs. 1
- Unechte Solidarität: mehrere Personen haften aus verschiedenen, voneinander unabhängigen Handlungen oder Rechtsgründen -> Einzelner haftet nur für Schaden, den er persönlich verursacht hat, nicht darüber hinaus

Der Gläubiger hat die Wahl, von allen Solidarschuldnern je nur einen Teil oder das Ganze zu fordern; alle Schuldner bleiben solange verpflichtet, bis die ganze Forderung getilgt ist (Art. 144).

Innenverhältnis: Regressrecht für Mehrleistungen

Im Innenverhältnis geht es um die definitive Aufteilung der Schadenslast unter den Haftpflichtigen. Nach der all. Regel von Art. 148 Abs. 2 steht dem Solidarschuldner, der dem Gläubiger mehr als seinen Teil bezahlt hat, ein Regressrecht (Rückgriffsrecht) gegen seine Mitschuldner zu; tritt in Rechtsstellung des Geschädigten ein (**Subrogation** oder **Legalzession**), Art. 149 Abs. 1

Konkrete Aufteilung

- Gemeinsam verursachter Schaden: einzelne Anteile werden nach richterlichem Ermessen bestimmt (Art. 50 Abs. 2)
- Haftung aus verschiedenen Rechtsgründen (mehrtypische Solidarität): Art. 51 Abs. 2 legt **Kaskadenordnung** fest:
 - In erster Linie haftet derjenige, der den Schaden durch unerlaubte Handlung verschuldet hat
 - Zweite Linie: der aus Vertrag Ersatzpflichtige (z.B. Schadensversicherer)
 - Zuletzt: Verantwortlicher aus Kausalhaftung

3. Die Staatshaftung

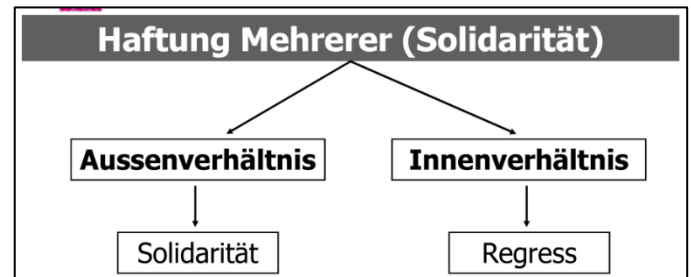
Der Staat kann nach öffentlichem Recht oder nach Privatrecht schadenersatzpflichtig werden. Art. 61: amtliche Verrichtungen und gewerbliche Verrichtungen.

Amtliche Verrichtungen

- Art. 41 ff kommen nur zur Anwendung, wenn Bund und Kantone keine abweichenden Bestimmungen erlassen haben (Art. 61 Abs. 1)
- Für Schäden, die durch amtliche Verrichtung von Bundesangestellten entstehen, gilt das Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes (VG)
 - Staat haftet nicht neben, sondern anstelle der fehlbaren Beamtin (ausschliessliche Staatshaftung) Art. 3 VG)
 - Staat steht der Rückgriff auf die Beamtin offen, falls sie ein grobes Verschulden trifft. Art. 7 VG
 - VG sehen oft Kausalhaftung vor (Bund Art. 3 VG), legen Verjährung und allfällige Verwirkung der Schadenersatzforderung (Art. 20 ff VG) und Rechtsweg (Art. 10 VG) fest

Gewerbliche Verrichtung

- Liegt bei gewinnorientierter Tätigkeit vor
 - Kantone können keine von privatrechtlichen Normen abweichenden Haftungsregeln erlassen (Art. 61 Abs. 2)
- Staat haftet nach Bestimmungen des (Bundes-)Privatrechts



		Normativer Schaden	73
A		O	
absichtliche Täuschung	39	Obligation	8
Absolute Rechte	9		
AGB	46	R	
Annahme	24	Realbelastung	10
Annahmeerklärung	24	Realobligation	10
Annahmefrist	23	Rechtsgeschäft	11
Antrag	22	Reflexschaden	73
Antrag mit Vorbehalt des Widerrufs	24		
Antrag ohne Verbindlichkeit	24	S	
Ausdrückliche und stillschweigende Erklärung	13	Schadenersatzpflicht	76
Auslegung	52	Schadensberechnung	73
Auslegungsmittel	52	Schuld	10
Auslegungsregeln	52	Schuldhaftung	11
Ausservertragliche Haftpflicht	72	Schuldrechtlicher Vertrag	15
		Schuldverhältnis	11
B		Schuldvertrag	15, 16
Bestätigungsschreiben	50	Schweigen auf einen Antrag	24
Bestimmtheit	22	Simulation	45
		sittenwidrig	32
D		Staatshaftung	78
Differenztheorie	73	Statusvertrag	15
Diskrepanz	45	Stellvertretung	58
Dissens	21		
		T	
E		Tatsächlicher/innerer/natürlicher Konsens	20
Einrede	9	Teilnichtigkeit	33
einseitige Unverbindlichkeit	40		
Empfangsbedürftigkeit	14	U	
		Übervorteilung	35
F		Ungewöhnlichkeitsregel	48
Faktische Vertragsverhältnisse	17	unmöglicher Inhalt	31
Forderung	8	UWG	49
Formfreiheit	27		
Formvorschriften	27	V	
Furchterregung	39	Verfügungsvertrag	15
		Verhandlungsvertrag	43
G		Verjährung	77
Genugtuung	77	Verjährungseinrede	10
Gerichtsstandsklauseln	48	Vertrag zu Gunsten Dritter	15
Gesellschaftsvertrag	17	Vertraglich vorbehaltene Form	30
Gestaltungsrechte	9	Vertragsabschluss	19
Grundrechte	32	Vertragsergänzung	54
		Vertragsfreiheit	31
I		Vertragsparteien	19
Inhaltsfreiheit	31	Vertragsverhandlungen	42
Innominatverträge	16	Vertrauensprinzip	14
Irrtum	35	Vertretungswirkung	58
		Vollmacht	59
K			
kaufmännisches Bestätigungsschreiben	50	W	
Kausalhaftung	75	wesentlichen Vertragspunkte	21
Konkludentes (schlüssiges) Verhalten	13	widerrechtlicher Inhalt	32
Konsumentenvertrag	16	Widerruf von Antrag oder Annahme	25
		Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften	25
M		Willensdissens	21
Mängel	19	Willenserklärung	11, 13
		Willensmängel	35
N		Z	
Nichtigkeit	33	Zusendung einer unbestellten Sache	24
Nominatverträge	16		

Gauch / Schluep / Emmenegger

OR AT

**Schweizerisches Obligationenrecht
Allgemeiner Teil**

11. Teil

Band II

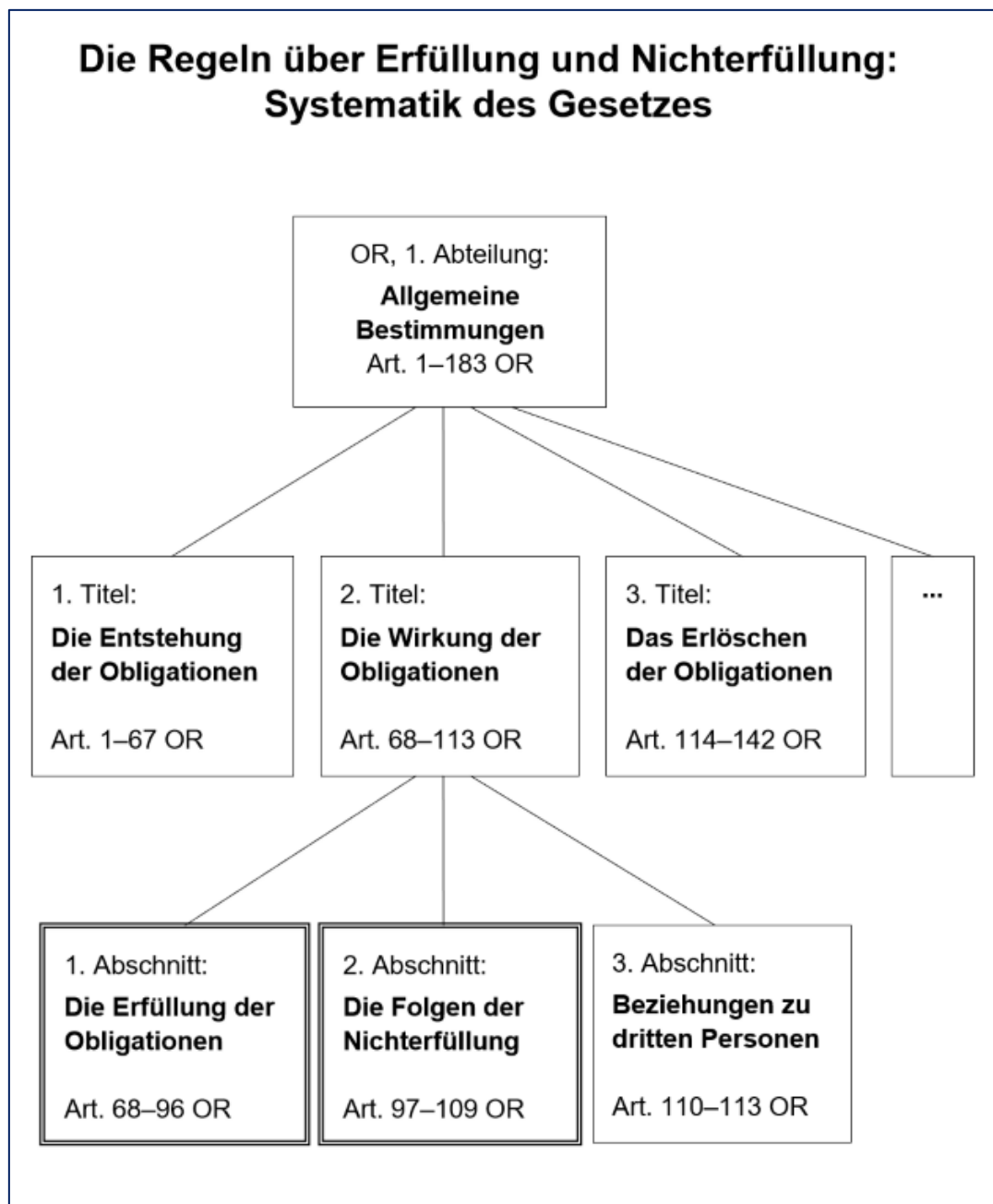
6. TEIL: ERFÜLLUNG DER OBLIGATION	5
§19 Vorbemerkungen	6
I. Erfüllung.....	6
§20 die richtige Erfüllung	7
I. Person des Leistenden (Art. 68 OR).....	7
II. Person des Leistungsadressanten (Leistungsempfängers).....	7
III. Der Ort der Erfüllung (Art. 74)	7
IV. Die Zeit der Erfüllung (Art. 75 ff.)	8
V. Gegenstand der Erfüllung (Art. 69-73 OR)	10
§22 Die Mitwirkungshandlung der Gläubigerin	12
I. Das Recht auf Quittung (Art. 88 OR).....	12
II. Gläubigerverzug (Annahmeverzug), Art. 91-95 OR	12
7. TEIL: LEISTUNGSSTÖRUNGEN	13
§23 Einleitung	14
I. Grundlagen	14
II. Folgen einer Leistungsstörung (Überblick).....	14
III. Erfüllungszwang im Besonderen	15
§24 Die Leistungsunmöglichkeit	17
I. Leistungsunmöglichkeit mit Verantwortung des Schuldners (Art. 97 Abs. 1).....	17
II. Leistungsunmöglichkeit ohne Verantwortung des Schuldners (Art. 119).....	17
III. Vertiefung: objektive und subjektive Unmöglichkeit	18
IV. Einzelfragen	20
§25 Die positive Vertragsverletzung	22
I. Begriff.....	22
II. Tatbestand	22
III. Rechtsfolgen	22
IV. Fallgruppen.....	23
V. Beweislast.....	24
§26 Der Schuldnerverzug	25
Kurze Zusammenfassung des Schuldnerverzugs	25
I. Tatbestand	26
II. Rechtsfolgen	27
III. Der Tatbestand der Mahnung im Besonderen	29
IV. Die Rechtsfolge der Wahlrechte im Besonderen	30
V. Einzelfragen	34
§27 Schaden und Schadenersatz	36
I. Schadensbegriff	36
II. Schadenselemente.....	37
III. Schadensarten	37
IV. Berechnungsarten des Schadens.....	38
V. Umfang des Schadenersatzes.....	39
VI. Zeitpunkt der Schadensermittlung.....	40
VIII. Konkurrenzfragen	40
§28 Die Kausalität	42
I. natürliche und adäquate Kausalität.....	42
II. weitere Ausdifferenzierungen	42
III. Beweislast	43
§29 Die Verantwortlichkeit	43

I. Verantwortlichkeit aus Verschulden	43
II. Verantwortlichkeit ohne Verschulden.....	45
III. Verantwortlichkeit für Hilfspersonen im Besonderen, Art. 101.....	45
IV. Haftungsmodifikationen	48
8. TEIL: ERLÖSCHEN DER OBLIGATION.....	49
§30 Übersicht über die Erlöschensgründe.....	50
I. Erfüllung.....	50
II. Erlöschgründe des Dritten Teils des OR.....	50
III. Weitere Erlöschgründe	50
§31 Einzelne Erlöschensgründe	51
I. Übersicht.....	51
II. Aufhebung durch Übereinkunft (Art. 115)	51
III. Neuerung / Novation (Art. 116 f.).....	52
IV. Vereinigung / Konfusion (Art. 118).....	54
V. Unmöglichwerden einer Leistung ohne Verantwortung des Schuldners (Art. 119)	54
VI. Verrechnung / Kompensation (Art. 120 ff.).....	54
§32 Verjährung (Art. 127 ff.)	56
I. Begriff und Merkmale	56
II. Voraussetzungen der Verjährung	56
III. Wirkung der Verjährung	60
IV. Einzelfragen	60
9. TEIL: ABTRETUNG UND SCHLDÜBERNAHME	62
§33 Abtretung einer Forderung.....	63
I. Vom Gläubigerwechsel im Allgemeinen	63
II. Abtretung als Verfügungsvertrag	63
V. Rechtswirkungen der gültigen Abtretung	64
VI. Gewährleistungspflicht der Zedentin (Art. 171-173)	66
VII. Einzelfragen	66
§ 34 Schuldübernahme	68
I. Vom Schuldnerwechsel im Allgemeinen	68
II. Interne Schuldübernahme (Art. 175).....	68
III. Externe Schuldübernahme (Art. 176)	69
§ 35 Mehrzahl von Gläubigerinnen und Schuldnern	71
IV. Die Solidarschuldnerschaft im Besondern (Art. 143-149).....	71
§36 Sicherung von Forderungen.....	73
II. Vereinbarung einer Konventionalstrafe (Art. 160-163)	73
III. Haftungs- und Reugeld (Art. 158)	76
§ 37 Vertrag zu Gunsten und zu Lasten Dritter (Art. 111-113)	77
I. Übersicht.....	77
III. Garantievertrag (Vertrag zu Lasten Dritter), Art. 111	79
§ 38 Bedingungen.....	81
I. Begriff.....	81
II. Erscheinungsformen	81
III. Zulässigkeit und Unzulässigkeit von Bedingungen	82
IV. Rechtslage.....	82
V. Abgrenzungen.....	83

Prüfungsnotiz:

Picasso-Fall und Feinblech-Fall kommen oft an Prüfungen (Unterlage ? und 69 + 68)

6. TEIL: ERFÜLLUNG DER OBLIGATION



§19 Vorbemerkungen

I. Erfüllung

Ist die richtige Erbringung der geschuldeten Leistung. Diese Richtigkeit bestimmt sich:

- Nach der *Person* des Leistenden und des Leistungsadressen (wer-wem)
- Nach dem *Gegenstand* der Leistung (was)
- Nach *Ort und Zeit* der Leistung (wo, wann)

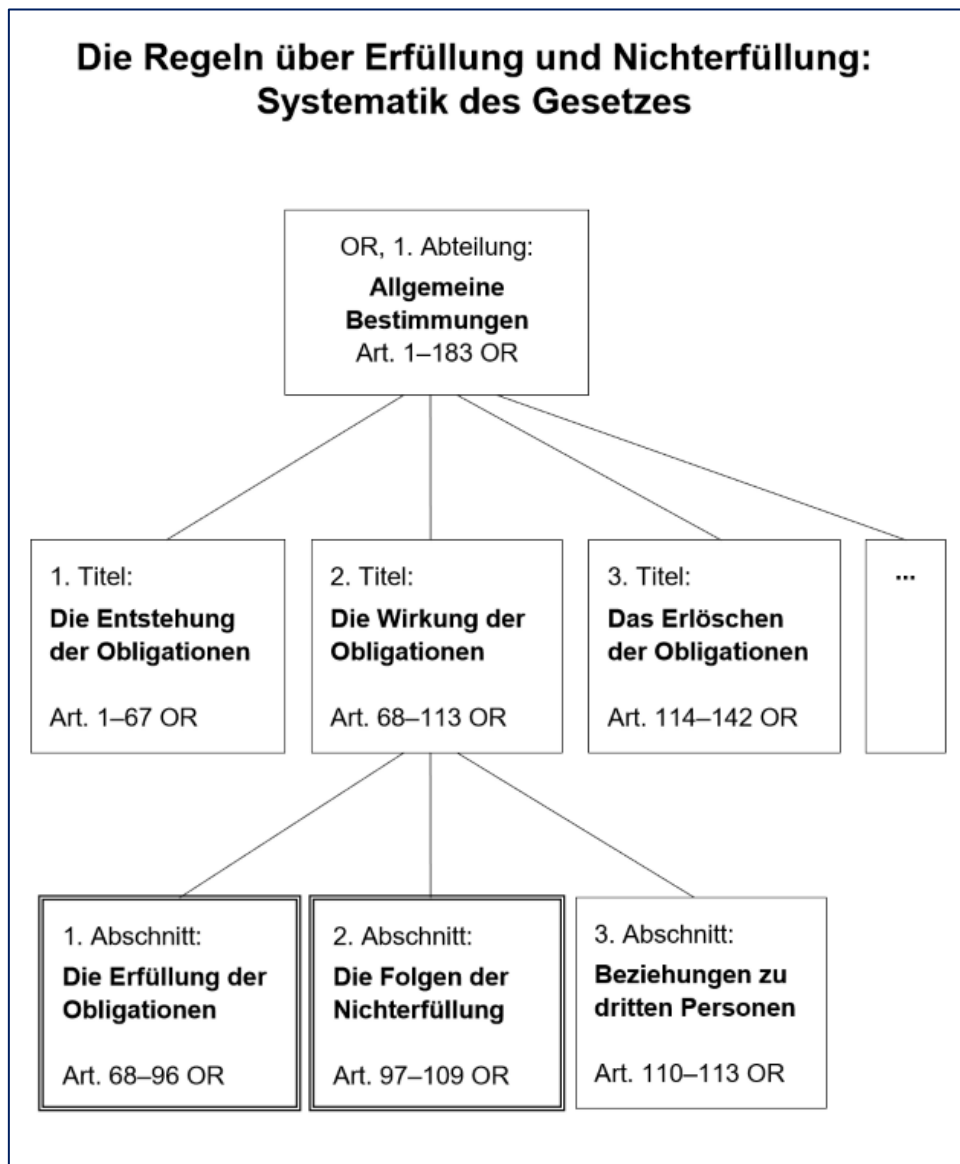
→ Wer schuldet wem was woraus?

Gesetzliche Bestimmungen zur Erfüllung der Obligationen: Art. 68-96 OR

- «Obligationen» sind grundsätzlich alle Obligationen, ungeachtet ihres Entstehungsgrundes (also nicht nur Vertragsobligationen)
- Gesetz regelt auch Mitwirkungspflichten des Gläubigers (Art. 91-96 und 88 OR)
- Die gesetzlichen Regeln sind dispositives Recht; abweichende Parteiabreden sind vorbehalten sowie können Sonderregeln des speziellen Teils des OR (zB Art. 321 OR) und Bestimmungen des WKR sie ergänzen oder verändern

Folge der richtigen Erfüllung (Art. 114 Abs. 1 OR)

- Durch die richtige Erfüllung wird die Obligation (Forderung) getilgt und geht damit unter
- Erbringt nicht der Schuldner, sondern ein Dritter der Gläubigerin die Leistung, besteht die Rechtsfolge ausnahmsweise nicht in Tilgung, sondern im Übertrag der Forderung auf den leistenden Dritten (Subrogation)



§20 die richtige Erfüllung

I. Person des Leistenden (Art. 68 OR)

1. Grundsatz: Keine Pflicht zur persönlichen Leistung

«Der Schuldner ist nur dann verpflichtet, persönlich zu erfüllen, wenn es bei der Leistung auf seine Persönlichkeit ankommt»

- Bei Arbeitsleistungen wird Grundsatz umgedreht, da es hier regelmässig auf Person des Leistenden ankommt (Art. 321, 364 Abs. 2 und 398 Abs. 3 OR)
- Selbst bei persönlich zu erbringender Leistung ist der Beizug von Hilfspersonen (Erfüllungsgehilfen) nach Art. 101 OR regelmässig zugelassen, so im Werkvertragsrecht und im Auftragsrecht
- Ein Dritter kann die Leistung auch ohne den Willen des Schuldners (Intervention) oder gar gegen den Willen des Schuldners vornehmen (siehe unten: Verhältnis des leistenden Dritten zum Schuldner)
- In Sonderfällen geht durch die Leistung des Dritten die Schuld nicht unter, sondern die Rechte des befriedigten Gläubigers gehen auf den leistenden Dritten über (Subrogation; Art. 110 OR)
 - o Wichtiger Anwendungsfall der Subrogation: wenn jemand eine für eine fremde Schuld verpfändete Sache einlöst, an der ihm das Eigentum oder ein beschränktes dingliches Recht zusteht

2. Verhältnis des leistenden Dritten zum Schuldner

Im Verhältnis des leistenden Dritten zum Schuldner sind drei Fälle zu unterscheiden, wobei der Dritte immer eine fremde Schuld erfüllt, und keine Schuldübernahme vorliegt:

1. Der Dritte leistet mit Willen des Schuldners (Regelfall: Dritter leistet, wenn er durch die Leistung eine Verpflichtung gegenüber dem Schuldner erfüllt; möglich ist auch Leistung aus Gefälligkeit (Beispiele im Buch RZ 2049))
2. Der Dritte leistet ohne (aber nicht gegen den) Willen des Schuldners (Intervention): Ermächtigung des Dritten ist nicht erforderlich (Handelt zB, um den Schuldner zu beschenken oder als Geschäftsführer ohne Auftrag (Art. 419 ff) -> bei echter Geschäftsführung ohne Auftrag (ist im Interesse des Schuldners) trifft Schuldner Rückerstattungspflicht nach Art. 422, bei unechter nur Rückerstattungspflicht im Rahmen einer allf. Bereicherung (Art. 423 Abs. 2), Beispiele im Buch RZ 2052)
3. Der Dritte leistet gegen den Willen des Schuldners: dennoch befreiende Wirkung, bei Widerspruch des Schuldners darf aber Gläubigerin Annahme verweigern, ohne in Gläubigerverzug zu geraten

II. Person des Leistungsadressanten (Leistungsempfängers)

- Ergibt sich auch aus Entstehungsgrund der Obligation
- Grundsatz: es ist dem Gläubiger zu leisten; die Leistungen an einen Dritten ist grundsätzlich keine Erfüllung
- Ausnahmen (siehe genauer Buch RZ 2047 ff), wenn...
 - o der Vertrag,
 - o eine nachträgliche Weisung des Gläubigers,
 - o das Gesetz oder
 - o Gerichtsspruch den Schuldner zur Leistung an den Dritten ermächtigt oder verpflichtet

III. Der Ort der Erfüllung (Art. 74)

Erfüllungsort

Ist derjenige Ort, an dem der Schuldner seine Leistungshandlung vorzunehmen hat.

- Häufig fallen Erfüllungsort und Erfüllungsort zusammen
- Gibt aber auch andere Fälle; Hauptbeispiel ist Versandungsschuld (Schickschuld) beim Distanzkauf: Schuldner hat gemäss Vertrag die Nebenleistungspflicht, die Kaufsache vom Erfüllungsort aus zu versenden - > Erfüllungsort ist Versandungsort
- Ort der Erfüllung ergibt sich primär aus Vertrag (ausdrücklich oder stillschweigend, Art. 74 Abs. 1 OR)
- Sagt Vertrag nichts zum Erfüllungsort, gilt **Art. 74 Abs. 2 OR**:
 - o Geldschulden sind Bringschulden: sind am Ort zu zahlen, wo Gläubiger zur Erfüllzeit sein Wohnsitz hat (Ziff. 1)
 - o Eine bestimmte Sache ist an dem Ort zu leisten/übergeben, wo sie sich zur Zeit des Vertragsabschlusses befand (Ziff. 2)
 - o Andere Verbindlichkeiten sind an dem Ort zu erfüllen, wo der Schuldner zur Zeit ihrer Entstehung seinen Wohnsitz hatte (Ziff. 3)

(Für den Fall der nachträglichen Wohnsitzveränderung des Gläubigers vgl. Sonderregel von Art. 74 Abs. 3 OR)

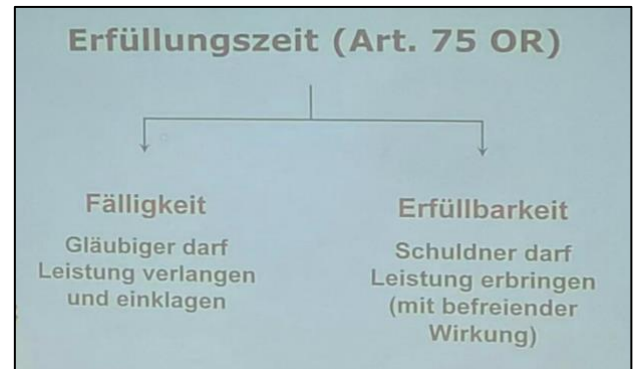
IV. Die Zeit der Erfüllung (Art. 75 ff.)

1. Allgemeines

Für die Erfüllungszeit sind zwei verschiedene Aspekte zu berücksichtigen: Fälligkeit und Erfüllbarkeit. Für beide gelten Art. 75 ff. OR; wiederum ist vorweg Parteiabrede zu beachten, bei deren Fehlen gilt dispositives Gesetzesrecht.

Erfüllbarkeit

Bedeutet, dass der Schuldner die Leistung erbringen darf und sich damit befreit bzw. dass der Gläubiger bei Weigerung der Entgegennahme der Leistung in Annahmeverzug gerät = Zeit, da der Schuldner das Recht hat, die Leistung mit Erfüllungswirkung zu erbringen.



Fälligkeit einer Forderung (oft als Anspruch bezeichnet)

Bedeutet, dass der Gläubiger die Leistung einfordern und (im Fall der Nichtleistung) einklagen darf = Zeit, da die Gläubigerin das Recht hat, vom Schuldner die Leistung zu verlangen. Zeitpunkt, an/ab dem der Gläubiger die Leistung einfordern darf, ist der Fälligkeitstermin.

- Mit Fälligkeitseintritt ist es Gläubiger freigestellt, wann sie die Leistung erheben will
- Solange Gläubiger Leistungsforderung unterlässt, braucht dieser nicht zu leisten; Fälligkeit begründet keine Pflicht zur unaufgeforderten Leistung
- Mit Fälligkeit beginnen häufig Verjährungsfristen an zu laufen (Art. 130 Abs. 1)
- Fälligkeit kann nicht vorliegen, wenn das Bestehen der Forderung noch von einer Genehmigung oder Bedingung abhängt
- ohne Vertragsabrede: Erfüllung kann sofort gefordert werden, also «sogleich» (Art. 75 OR)
- Trotz dieser sofortigen Leistungspflicht ist dem Schuldner immerhin eine vernünftige Frist zu gestatten, deren er nach Treu und Glauben bedarf, um die Leistung bereitzustellen und zu erbringen (Art. 33 lit. C WKR)
- Sonderregeln des BT beachten (zB Art. 213 Abs. 1 OR)

Technik der Zeitbestimmung

Absolute Bestimmung (dies certus quando)

Die Bestimmung der Erfüllzeit erfolgt anhand eines absoluten Zeitmassstabs, d.h. kalendermässig. Sie kann direkt und indirekt sein:

- *Direkte Bestimmung*: legt den Zeitpunkt der Erfüllung unmittelbar fest (zB Erfüllung am 12.10, am 1. Advent oder auf Ende Monat)
- *Indirekte Bestimmung*: Erfüllungszeitpunkt ergibt sich nur durch zusätzliche Ermittlungen (zB Erfüllung in 1 Jahr oder an meinem 25. Geburtstag)

Das Gesetz stellt Auslegungsregeln zur Verfügung: zB. Art. 76-78.

Relative Bestimmung (dies incertus quando)

Die Bestimmung der Erfüllzeit wird auf ein Ereignis oder einen Zustand abgestellt, das/der sich kalendermässig nicht fixieren lässt (weil ungewiss). Beispiele: vertragliche Kündigung (Art. 102 Abs. 2), am dritten Tag nach Heirat, Zug um Zug mit Gegenleistung.

Zeitliche Modalitäten der Erfüllung

Der effektive Erfüllungsvorgang hängt in zeitlicher Hinsicht von der Natur der Forderung ab:

1. ist ein *Unterlassen (Nichttun) oder Dulden* (Unterlasse einer Reaktion) geschuldet, ist der Erfüllungsvorgang i.d.R. von Dauer (zB Einhaltung eines Konkurrenzverbots, Dulden des Gebrauchs einer Mietsache)
2. ist ein *Tun* geschuldet, sind folgende Modalitäten möglich:
 - o Erfüllung durch einmaligen Vorgang (zB Zahlung, Lieferung)
 - o Erfüllung durch Reihe gleichartiger Vorgänge (zB Ratenzahlung, Sukzessivlieferung)
 - o Fortgesetzte Leistung, die sich über längeren Zeitraum erstreckt; entweder ist Leistung kontinuierlich oder mit Unterbrüchen geschuldet (zB Arbeitsleistung während Arbeitszeit, Heilbehandlung durch Arzt)

2. Bestimmung der Fälligkeit und der Erfüllbarkeit

Art. 75

«Ist die Zeit der Erfüllung weder durch Vertrag noch durch die Natur des Rechtsverhältnisses bestimmt, so kann die Erfüllung sogleich geleistet und gefordert werden.»

Bestimmung durch Vertrag (Art. 75)

- Den Parteien steht es frei, über Fälligkeit und Erfüllbarkeit durch Vertrag zu bestimmen (zB Fälligkeitstermin oder Beginn der Erfüllbarkeit festlegen)
- Auch steht es ihnen frei, durch Stundungsvertrag den Eintritt der Fälligkeit hinauszuschieben oder die eingetretene Fälligkeit für eine bestimmte Frist wieder aufzuheben
- Das Gesetz stellt zur Sinnermittlung vertraglicher Bestimmungen Auslegungsregeln zur Verfügung (zB Art. 80 und 81 Abs. 1)

Bestimmung durch die «Natur des Rechtsverhältnisses» (Art. 75)

Regel betrifft ausschliesslich Vertragsobligationen und weist den Richter an, den Vertrag (nach hypothetischem Parteiwillen) zu ergänzen. Beispiel: Wer sich zur Fotoreportage an Fussballmatch verpflichtet, kann nur während Match leisten -> Seine Schuld wird nach mutmasslichem Willen der Parteien erst fällig und erfüllbar mit Spielbeginn.

Bestimmung durch das Gesetz

Allgemeine Regeln

Gelten für den Fall, dass sich die Erfüllungszeit dem tatsächlichen oder hypothetischen Willen der Parteien nicht entnehmen lässt und es an einschlägigen Sonderregeln fehlt.

1. **Fälligkeit (Art. 75).** Mit Entstehung werden alle Obligationen sogleich fällig, kommt bei Vertragsobligationen oft nicht zum Zug, weil sich Erfüllzeit durch Natur des Rechtsverhältnisses bestimmen lässt. Sogleich ist der Zeitpunkt, der sich nach Treu und Glauben aus dem Zeitbedarf des Schuldners für Leistungserbringung ergibt.
2. **Erfüllbarkeit (Art. 81 Abs. 1).** sofortige Fälligkeit impliziert sofortige Fälligkeit. Tritt Fälligkeit in Zeitpunkt nach Obligationentstehung, bleibt es bei der sofortigen Erfüllbarkeit.

Sonderregeln

Gesetzliche Sonderregeln gehen den allgemeinen Vorschriften der Art. 75 und 81. Abs. 1 vor und sind über das ganze Gesetz verstreut.

- Art. 213 Abs. 1:
Ist kein anderer Zeitpunkt bestimmt, so wird der Kaufpreis mit dem Übergange des Kaufgegenstandes in den Besitz des Käufers fällig.
- Art. 257c:
Der Mieter muss den Mietzins und allenfalls die Nebenkosten am Ende jedes Monats, spätestens aber am Ende der Mietzeit bezahlen, wenn kein anderer Zeitpunkt vereinbart oder ortsüblich ist.
- Art. 318, 475 Abs. 1, 476 Abs. 1

3. Relativierung der Fälligkeit durch Art. 82 und Art. 83

Ist eine Forderung fällig, kann die Gläubigerin deren Erfüllung verlangen. Diese Rechtslage wird relativiert durch die Regel «Zug um Zug» (Art. 82) und das Zurückhaltungs- und Rücktrittsrecht nach Art. 83.

Zug um Zug-Regel (Art. 82 OR)

Wer bei einem zweiseitigen Vertrage den andern zur Erfüllung anhalten will, muss entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, dass er nach dem Inhalte oder der Natur des Vertrages erst später zu erfüllen hat.

Fälligkeit relativiert durch **Art. 82 OR**, der den Fall eines vollkommenen zweiseitigen Vertrags (synallagmatischen Vertrag) betrifft: wer die Gegenseite zur Erfüllung anhalten will, muss entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten (ausser andere Vertragsabrede oder Natur des Vertrags).

Hat die Gläubigerin die Gegenleistung weder erbracht noch real angeboten, kann der Schuldner die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erheben -> aufschiebende Einrede, die bewirkt, dass der Schuldner die geforderte Leistung bis zur Erbringung oder zum Anbieten der Gegenleistung zurückbehalten darf.

Voraussetzungen

- Es liegt ein vollkommener zweiseitiger Vertrag i.S.v. Art. 82 OR vor (vollkommen zweiseitiger/synallagmatischer Vertrag)
 - o *Synallagmatischer Vertrag:* Vertrag, bei dem sich die Leistungen als genetisch und funktionell verknüpfte Vertragspflichten gegenüberstehen.
- Beide Leistungen sind fällig
- Schuldner ist nicht vorleistungspflichtig
- Der fordernde Gläubiger hat seine eigene Leistung weder erbracht, noch genügend angeboten -> bloss mündliche Zusicherung (Verbaloblation) genügt nicht, sondern muss alle Vorbereitungsveranstaltungen für Erfüllung real veranlasst haben (Realoblation)

Anwendungsbereich des Art. 82 OR

1. Fehlt es an Austauschverhältnis oder ist es ein unvollkommener zweiseitiger Vertrag, findet Art. 82 keine Anwendung -> Gesetzeslücke durch Leistungsverweigerungsrecht (bis Gegenleistung erbracht wird) gefüllt (= obligatorisches Retentionsrecht)
2. findet analoge Anwendung auf bestimmte Rückabwicklungsverhältnisse
3. Klagt Gläubigerin auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung, steht dem Schuldner die Einrede des Art. 82 offen
4. Auch für Dauerschuldverhältnisse (Januarlohn für Arbeitsleistung im Januar)
5. Weitere im Lehrbuch RZ 2216-2228

Nachträgliche Zahlungsunfähigkeit einer Partei bei zweiseitigen Verträgen (Art. 83 OR)

1 Ist bei einem zweiseitigen Vertrag der eine Teil zahlungsunfähig geworden, wie namentlich, wenn er in Konkurs geraten oder fruchtlos gepfändet ist, und wird durch diese Verschlechterung der Vermögenslage der Anspruch des andern gefährdet, so kann dieser seine Leistung so lange zurückhalten, bis ihm die Gegenleistung sichergestellt wird.

2 Wird er innerhalb einer angemessenen Frist auf sein Begehren nicht sichergestellt, so kann er vom Verträge zurücktreten.

Rechtsfolgen sind:

- Zurückbehaltungsrecht (Abs. 1): bis zur Sicherstellung der Gegenleistung kann Schuldner die eigene Leistung trotz eingetretener Fälligkeit verweigern
- Besonderes Rücktrittsrecht (Abs. 2): wird trotz seines Begehrens nicht innerhalb angemessener Frist sichergestellt, ist Schuldner zum Vertragsrücktritt berechtigt; bereits erbrachte Leistungen sind im Rahmen eines vertraglichen Rückabwicklungsverhältnisses zurückzuerstatten, der Zahlungsunfähige wird nicht schadenersatzpflichtig!

Art. 82 OR: Die Regel „Zug um Zug“		Art. 83 OR: Folgen einseitiger Zahlungsunfähigkeit	
A			
Tatbestand	Rechtsfolge	Tatbestand	Rechtsfolge
<ul style="list-style-type: none"> - (vollkommen) zweiseitiger Vertrag - Beide Leistungen sind fällig - Partei B ist nicht vorleistungspflichtig - Partei A hat erfüllt oder Erfüllung angeboten 	⇒ A kann von B Erfüllung verlangen	<ul style="list-style-type: none"> - (vollkommen) zweiseitiger Vertrag - Partei A ist zahlungsunfähig geworden. - Dadurch wird der Anspruch von Partei B gefährdet. 	<ul style="list-style-type: none"> - Recht der Partei B, ihre Leistung zurückzuhalten, bis die Gegenleistung sichergestellt wird (Abs. 1) - bei Ausbleiben der Sicherstellung innert angemessener Frist: Rücktrittsrecht (Abs. 2)
B			
Tatbestand	Rechtsfolge		
<ul style="list-style-type: none"> - (vollkommen) zweiseitiger Vertrag - Beide Leistungen sind fällig - Partei B ist nicht vorleistungspflichtig - Partei A hat noch nicht erfüllt und noch nicht Erfüllung angeboten - Partei A verlangt von B die Erfüllung 	⇒ B hat die Einrede des nicht erfüllten Vertrags		

4. Einzelfragen

Bestimmter Verfalltag i.S.v. Art. 102 Abs. 2

Ist ein qualifizierter Fälligkeitstermin, dessen Eintritt den Verzug des Schuldners ohne besondere Mahnung begründet. Beispiel: Lieferung bis spätestens am 15. März 2020.

Stichtag i.S.v. Art. 108 Ziff. 3

Nach Vertragswillen soll die Leistung genau an oder bis an diesem Tag erfolgen. Die nachträgliche Erfüllung soll also ausgeschlossen sein (Fixgeschäft). Beispiel: Verpflichtung des Solisten für das Konzert an Pfingsten 2020.

V. Gegenstand der Erfüllung (Art. 69-73 OR)

1. Im Allgemeinen

Inhalt der Leistungspflicht / Frage nach Gegenstand der Erfüllung

- Beurteilt sich nach Entstehungsgrund der Obligation (Vertrag oder Gesetz); hinsichtlich Haupt- und Nebenpflichten
- Frage nach Leistungsgegenstand ist wichtig, wenn umstritten ist, ob überhaupt erfüllt wurde
- Nichterfüllung: gänzliches Ausbleiben der Erfüllung oder Aliud-Lieferung
- Schlechterfüllung: hat Gewährleistungsfolgen
- Die nähere Bestimmung der geschuldeten Leistung kann bei Vertragsabschluss noch «unsicher» sein und Konkretisierung (Konzentration) bedürfen -> zB bei Gattungsschuld (Art. 71 OR) oder Wahlobligationen (Art. 72 OR)

Wahlobligation – Art. 72 OR

Eine Wahlobligation liegt vor, wenn eine Schuld in der Weise auf mehrere Leistungen gestellt ist, dass wahlweise nur die eine oder andere erbracht werden soll. Die betreffenden Leistungen brauchen nicht gleichwertig zu sein.

- Ergibt sich aus Rechtsverhältnis nichts anderes, kommt Wahlrecht dem Schuldner zu (Art. 72)
- Wahlerklärung ist unwiderruflich
- Genauere Vertiefung siehe Buch RZ 2252 ff

Leistungserfüllung

- Grundsatz: Obligation wird nur durch die Erbringung der geschuldeten Leistung erfüllt
- Ausnahmen:
 - o Alternativermächtigung: durch Erklärung des Gläubigers oder durch Gesetz (zB Art. 84 Abs. 2 OR)
 - o Hingabe an Erfüllung statt: Schuldner und Gläubiger vereinbaren (nachträglich), dass die Schuld durch eine andere als die ursprüngliche Leistung erfüllt wird = Modifikation der geschuldeten Leistung (durch Vertragsänderung) liegt vor
 - o Hingabe erfüllungshalber: liegt vor, wenn Gläubiger und Schuldner vereinbaren, dass Gläubiger (oder Beauftragter) das Gegebene verwertet und den daraus erzielten Erlös an die geschuldete Leistung anrechnet
 - Daraus ergibt sich Sorgfaltspflicht des Gläubigers bei der Verwertung
 - Im Zweifel ist nicht Hingabe an Erfüllung statt, sondern bloss Hingabe erfüllungshalber anzunehmen (Art. 172 OR) -> ein Verwertungsüberschuss hat der Gläubiger dem Schuldner herauszugeben oder zumindest anzurechnen

→ Genauere Vertiefung zu den Ausnahmen im Buch RZ 2268 ff

2. bei Geldleistung (§21 im Buch)**Gesetzliche Bestimmungen**

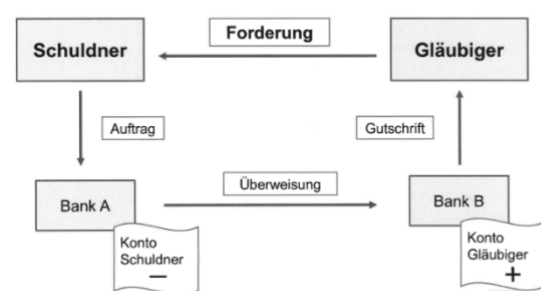
- Nach Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR sind Geldschulden grundsätzlich Bringschulden
- Nach Art. 84 Abs. 1 OR sind Geldschulden «in gesetzlichen Zahlungsmitteln der geschuldeten Währung» zu leisten

Bargeldlose Überweisung (Giroüberweisung)

- Giroüberweisung: Gutschrift des geschuldeten Betrags auf einem Post- oder Bankkonto des Empfängers unter Belastung des Bank- oder Postguthabens des Leistenden (Vertiefung: Buch RZ 2311 ff)
- Nicht im Gesetz geregelt
- Giroüberweisung ist an sich keine «Zahlung» i.S.v. Art. 84 Abs. 1 OR, sondern eine Leistung des Schuldners an einen Dritten (Bank oder Post)
- Hierbei verpflichtet sich der Dritte im Auftrag des Schuldners dem Gläubiger gegenüber zu einer (sofort fälligen) Leistung -> Gläubiger erhält sofort fällige Forderung gegen die Post oder Bank
- Aufgrund der Verkehrssitte wird die Zustimmung des Gläubigers zu dieser Leistungsart nach Vertrauensprinzip angenommen, wenn Gläubiger dem Schuldner die Kontodaten bekannt gegeben hat (Vertiefung: Buch RZ 2316 ff)

Zeitpunkt der Erfüllung bei Giroüberweisung (Vertiefung: Buch RZ 2319 ff)

- Ausgangspunkt: Geldschulden sind (nach dispositiven gesetzlichen Ordnung) Bringschulden -> Gläubiger soll auch bei bargeldloser Zahlung nicht schlechter gestellt sein als bei Barzahlung (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 OR)
- Grundsatz: Schuldner erfüllt Leistung erst, wenn Gläubiger über die betreffende Geldsumme bei seiner Bank oder Post verfügen kann (= Gutschrift beim Gläubigerkonto)
- Hat hingegen Gläubiger die Zahlung über Post- oder Bankkonto verlangt, gilt dies als Bezeichnung der Zahlstelle -> Schuldner erfüllt Leistung mit Einzahlung am Schalter
- Probleme: Verzögerungen, EDV-Pannen, Konkurs der Bank (Verlustgefahr) sowie Möglichkeit des Schuldners, den Zahlungsauftrag zu widerrufen (Art. 404 OR)

Bargeldlose Bezahlung

§22 Die Mitwirkungshandlung der Gläubigerin

I. Das Recht auf Quittung (Art. 88 OR)

Allgemeine Beweisregeln (Art. 8 ZGB)

Erfüllung einer Obligation muss als rechtsvernichtende Tatsache im Streitfall von jener Partei nachgewiesen werden, welche die Tilgung der Schuld durch Erfüllung behauptet (Schuldner).

Recht auf Quittung (Art. 88 OR)

- Gewährt dem Schuldner, der eine Zahlung leistet, das Recht, eine Quittung und bei vollständiger Tilgung der Schuld auch die Rückgabe eines allfälligen Schuldscheines oder dessen Entkräftung zu fordern.
- Recht besteht nicht nur bei Erfüllung von Geldschulden, sondern bei jeglicher Leistung
- Schuldner hat aber kein Anspruch auf sog. Saldoquittung (Bestätigung des Gläubigers, er habe aus einem behaupteten Schuldverhältnis nichts oder nichts mehr zu fordern – negative Schuldanerkennung) -> Vertiefung im Buch RZ 2409 ff

II. Gläubigerverzug (Annahmeverzug), Art. 91-95 OR

Voraussetzungen Gläubigerverzug, Art. 91 OR

- Gläubiger verweigert Annahme der gehörig angebotenen Leistung oder die Vornahme der ihm obliegenden Vorbereitungs-handlungen (ohne die der Schuldner zu erfüllen nicht im Stande ist)
- Verweigerung geschieht ungerechtfertigterweise, d.h. sie liegt nicht in objektiven (ausserhalb der Person des Gläubigers liegenden) Gründen, sondern geschieht aus persönlichen Gründen (mit oder ohne Verschulden)
- Ungerechtfertigt ist somit Verweigerung wegen Krankheit der Gläubigerin
- Gerechtfertigt ist Verweigerung, wenn Schuldner durch ungewöhnliches Verhalten (zB Leistung zur Unzeit) den Grund zur Verweigerung gesetzt hat

Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs

- Gläubiger schliesst Schuldnerverzug aus
- Gefahr des zufälligen Untergangs der geschuldeten Sache geht auf Gläubiger über, soweit sie nicht schon dort ist (Art. 103 Abs. 1 OR analog; für Werkvertrag Art. 376 Abs. 1 OR)
- Schuldner hat verschiedene Rechte auf selbstständige Befreiungshandlungen, etwa das Recht zur Hinterlegung, zum Verkauf einer Sache und ggf. zum Rücktritt nach Massgabe der Art. 92-95 OR

Sonderfall der Verhinderung, Art. 96 OR

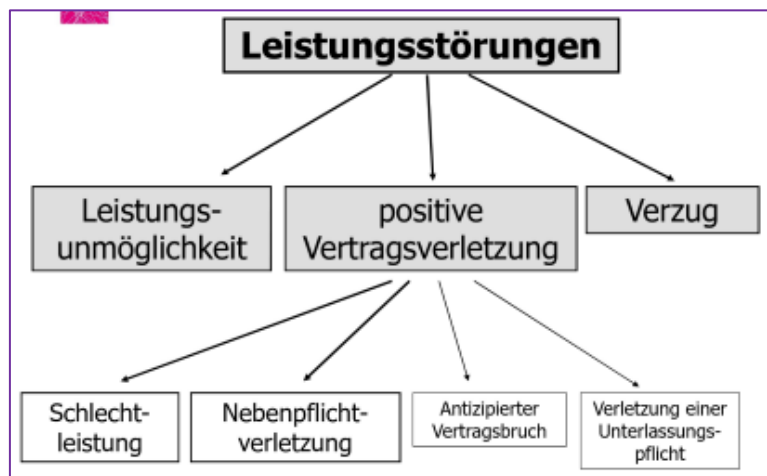
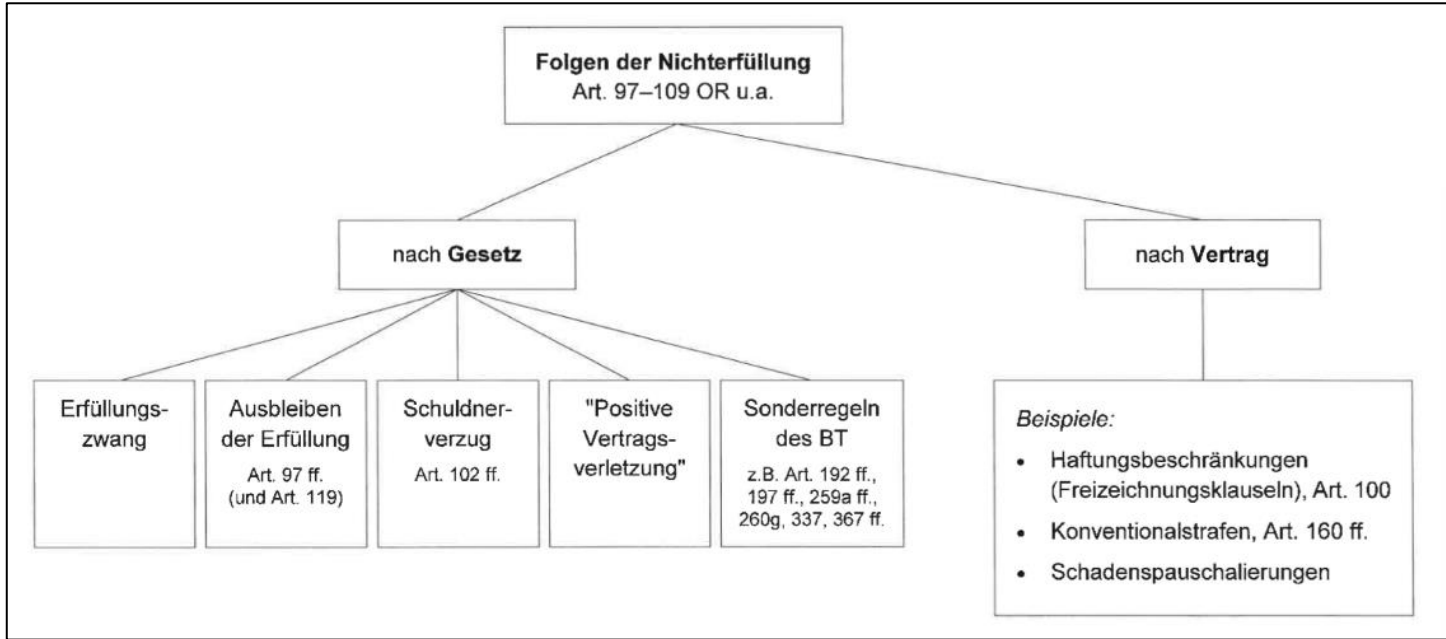
Ein Sonderfall der Verhinderung der Erfüllung aus anderen «in der Person des Gläubiger liegenden» Gründen oder infolge einer unverschuldeten Ungewissheit des Schuldners über die Person des Gläubigers ist in Art. 96 OR geregelt (vgl. auch Art. 168 OR).

7. TEIL: LEISTUNGSSTÖRUNGEN

Leistungsstörungen: drei Fragen zur Einführung

1. Ist die Obligation **gültig (wirksam) entstanden?** («Ja»)
2. Ist die Obligation **erfüllt** worden und deshalb (Art. 114 Abs. 1 OR) untergegangen? («Nein»)
3. Wie ist die **Rechtslage**, wenn die Obligation **nicht oder nicht richtig erfüllt worden ist?**

→ *Recht der Leistungsstörungen*



§23 Einleitung

I. Grundlagen

1. System des Leistungsstörungenrechts im OR

1. Abschnitt (Art. 67-96): Wirkung der Obligationen; Pflichten des Schuldners zur Richtigerfüllung
2. Abschnitt (Art. 97-109): Folgen der Nichterfüllung
 - a. Folgen beim Ausbleiben der Erfüllung (Art. 97-101)
 - b. Folgen im Fall des Schuldnerverzugs (Art. 102-109)

Leistungsstörung

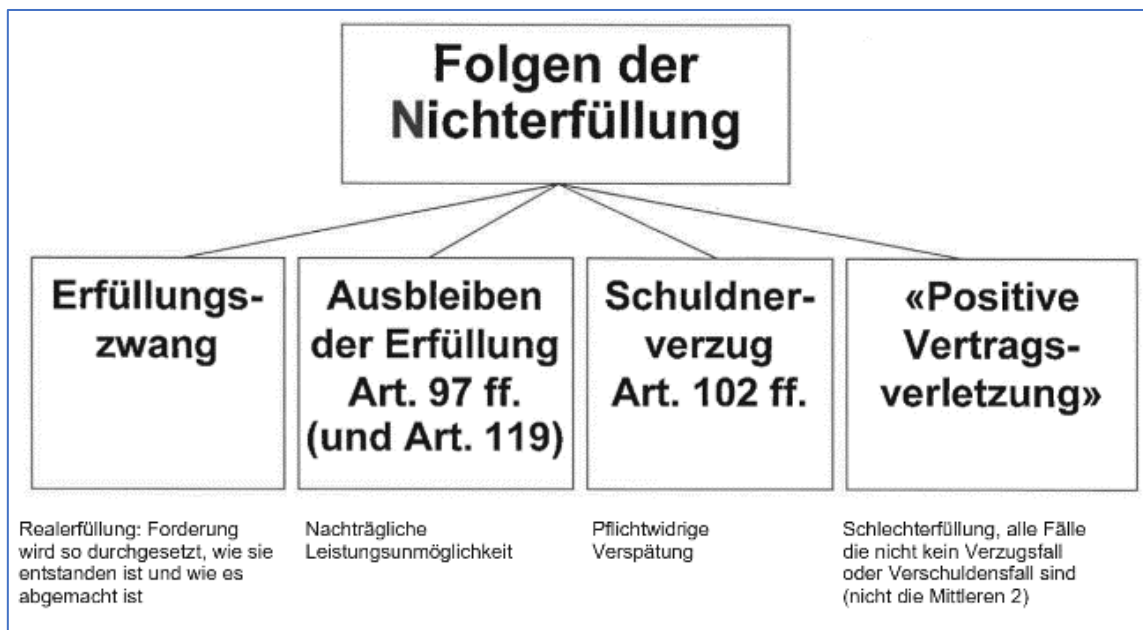
Dient als Sammelbegriff für Störungen im Zusammenhang mit der Abwicklung von Schuldverhältnissen.

II. Folgen einer Leistungsstörung (Überblick)

1. Im Allgemeinen

An das Vorliegen von Leistungsstörungen knüpft das Gesetz Rechtsfolgen, die – je nach Sachlage – ausschliesslich oder kumulativ zur Anwendung kommen:

- Erfüllungszwang (siehe III.)
- Schadenersatz (siehe 2., zB wenn Leistung real nicht mehr erbracht werden kann, Art. 97 Abs. 1)
- Rückabwicklung bereits erfolgter Leistungen (zB im Fall der ursprünglichen Leistungsunmöglichkeit, Art. 20)
- Rücktritt vom Vertrag oder vorzeitige Kündigung (zB bei Verzug, Art. 107 Abs. 2 und vorzeitige Kündigung bei Dauerschuldverhältnis, Art. 257 f.)
- Rechtsnachteile (zB Annahmeverzug verhindert Erfüllungsanspruch seitens Gläubiger und führt zu einer Hinterlegungsrechts oder gar einem Verkaufsrecht seitens des Schuldners)
- Zinsen (Art. 104)



2. Der typische Fall: Schadenersatzklage wegen Nicht- oder Schlechterfüllung (Art. 97 OR)

Art. 97 OR ist Anspruchsgrundlage für Schadenersatz im Fall der

- Nichterfüllung (Leistungsunmöglichkeit) und der
- nicht gehörigen Erfüllung (positive Vertragsverletzung)

Kernvoraussetzungen

- Schaden
- Pflichtverletzung
- Natürliche und adäquate Kausalität zwischen Schaden und Pflichtverletzung
- Verschulden des Schuldners (wird allerdings vermutet)

III. Erfüllungszwang im Besonderen

Ist die *vorrangige* Rechtsfolge für den Fall, dass der Schuldner trotz Fälligkeit nicht leistet, obwohl er leisten könnte.

- Gläubigerin kann und muss grundsätzlich die Erfüllung in natura fordern
- Durchsetzung erfolgt im Zivilprozess -> 2 Phasen des Erfüllungszwangs:
 1. Erkenntnisverfahren: durch Erfüllungsklage in Gang gesetzt, zielt auf Urteil ab -> siehe 1.
 2. Vollstreckungsverfahren: wird auf Gesuch des Gläubigers vorgenommen, falls Schuldner Leistungsurteil nicht freiwillig befolgt -> siehe 2.

Ausnahmen vom Grundsatz der Realerfüllung

- Ausnahmen im OR (Art. 107 Abs. 2 erlaubt Gläubigerin auf Leistung des säumigen Schuldners zu verzichten; 404 Abs. 2 erlaubt jederzeitigen Rücktritt)
- Ausnahmen gestützt auf Prozessrecht (gem. ZPO 345 kann obsiegende Partei beantragen, dass geschuldete Nichtleistung in Geldleistung umgewandelt wird = Taxation)
- Ausnahmen gestützt auf Parteiabrede (zB Schadenersatzpflicht statt Realerfüllung)
- Ausnahmen gestützt auf das Persönlichkeitsrecht des Schuldners

1. Erkenntnisverfahren

- Voraussetzung: Schuldner leistet trotz Fälligkeit der Forderung nicht und Leistung ist noch möglich
- Gläubiger kann beim zuständigen Gericht auf Erfüllung klagen um Leistungsurteil zu erstreiten
- Gläubiger hat Recht auf Urteil, das Schuldner zur Leistung verpflichtet (in Art. 97 Abs. 2 vorausgesetzt und in Art. 107 Abs. 2 ausdrücklich erwähnt)

2. Vollstreckungsverfahren

- Voraussetzung: Gläubiger hat gegen Schuldner zusprechendes Leistungsurteil erstritten und dieser befolgt es nicht freiwillig
- Gläubiger kann Leistungsurteil durch die zuständigen Staatsorgane vollstrecken lassen
- Eingeleitet durch Vollstreckungsgesuch
- Vollstreckungsverfahren erübrigt sich in folgenden Fällen:
 - o Freiwillige Urteilsbefolgung
 - o Gläubiger erstreitet Leistung direkt mit Gestaltungsurteil
 - o Erfüllungsklage zielt auf Abgabe einer Willenserklärung -> hier ersetzt das Urteil die Willenserklärung
 - o Gericht kann auf Antrag sogleich die erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen anordnen, womit sich Vollstreckungsverfahren erübrigt (sog. direkte Vollstreckung, vgl. ZPO 236 Abs. 2)

3. Vollstreckungsarten

Bei der Durchsetzung obligatorischer Ansprüche ist zwischen der Zwangsvollstreckung (nicht erfüllter) Geldleistungspflichten und (nicht erfüllter) anderer Leistungspflichten zu unterscheiden:

Vollstreckung von Geldleistungspflichten

- Durch Schuldbetreibung -> Zugriff auf Vermögen des Schuldners
- Betreibungsverfahren nach bundesrechtlichen Regeln des SchKG

Vollstreckung von Nicht-Geldleistungspflichten

Vollstreckung nach den Bestimmungen in Art. 343 ff. ZPO:

- Strafandrohung nach Art. 292 StGB
- Ordnungsbusse bis zu CHF 1000.- für jeden Tag der Nichterfüllung
- Zwangsmassnahmen (zB Grundstücksräumung)
- Ersatzvornahme
- Ersatz der abzugebenden Willenserklärungen durch Urteil
- Umwandlung der geschuldeten Leistung in eine Geldleistung, die auf Betreibungsweg vollstreckt werden kann (Taxation)

Vollstreckung nach ZPO CH vom 19. Dezember 2008

- Geldleistungen (Art. 335 Abs. 2 ZPO)
- Verpflichtungen zu einem Tun, Unterlassen oder Dulden (Art. 343 ZPO)
- Abgabe einer Willenserklärung (Art. 344 ZPO)

4. Vollstreckungsregeln

Art. 97 Abs. 2

² Für die Vollstreckung gelten die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 11. April 1889⁴³ über Schuldbetreibung und Konkurs sowie der Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008⁴⁴ (ZPO).⁴⁵

Art. 98 Abs. 1 und 3

1 Ist der Schuldner zu einem *Tun* verpflichtet, so kann sich der Gläubiger, unter Vorbehalt seiner Ansprüche auf Schadenersatz, ermächtigen lassen, die Leistung auf Kosten des Schuldners vorzunehmen. (= Ersatzvornahme)

3 Überdies kann der Gläubiger die Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes verlangen und sich ermächtigen lassen, diesen auf Kosten des Schuldners zu beseitigen.

Ersatzvornahme (Art. 98 Abs. 1)

Besteht die Verbindlichkeit in einem *Tun* und befolgt der Schuldner ein zu seinen Lasten ergangenes Leistungsurteil nicht, kann sich die Gläubigerin von der zuständigen Behörde ermächtigen lassen, die geschuldete Leistung auf Kosten des Schuldners vorzunehmen oder durch einen Dritten vornehmen zu lassen.

- Unstreitig anwendbar auf Dienstleistungen, strittig ist Anwendbarkeit auf Sachleistungen
- Kommt nur bei vertretbaren Leistungen infrage, nicht wo es auf Persönlichkeit ankommt (Art. 68). Liegt allerdings Pflicht zur persönlichen Leistung des Schuldners ausschliesslich im Interesse der Gläubigerin, kann diese darauf verzichten
- Genügt, dass die Leistung fällig ist, Gläubiger muss Schuldner weder zur Leistung auffordern noch in Verzug setzen
- Setzt (Fort-)Bestand der Leistungspflicht voraus; kein Anspruch wenn Leistung objektiv unmöglich geworden ist (Art. 97 Abs. 1, Art. 119)
- Anordnung der Ersatzvornahme bedarf eines vorgängigen oder gleichzeitigen Leistungsurteils (Vollstreckungstheorie)
- Parteien können Ausnahmen vom Ermächtigungsvorbehalt vertraglich vorsehen und im BT gibt es Bestimmungen, die die Möglichkeit der direkten Ersatzvornahme vorsehen
- Ersatzvornahme erfolgt auf Kosten und Gefahr des Schuldners. Es handelt sich um einen verschuldensunabhängigen Aufwendungsersatz, nicht um Schadenersatzanspruch.

Beseitigung des rechtswidrigen Zustands (Art. 98 Abs. 3)

Verletzt der Schuldner eine Unterlassungspflicht, kann der Gläubiger die Beseitigung des rechtswidrigen Zustands verlangen und sich ermächtigen lassen, diesen auf Kosten des Schuldners zu beseitigen oder beseitigen zu lassen.

- Besteht verschuldensunabhängig
- Daneben besteht Anspruch auf Schadenersatz (Art. 98 Abs. 3), setzt Verschulden voraus

§24 Die Leistungsunmöglichkeit

I. Leistungsunmöglichkeit mit Verantwortung des Schuldners (Art. 97 Abs. 1)

Art. 97 Abs. 1

1 Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.

- Regelt die nachträgliche, objektive, vom Schuldner zu verantwortende Leistungsunmöglichkeit
- Liegt sie vor, muss Schuldner den daraus entstehenden Schaden ersetzen

Art. 97 Abs. 1 OR – Tatbestand

- Erfüllung der Obligation kann «nicht oder nicht gehörig bewirkt werden»
→ **nachträgliche Unmöglichkeit**
- **Verschulden** (oder Verantwortlichkeit für Hilfspersonen, Art. 101 Abs. 1 OR)

1. Tatbestand

1. Nachträgliche Unmöglichkeit (besteht Unmöglichkeit schon vorher, ist das ein Fall von Art. 20)
2. Objektive Unmöglichkeit
3. Schaden des Gläubigers (unfreiwillige Vermögensverminderung)
4. Adäquater Kausalzusammenhang (nachträgliche objektive Leistungsunmöglichkeit bildet Ursache für den Schaden, ohne Unmöglichkeit kein Schaden)
5. Schuldner ist für Leistungsunmöglichkeit verantwortlich

Nachträgliche Unmöglichkeit

- tatsächlich oder rechtlich
- dauernd
- objektiv oder subjektiv (BGer.)
- verschuldet (Art. 97) oder unverschuldet (Art. 119)

2. Rechtsfolge

Schuldner muss der Gläubigerin Schadenersatz leisten.

Art. 97 Abs. 1 OR – Rechtsfolge

- Schadenersatzpflicht («positives Interesse» = Erfüllungsinteresse)
- Recht auf Rücktritt (vgl. Art. 25, 49 Abs. 1 lit. a und 64 Abs. 1 lit. a CISG)

Art. 97 Abs. 1 OR – VSS der Schadenersatzpflicht

- nachträgliche Unmöglichkeit (oder pVV)
- Schaden des Gläubigers
- adäquater Kausalzusammenhang
- Verantwortlichkeit (Verschulden oder Hilfspersonenhaftung)

Voraussetzungen der Schadenersatzpflicht

Art. 41 Abs. 1 OR

- Schaden
- Widerrechtlichkeit
- Kausalzusammenhang
- Verschulden

Art. 97 Abs. 1 OR

- Schaden
- Unmöglichkeit (oder pVV)
- Kausalzusammenhang
- Verschulden

II. Leistungsunmöglichkeit ohne Verantwortung des Schuldners (Art. 119)

Art. 119

1 Soweit durch Umstände, die der Schuldner nicht zu verantworten hat, seine Leistung unmöglich geworden ist, gilt die Forderung als erloschen.

2 Bei zweiseitigen Verträgen haftet der hienach freigewordene Schuldner für die bereits empfangene Gegenleistung aus ungerechtfertigter Bereicherung und verliert die noch nicht erfüllte Gegenforderung.

3 Ausgenommen sind die Fälle, in denen die Gefahr nach Gesetzesvorschrift oder nach dem Inhalt des Vertrages vor der Erfüllung auf den Gläubiger übergeht.

1. Tatbestand

1. Nachträgliche Unmöglichkeit
2. Objektive Unmöglichkeit
3. Keine Verantwortung des Schuldners (kein Verschulden, nicht für schuldhaftes Handeln seiner Hilfspersonen eintreten oder er kann sich von Haftung für Zufall nach Art. 103 Abs. 2 befreien)

2. Rechtsfolgen

Überblick

1. Untergang der Forderung gegen den Schuldner
2. Erlöschung auch der Gegenforderung bei zweiseitigen Verträgen

Untergang der Forderung gegen den Schuldner

- Schuldner von unmöglich gewordenen Leistung befreit
- Keine Schadenersatzpflicht
- Verpflichtung des Schuldners, den aus der Unmöglichkeit resultierenden Schaden möglichst gering zu halten
- Verpflichtung des Schuldners, die Unmöglichkeit rechtzeitig anzuzeigen
- Schuldhafte Verletzung dieser Nebenpflichten löst Haftung nach Art. 97 Abs. 1 aus

Erlöschung auch der Gegenforderung bei zweiseitigen Verträgen

Grundsatz

Gegenforderung des befreiten Schuldners erlischt ebenfalls

- Gläubigerin trägt Leistungsgefahr (Abs. 1), Schuldner trägt Gegenleistungsgefahr (sog. Preisgefahr) (Abs.2)
- Anderslautende vertragliche oder gesetzliche Regelungen bleiben vorbehalten
- Rückabwicklung erfolgt nach vertraglichen Grundsätzen (nicht nach Bereicherungsrecht!) -> wie bei Rücktritt

Ausnahmen

- Von Grundregel sind Fälle ausgenommen, in denen die Gefahr nach Gesetzesvorschrift oder nach Inhalt des Vertrags vor der Erfüllung auf den Gläubiger übergeht (Abs. 3)
- Gläubigerin bleibt zur Leistung verpflichtet, obwohl der Schuldner seine Leistung nicht mehr erbringen muss
- Hat Gläubigerin bereits geleistet, kann Schuldner die Leistung behalten
- Beispiele der gesetzlichen Sonderregeln: Art. 185 Abs. 1 (Kaufvertrag), Art. 324a (Arbeitsvertrag), Art. 390 Abs. 1 (Verlagsvertrag)
- Auch Parteien können mit oder nach Vertragsabschluss eine von Art. 119 Abs. 2 abweichende Ordnung vereinbaren
- Neben den gesetzlichen Sonderbestimmungen und der Parteiabrede gibt es dogmatisch anerkannte Ausnahmen zu Art. 119 Abs. 2: Fall des stellvertretenden Commodums und Fall, da die Gläubigerin die Leistungsunmöglichkeit des Schuldners zu verantworten hat

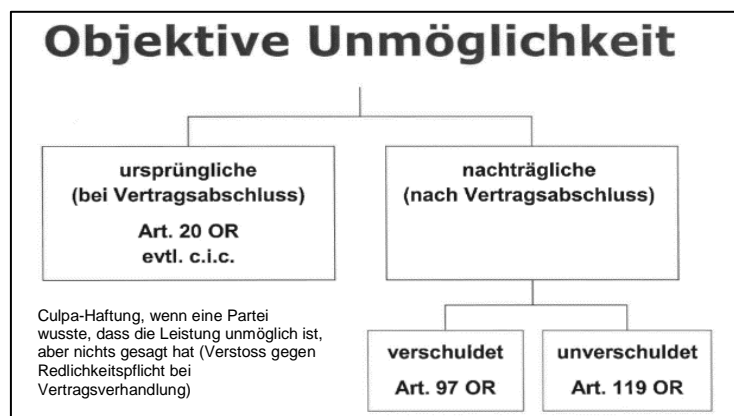
III. Vertiefung: objektive und subjektive Unmöglichkeit

Es besteht Einigkeit darüber, dass Art. 97 Abs. 1 als auch Art. 119 OR den Fall der objektiven Unmöglichkeit regeln. Ob auch die subjektive in den Anwendungsbereich dieser Normen fällt, ist umstritten.

1. objektive Unmöglichkeit

Objektive Unmöglichkeit

Liegt vor, wenn die Leistung, unabhängig von der Person des konkreten Schuldners, auch von einem beliebigen Schuldner nicht erbracht werden könnte.



Zuordnung zur objektiven Unmöglichkeit

Folgende Fallgruppen sind als objektive Unmöglichkeit zu behandeln:

1. Tatsächliche und rechtliche Unmöglichkeit (bei rechtlicher beachten, dass wenn Verbot schon bei Vertragsabschluss bestand, handelt es sich um widerrechtlichen Vertrag nach Art. 20)
2. Zweckerreichung und Zweckfortfall
 - Bsp. Zweckerreichung: Patientin wird vor Beginn der ärztlichen Behandlung gesund
 - Bsp. Zweckfortfall: Haus brennt vor Malerarbeiten ab
3. Gefährdung übergeordneter Rechtsgüter des Schuldners -> verstösst gegen Gebot der Menschlichkeit, i.d.R. liegt aber von vornherein eine unsittliche Verpflichtung vor

Abgrenzung von der objektiven UnmöglichkeitVorübergehende Unmöglichkeit

Unmöglichkeit ist nicht von Dauer bei der vorübergehenden Unmöglichkeit.

- grundsätzlich führt aber nur ein dauerndes Hindernis zu objektiver Unmöglichkeit
- Vorübergehende Leistungshindernisse sind Verzugsfälle, auch wenn zurzeit objektive Unmöglichkeit besteht
- Objektive Unmöglichkeit wird angenommen:
 - o Ende der Dauer der Unmöglichkeit ist nicht absehbar
 - o Es steht fest, dass die im Rahmen eines Dauervertrags geschuldete Leistung (Dauerschuld) vor Vertragsende nicht wieder möglich wird

Unerschwinglichkeit der Leistung

Leistung ist zwar noch möglich, für den Schuldner aber wirtschaftlich unsinnig oder unerschwinglich geworden.

- Lehrbeispiel: mit unverhältnismässigen Kosten verbundene Bergung eines zu liefernden Ringes auf dem Meeresgrund
- Hier liegt Anwendungsfall des Schuldnerverzugs vor (Art. 102 ff.)
- Die nachträgliche Erschwerung der Leistungspflicht des Schuldners kann aber allenfalls über die Clausula-Regel korrigiert werden

Wegfall des Gläubigerinteresses

- Ist keine Unmöglichkeit -> führt nicht zur Aufhebung der Leistungspflicht
- Oft greifen Sonderbestimmungen wie Möglichkeit zur der Massenentlassung (Art. 335d ff) oder Bestimmungen über die vorzeitige Rückgabe der Mietsache (Art. 264)
- Auch Clausula-Regel prüfen

2. subjektive Unmöglichkeit**Subjektive Unmöglichkeit**

Liegt vor, wenn die Leistung lediglich für diejenige Person, die sich in der konkreten Situation der Schuldnerstellung befindet, unmöglich ist.

- Auch als Unvermögen bezeichnet
- Grund liegt in den persönlichen Verhältnissen des Schuldners (Fähigkeiten, Vermögensverhältnissen, Betriebsverhältnissen) -> Schuldner kann nicht, was andere könnten
- Strenge Anforderungen: Leistungshindernis muss geradezu unüberwindbar sein

Zuordnung zur subjektiven Unmöglichkeit

1. Arbeits- und Dienstleistungen -> persönliche Leistungspflicht unterteilbar in
 - a. Leistung, die vom Schuldner in eigener Person zu erfüllen ist (höchstpersönliche Leistung) -> objektiv unmöglich
 - b. Leistung, bei der Schuldner persönlich mitzuwirken hat (zB durch Leistung oder Überwachung)
 Leistungen, die trotz des Unvermögens des Schuldners vollstreckt werden können (Ersatzvornahme gem. Art. 98) sind subjektiv, aber nicht objektiv unmöglich
2. Doppelverkauf: Unmöglichkeit von Sachleistungen gilt als subjektiv, wenn die Möglichkeit besteht, die Sache von irgendwem zu beschaffen
3. Unbekannter Lageort der Sache und Diebstahl: Dritter kann zwar die Leistung erbringen, er ist aber unbekannt oder unerreichbar

Abgrenzungen von der subjektiven Unmöglichkeit

- Höchstpersönliche Leistungen: Zeichnen sich dadurch aus, dass sie vom Schuldner in eigener Person zu erfüllen sind. Subjektives Unvermögen fällt mit objektivem zusammen -> wird als objektive Unmöglichkeit behandelt
- Geldleistungen: Geldmangel hat grundsätzlich nie eine Leistungsunmöglichkeit im Rechtssinn zur Folge, weder subjektiv noch objektiv.

3. Streitpunkt: Die Behandlung der subjektiven Leistungsunmöglichkeit

Überwiegende Lehre: Einordnung unter die Unmöglichkeitsregeln

- Bei der nachträglichen Unmöglichkeit: subjektive gleich wie objektive Unmöglichkeit behandeln. Trifft Schuldner eine Verantwortung, so gilt Art. 97 Abs. 1, hat er nichts zu verschulden, so gilt Art. 119
- Bei der ursprünglichen Unmöglichkeit: subjektive Unmöglichkeit fällt nicht unter Art. 20, sondern
 - o Art. 97 Abs. 1 analog anwenden, falls der Schuldner die subjektive ursprüngliche Unmöglichkeit zu verantworten hat (Übernahmeverschulden)
 - o Trifft Schuldner keine Verantwortung Art. 119 anwenden

Minderheitsmeinung: Einordnung unter die Verzugsregeln

- Subjektive Leistungsunmöglichkeit ist kein Fall der Unmöglichkeit i.S.v. Art. 97 und 119
- Wenn Leistung (bloss) subjektiv unmöglich ist, die Vorschriften über den Schuldnerverzug (Art. 102 ff.) anwenden

IV. Einzelfragen

1. Rücktritt im Rahmen von Art. 97 Abs. 1

Rechtsfolge nach h.L.

- Bei Leistungsunmöglichkeit und der positiven Vertragsverletzung kann der Gläubiger die Gegenleistung verweigern und vom Vertrag zurücktreten
- Verzugsregeln (Art. 107 Abs. 2 und 109) können analog angewendet werden
- Bei Leistungsunmöglichkeit entfällt in analoger Anwendung von Art. 108 Ziff. 1 OR die Nachfristansetzung gem. Art. 107 Abs. 1
- Bei der pVV steht dem Gläubiger ein (sofortiges) Rücktrittsrecht zu, wenn eine wesentliche Pflichtverletzung vorliegt, welche die Fortführung des Vertragsverhältnisses als unzumutbar erscheinen lässt
- Auch bei gewöhnlicher Pflichtverletzung ist ein Rücktrittsrecht in Erwägung zu ziehen, sofern Gläubiger dem Schuldner eine angemessene Nachfrist angesetzt hat (bei Schlechterfüllung)

2. Schicksal der Gläubigerleistung im Fall von Art. 97 Abs. 1

- Bei vollkommen zweiseitigen Verträgen bleibt Gläubiger leistungspflichtig; kann nicht Schadenersatz fordern und die Gegenleistung behalten
- Gläubiger kann wählen, ob er Leistung in natura und damit im Austausch mit Schadenersatzleistung erbringt (Austauschtheorie) oder lediglich wertmässig in Rechnung stellt und gegenüber dem Schuldner die Differenz zwischen eigener Leistung und Schadenersatzforderung geltend macht

3. Von der Gläubigerin (mit) zu verantwortende Unmöglichkeit, Art. 119 Abs. 1

Hat nicht Schuldner, sondern Gläubiger die Unmöglichkeit der Schuldnerleistung zu verantworten, ist Art. 119 Abs. 1 anwendbar: **Forderung erlischt ohne Schadenersatz des Schuldners.**

Im Fall einer von Gläubiger zu vertretenden Teilunmöglichkeit erlischt die Schuldpflicht im entsprechenden Umfang.

Schicksal der Gegenforderung

- Schuldner kann Ansprüche gegen Gläubiger geltend machen
- BGer und grosser Teil der Lehre nehmen eine Lücke an: Art. 119 Abs. 2 OR verteilt das Risiko der Gegenleistung nur für den Fall der von keiner Partei zu vertretenden Unmöglichkeit -> für Lückenfüllung werden verschiedene Normen herangezogen; Schuldner behält einen (Teil)Anspruch auf Gegenleistung – entweder
 - o als Anspruch auf Gegenleistung unter Anrechnung der ersparten Auslagen (Art. 264 Abs. 3, Art. 324) oder
 - o als Anspruch auf Vergütung der geleisteten Arbeit und sonstigen Auslagen (Art. 378)

Gemeinsames Verschulden der nachträglichen Unmöglichkeit

- gegenseitige Ansprüche gem. Art. 97 sind im Umfang des Mitverschuldens (Art. 44) zu kürzen
- nach BGer behält der Schuldner der unmöglich gewordenen Leistung den Anspruch auf Gegenleistung
- Gläubiger kann gegenüber dieser Forderung seine Schadenersatzforderung verrechnen, wobei Schadenersatzforderung in dem Umfang gekürzt wird, als die Ersatzpflicht des Schuldners wegen Umständen, die der Gläubiger zu verantworten hat, zu ermässigen ist -> Gegenforderung wird dem Schuldner nicht in analoger Anwendung von Art. 43/44 OR herabgesetzt, sondern im Ausmass seiner Schadenersatzpflicht verrechnungsweise gekürzt

4. Stellvertretendes Commodum (Ersatzleistung)

Pflicht zur Herausgabe der Ersatzleistung

Bezieht der Schuldner infolge der nachträglichen (verschuldeten oder unverschuldeten) Leistungsunmöglichkeit eine Ersatzleistung, muss dieser Ersatz anstelle der unmöglich gewordenen Leistung der Gläubigerin auf deren Verlangen hin herausgegeben werden.

- Schuldner hat die (Neben)Pflicht, den Gläubiger über ein bestehendes oder mögliches stellvertretendes Commodum zu informieren
- Gläubiger ist nicht verpflichtet, die Ersatzleistung anzunehmen; dann bleibt es bei der ursprünglichen Rechtslage bei Leistungsunmöglichkeit -> Schadenersatzanspruch tritt an Stelle der schuldnerischen Leistung, während Gläubiger zur Leistung verpflichtet bleibt (Art. 97 Abs. 1), oder gegenseitigen Leistungsansprüche erlöschen
- Anspruch des Gläubigers auf das stellvertretende Commodum entsteht, sobald Forderung auf Ersatz entstanden ist (nicht erst wenn dem Schuldner Ersatz bereits geleistet worden ist) -> Gläubiger kann als stellvertretendes Commodum auch Abtretung einer Ersatzforderung verlangen
- Ist Ersatzleistung weniger wert als ursprünglich geschuldete Leistung, reduziert sich die Gegenleistungspflicht des Gläubigers im entsprechenden Umfang (nur wenn Gläubiger nicht gefahrenbelastet ist)
- Ist Ersatzleistung mehr wert als ursprüngliche Leistung, ist es gem. BGer dennoch in vollem Umfang herauszugeben, darf aber Aufwendungen im Zusammenhang mit dem stellvertretenden Commodum vom Überschuss abziehen. Schuldner soll nicht besser gestellt werden als bei Richtigerfüllung

5. Teilunmöglichkeit

Analoge Anwendung von Art. 119 OR:

Unverschuldete Teilunmöglichkeit	Verschuldete Teilunmöglichkeit
<ul style="list-style-type: none"> - Schuldner wird von der unmöglich gewordenen Teilleistung ohne Schadenersatzpflicht befreit - Gläubigerin ist verpflichtet, die Restleistung zu vergüten oder schlägt Restleistung aus und somit von ihrer Vergütungspflicht befreit 	<ul style="list-style-type: none"> - ist besonderer Fall der nicht gehörig erbringbaren Leistung i.S.v. Art. 97 Abs. 1 -> Schuldner wird schadenersatzpflichtig - Gläubigerin ist verpflichtet, die Restleistung zu vergüten und hat Anspruch auf Schadenersatz im Umfang der Nichtleistung oder bei Ausschlagung der Leistung Anspruch auf vollen Schadenersatz
In beiden Fällen bleibt Schuldner zur Restleistung verpflichtet	

Ist Gläubigerin zu Annahme der geschuldeten Restleistung verpflichtet? Massgebend ist Zumutbarkeit.

Trägt Gläubiger ausnahmsweise die Gefahr (Art. 119 Abs. 3) der teilweise unmöglich gewordenen Leistung, so verhält es sich ganz anders:

Gläubiger kann die noch mögliche Teilleistung nicht mit befreiender Wirkung für sich selbst ausschlagen, sondern bleibt zur Gegenleistung verpflichtet.

6. Beweislast

Gläubigerin, die Schadenersatz wegen verschuldeter Unmöglichkeit verlangt (Art. 97 Abs. 1), hat

- Unmöglichkeit (Vertragsverletzung)
- Schaden und
- Kausalität zu beweisen. (ZGB 8)

Hingegen wird Verschulden des Schuldners vermutet (Beweislast fehlenden Verschuldens liegt bei Schuldner).

Gläubigerin kann der Beweislast für die Unmöglichkeit ausweichen, indem sie nach den Regeln über den Schuldnerverzug vorgeht: Frist ansetzen und nach unbenütztem Ablauf auf Leistung verzichten und Schadenersatz verlangen. Dann muss sie nur noch Schaden, Verspätung und unbenützter Ablauf der Nachfrist beweisen. In diesem Fall könnte aber Schuldner seinerseits Unmöglichkeit behaupten, womit die Beweislast der Gläubigerin hinfällig wird.

Schuldner, der das Erlöschen seiner Leistungspflicht wegen unverschuldeter Leistungsunmöglichkeit behauptet, hat

- Eintritt der Leistungsunmöglichkeit und
- Fehlendes Verschulden zu beweisen.

Gelingt es ihm, die Unmöglichkeit, nicht aber sein fehlendes Verschulden zu beweisen, öffnet er der Gläubigerin damit die Tür, sich selbst auf Leistungsunmöglichkeit zu berufen und von ihm Schadenersatz einzuklagen (Art. 97 Abs. 1).

§25 Die positive Vertragsverletzung

I. Begriff

97 Abs. 1

- Nach Wortlaut: nachträgliche Unmöglichkeit
- Erweiterung durch Lehre und Rechtsprechung: Art. 97-101 auf Störfälle mit Schadensfolge anwenden, in denen man dem Schuldner ein vertragswidriges Verhalten vorhält, obwohl er erstens leistet (keine Leistungsunmöglichkeit) und er dies zweitens auch rechtzeitig tut (kein Verzug)
 - Für diese Störfälle hat sich der Sammelbegriff der positiven Vertragsverletzung eingebürgert

II. Tatbestand

Lehre subsumiert die Fälle der positiven Vertragsverletzung entweder direkt oder analog unter Art. 97 Abs. 1 (und Art. 98 Abs. 2), mit Präferenz bei der direkten Anwendbarkeit.

Art. 97 Abs. 1 ist demnach wie folgt zu lesen: «Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht bewirkt werden (Leistungsunmöglichkeit) oder ist sie nicht gehörig bewirkt worden (positive Vertragsverletzung), so hat der Schuldner Ersatz zu leisten.»

Überblick über den Tatbestand

1. Nicht gehörige Erfüllung (pVV)
2. Schaden
3. Adäquater Kausalzusammenhang
4. Verantwortung des Schuldners

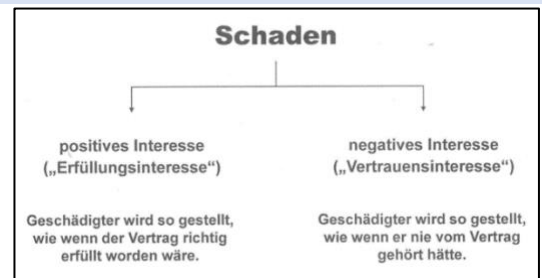
1. nicht gehörige Erfüllung

- Ist Kerntatbestand
- Fallgruppen: Schlechtleistung, Verletzung von Nebenpflichten, antizipierter Vertragsbruch Verletzung einer Unterlassungspflicht

2. Schaden

Gläubigerin erleidet einen Schaden (unfreiwillige Vermögensverminderung)

Schaden ist die unfreiwillige Vermögensverminderung, der in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder im entgangenen Gewinn bestehen kann. Er entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und demjenigen Stand, den das Vermögen der Gläubigerin ohne die positive Vertragsverletzung gehabt hätte.



3. adäquater Kausalzusammenhang

- Die nicht gehörige Erfüllung des Schuldners bildet die Ursache für den Schaden
- Erforderlich ist, dass der Schadenseintritt ohne die nicht gehörige Erfüllung nicht vorstellbar ist
- Notwendig ist darüber hinaus, dass die nicht gehörige Erfüllung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, den entstandenen Schaden herbeizuführen, der Schadenseintritt mithin durch nicht gehörige Erfüllung allgemein als begünstigt erscheint

4. Verantwortlichkeit des Schuldner

- Schuldner muss für nicht gehörige Erfüllung verantwortlich sein
- oft aufgrund Verschuldens, kann aber auch durch ein gesetzlich normiertes, verschuldensunabhängiges Entstehenmüssen gegeben sein (Kausalhaftung); insb. Bei Hilfspersonenen

III. Rechtsfolgen

Übersicht über die Rechtsfolgen

1. Ersatzpflicht
2. Rücktritt

3. Gewinnherausgabe

1. Ersatzpflicht

Da die positive Vertragsverletzung einen Anwendungsfall von Art. 97 Abs. 1 darstellt, tritt auch die dort vorgesehene Rechtsfolge ein:

- Schuldner wird bei Vorliegen der Tatbestandselemente ersatzpflichtig
- Beim Sonderfall der positiven Vertragsverletzung in Gestalt der Verletzung einer Unterlassungspflicht ist diese Rechtsfolge in Art. 98 Abs. 2 geregelt

2. Rücktritt

In analoger Anwendung der Verzugsregeln: sofortiges Rücktrittsrecht

3. Gewinnherausgabe

- Im Fall der positiven Vertragsverletzung Anspruch auf Gewinnherausgabe -> sieht in der Geschäftsanmassung (Art. 423 Abs. 1) eine allgemeine, verschuldensunabhängige Rechtsgrundlage für die Gewinnherausgabe als Rechtsfolge im Fall der Vertragsverletzung
- Teilweise wird dieses Resultat bereits über die Rechtsfigur des stellvertretenden Commodums erreicht

IV. Fallgruppen

Kernbestand der pVV bildet die nicht gehörige Erfüllung. Dabei unterscheiden wir zwischen

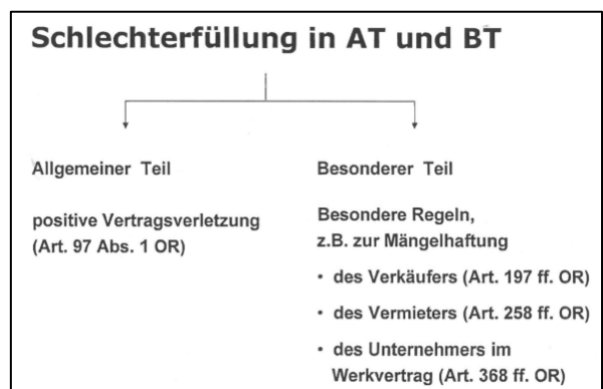
- Verletzung einer Hauptleistungspflicht (Schlechtleistung)
- Verletzung einer Nebenpflicht

**1. Schlechtleistung****Grundmerkmal: Verletzung einer Hauptleistungspflicht**

Schlechtleistung bzw. Schlechterfüllung liegt vor, wenn der Schuldner zwar die Leistung erbringt, diese jedoch nicht die vertragskonforme Qualität aufweist. → Hauptleistungspflicht wird nicht vertragsgemäss erfüllt.

Kernfrage: Verhältnis zu den Regelungen im BT des OR

1. Werkvertrag: BGer verneint Alternativität zwischen der allgemeinen vertraglichen Schadenersatzregel in Art. 97 ff. und den besonderen Mängelrechten; Art. 389 regelt Schadenersatzansprüche abschliessend und Art. 97 Abs. 1 steht nicht zur Verfügung
2. Kaufvertrag: Alternativität von Art. 97 ff. und den Gewährleistungsregeln wird bejaht; Käuferin kann Wandelung und Minderung gem. Art. 205 Abs. 1 verlangen, alternativ kann sie auch Schadenersatzforderungen nach Art. 97 Abs. 1 erheben, wobei keine volle Alternativität besteht: die Besonderheiten des Sachmängelrechts gelten auch bei einer kaufrechtlichen Schadenersatzforderung gem. Art. 97 Abs. 1, insbesondere gelten die strengen Prüfungs- und Rügeobliegenheiten (Art. 201) und die kurze VJ-frist (Art. 210 Abs. 1)
3. Miet- und Pachtvertrag: Alternativität verneint → Art. 258 Abs. 1, «88 i.V.m. Art. 107-109 anwenden)
4. Lizenzvertrag: Alternativität bejaht



Wichtig!

Die erwähnten Fallkonstellationen der Alternativität spielen nur bei der Schlechtleistung eine Rolle, liegt hingegen eine Falschleistung vor, so richten sich die Ansprüche exklusiv nach den allgemeinen Regeln über die Nichterfüllung (Art. 97 ff.)

2. Verletzung von Nebenpflichten (Verhaltenspflichten)**Struktur und dogmatische Grundlagen**

Nebenpflichten treten ergänzend zur Hauptleistung des Vertrags hinzu, wie zB die Verhaltenspflichten. Regelmässig geht es um Pflichten, die dem Integritäts- oder Vermögensschutz der Gegenpartei dienen (7B Sicherungspflichten, Informationspflichten) und die nicht selbstständig erzwingbar, aber Schadenersatzbewehrt sind.

- Nebenleistungspflicht: Nebenpflichten, die selbstständig erzwingbar sind
- Unselbstständige Nebenpflichten: Nebenpflichten, die nicht selbstständig erzwingbar sind, deren Verletzung aber mindestens einen Schadenersatzanspruch auslösen

Verhaltenspflichten können im Gesetz verankert sein (zB Art. 328) oder von Parteien ausdrücklich vereinbart werden. Im Vordergrund stehen das Vertrauensprinzip, der Grundsatz von Treu und Glauben (ZGB 2 Abs. 1)

Typologie

1. **Obhuts- und Schutzpflichten:** Parteien sind verpflichtet, gegenseitig ihre Rechtsgüter (Leib, Leben, Eigentum) zu schützen, sie nicht zu gefährden. Objekt ist die Integritätssphäre → **Integritätsschaden**
 - Bsp. Sicherung von Bergbahnanlagen, Sicherung vor Diebstahl etc.
2. **Informations- und Aufklärungspflichten:** wenn eine Partei gegenüber der anderen einen massgeblichen Wissensvorsprung hat und die Natur des Vertrags oder sonstige Umstände eine Offenlegung verlangen
 - Bsp. Ärztliche Aufklärungspflicht, Aufklärung bei Finanzgeschäften und Rechtsverbeiständung
3. **Verschaffungspflichten:** Verhaltenspflicht des Schuldners, der Gläubigerin die umfassende Erfüllung ihrer Forderung zu verschaffen (sind i.d.R. selbstständig einklagbar)
4. **Mitwirkungspflichten:** bestehen insoweit, als sie zur Abwicklung des Rechtsgeschäfts oder zur allfälligen Schadensminderung notwendig sind. Oft liegt in der Verletzung ein Annahmeverzug (Obliegenheitsverletzung) oder Schuldnerverzug (bei Vorliegen einer Annahmepflicht)
 - Bsp. Vorbereitungshandlungen (Wände freistellen bevor Maler kommt)

3. Antizipierter Vertragsbruch

Jede Vertragspartei hat die Pflicht, alle Handlungen zu unterlassen, welche geeignet sind, den Vertragszweck zu gefährden oder zu vereiteln. Erklärt ein Schuldner vor Fälligkeit eindeutig, dass er die Erfüllung verweigern werde, zerstört er das Gläubigervertrauen in seine Vertragstreue und gefährdet damit den Vertragszweck.

→ Ist eine positive Vertragsverletzung (analoge Anwendung der Verzugsregeln, Art. 107 ff.)

4. Verletzung einer Unterlassungspflicht

Vertragswidrigkeit besteht darin, dass der Schuldner seine Pflichten durch positives Tun verletzt und die einmal eingetretene Verletzung kann nicht ungeschehen gemacht werden → weitere Einhaltung der Unterlassungspflicht wird zwecklos oder gar unmöglich, daher Schadenersatzpflicht gem. Art. 98 Abs. 2

Bsp. Arbeitnehmer verstösst gegen Konkurrenzverbot

V. Beweislast**Beweislast der pVV folgt derjenigen von Art. 97:**

- Gläubigerin beweist Vertragsbestand, Vertragsverletzung, Schaden und Kausalität
- Schuldner obliegt Nachweis, dass er die pVV nicht verschuldet hat

Beweiserleichterung (v.a. im Bereich des Arztrechts) bei Dienstleistungen

Bei der ärztlichen Aufklärungspflicht hat das BGer die Beweislast für die Pflichtverletzung umgekehrt: Arzt muss nachweisen, dass er die erforderliche Aufklärung vorgenommen hat; es steht aber bei fehlerhafter Aufklärung der Nachweis offen, dass der Patient auch bei korrekter Aufklärung zugestimmt hätte (hypothetische Einwilligung)

§26 Der Schuldnerverzug

Kurze Zusammenfassung des Schuldnerverzugs

1. Voraussetzungen

1. Schuldner hat Leistung nicht erbracht, obwohl sie objektiv noch möglich ist
 - War Leistung von Anfang an objektiv unmöglich: Art. 20
 - Nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung: Art. 97 (101 oder Art. 119)
 - Lediglich subjektive Leistungsunmöglichkeit führt zum Verzug
2. Schuld ist fällig (Art. 102 Abs. 1)
3. Gläubigerin hat gemahnt und dem Schuldner eine angemessene Reaktionszeit eingeräumt (Art. 102 Abs. 1). Ausnahmsweise sind Mahnungen und Einräumung einer angemessenen Reaktionszeit überflüssig (Art. 102 Abs. 2)
4. Gläubigerin befindet sich nicht im Annahmeverzug, und Schuldner hat keine Einrede (mit Recht der Leistungsverweigerung) erhoben
5. Verzug tritt auch ohne Verschulden des Schuldners ein

2. Allgemeine Verzugsfolgen

Die allgemeinen Folgen können bei jeder Schuld eintreten. Gleichgültig ist es daher, ob die verzögerte Leistung eine Vertragsleistung oder keine Vertragsleistung ist (Art. 103-106).

Der schulhafte säumige Schuldner haftet für den **Verspätungsschaden**:

- Bei Sach- oder Arbeitsleistung gilt Art. 103
- Bei Geldleistungen gilt Art. 106 -> verschuldensunabhängiger Verzugszins

Der schuldhaft säumige Schuldner haftet für den **Zufall**, also den beidseitig unverschuldeten Untergang der säumigen Leistung (Art. 103 Abs. 2).

Bei Geldschulden bewirkt der Verzug die Zinspflicht des Schuldners (Art. 104), diese ist verschuldensunabhängig.

3. besondere Verzugsfolgen

Die besonderen Verzugsfolgen treten grundsätzlich nur bei vollkommen zweiseitigen Verträgen ein. (Sedes materiae) Art. 107-109.

Die Gläubigerin kann dem Verzugsschuldner eine angemessene **Nachfrist** ansetzen oder ansetzen lassen (Art. 107 Abs. 1). Nach ergebnislosem Ablauf der Nachfrist hat die Gläubigerin bestimmte **Wahlrechte**.

Erstes Wahlrecht (Art. 107 Abs. 2)

- Festhalten an der Leistung des Schuldners (Erfüllungsklage, Schadenersatz wegen verschuldeter Verspätung) oder
- Verzicht auf nachträgliche Leistung, sofern die Gläubigerin den Verzicht unverzüglich erklärt und ebenso unverzüglich das zweite Wahlrecht ausübt

Zweites Wahlrecht (Art. 107 Abs. 2)

Besteht unter Voraussetzung des Verzichts auf Leistung des Verzugsschuldners.

- Aufrechterhaltung des Vertrags und Forderung der Gläubigerin auf Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens oder -> daraufhin folgt «drittes Wahlrecht», was ihre eigene Leistung betrifft: sie kann nach der Austausch- oder Differenztheorie vorgehen
- Rücktritt vom Vertrag mit Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses bei Verschulden (Art. 109)

4. Vereinfachung

Die Zeitfolge bei synallagmatischen Verträgen (Fälligkeit- Mahnung – angemessene Reaktionszeit – Ansetzung einer Nachfrist – Verzicht auf nachträgliche Leistung mit Schadenersatz wegen Nichterfüllung oder Vertragsrücktritt) lässt sich in Kurzform wie folgt zusammenfassen:

1. Mahnung ist unter den Voraussetzungen von Art. 102 Abs. 2 überflüssig
2. Mahnung (oder Kündigung) kann zugleich mit der Ansetzung einer Nachfrist verbunden werden
3. Nachfristansetzung kann verbunden werden mit der (für die Gläubigerin verbindlichen) Erklärung, dass das Wahlrecht für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs in einer bestimmten Weise ausgeübt werde
4. In den Fällen des Art. 108 erübrigt sich eine Nachfristansetzung

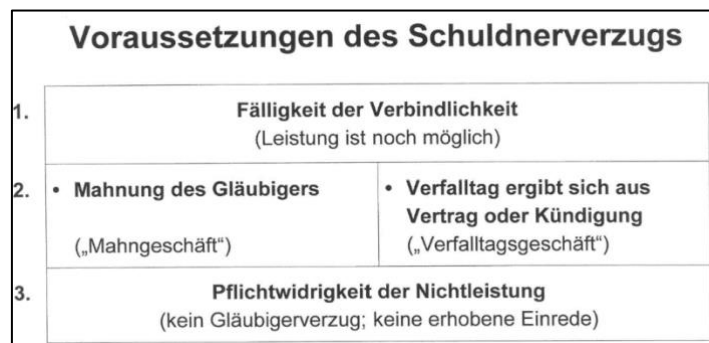
I. Tatbestand

Objektiv pflichtwidrige Verspätung der Erfüllung.

- Unterschied zu Nichterfüllung i.S.v. Art. 97: Verzug sagt noch nichts über die endgültige Erfüllung oder Nichterfüllung der Obligation aus

Tatbestandsmerkmale

1. Nichtleistung trotz Leistungsmöglichkeit
 - Schuldner hat noch nicht geleistet, obwohl die Leistung noch möglich wäre
 - Leistungsmöglichkeit entfällt, wenn Leistung objektiv unmöglich geworden ist > Leistungsunmöglichkeit verhindert Eintritt bzw. Fortdauer des Schuldnerverzugs
 - Bloss subjektive Leistungsunmöglichkeit bildet kein Hindernis für Verzug (nach Lehrbuch, BGer und h.L finden aber schon)
2. Fälligkeit der Forderung (**Art. 102 Abs. 1**)
3. Mahnung (grundsätzlich) – **Art. 102**
 - Keine Mahnung ist erforderlich, wenn ein Verfalltagsgeschäft (Art. 102 Abs. 2) vorliegt oder im Fall einer vorzeitigen Leistungsverweigerung seitens des Schuldners -> genügt, dass Forderung fällig ist
4. Pflichtwidrigkeit der Nichtleistung
 - Schuldner trifft Pflicht zur zeitlich gehörigen Erfüllung; daher ist grundsätzlich jede Verspätung pflichtwidrig
 - Verschulden wird nicht vorausgesetzt (MERKE aber: einzelne Verzugsfolgen (Haftung für Verspätungsschaden und für Zufall) treten nur ein, wenn der Schuldner an Verspätung Verschulden

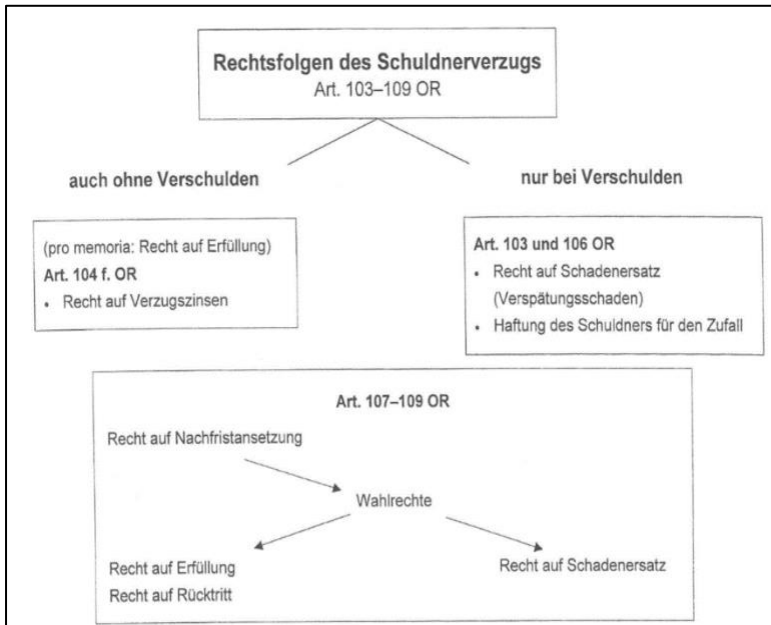


trifft

Rechtfertigungsgründe

- *Gläubigerverzug* (Art. 91); solange Gläubigerin nicht mitwirkungsbereit ist, ruht ihr Recht, die Leistung zu verlangen, weshalb Nichtleistung trotz Fälligkeit und Mahnung nicht pflichtwidrig ist -> Gläubigerverzug schliesst Schuldnerverzug aus -> gilt auch für Art. 96
- *Geltendmachung von Einreden seitens des Schuldners*; macht Schuldner von einem ihm zustehenden Einrederecht (Art. 82, 83, Verjährungseinrede) Gebrauch, ist Nichtleistung nicht pflichtwidrig

II. Rechtsfolgen



Wirkungen des Rücktritts (Art. 109 OR)

- Aufösung des Vertrags „ex tunc“
- Forderungen auf Leistung erlöschen.
- Bereits erbrachte Leistungen sind zurückzuerstatten → BGer: vertragliches Rückabwicklungsverhältnis („Umwandlungstheorie“)
- Gläubiger hat Anspruch auf Schadenersatz (negatives Interesse)

1. Allgemeines

- Mit Eintritt der Fälligkeit ist Gläubigerin befugt, die mögliche Leistung auf dem Klageweg einzufordern -> **Erfüllungsklage und Vollstreckung (Art. 107 Abs. 2)**
- Befugnis dauert fort, auch wenn Schuldner in Verzug gerät
- Schuldner bleibt trotz seines Verzuges weiterhin befugt, die Leistung noch zu erbringen
- ➔ Schuldnerverzug ändert am Inhalt und Erfüllbarkeit der Forderung nichts, verschafft aber der Gläubigerin zusätzliche Rechte, die teils unabhängig vom Verschulden des Schuldners (Zinsen, Rücktritt vom Vertrag), teils nur bei verschuldetem Verzug (Verspätungsschaden, Haftung für Zufall, Schadenersatz gem. 107 Abs. 2 und Art. 109 Abs. 2) entstehen

2. Ersatz für Verspätungsschaden (Art. 103, 106)

Pflicht zum Ersatz des Verspätungsschadens (Art. 103 Abs. 1 und Art. 106 für Geldforderungen)

Schuldner, der sich verschuldungsweise in Verzug befindet, hat Gläubigerin den Schaden zu ersetzen, der dieser durch die Verspätung adäquat kausal entstanden ist.

- Beweislastumkehr zulasten des Schuldners wie in Art. 97 Abs. 1
- Verspätungsschaden berechnet sich nach dem positiven Interesse der Gläubigerin: sie ist so zu stellen, wie wenn der Schuldner rechtzeitig erfüllt hätte -> erfasst
 - o entgangener Gewinn und Nutzen
 - o Wertverminderung der geschuldeten Leistung während des Verzugs
 - o Kosten und Auslagen der Gläubigerin wegen des Verzugs
- Höhe der Ersatzpflicht bestimmt sich nach Art. 99 Abs. 2 und 3 > nach Abs.3 sind auch Art. 43 und 44 massgebend. Bei Geldschulden (Art. 106) müssen gesetzliche Verzugszinsen an den Verspätungsschaden angerechnet werden; Verspätungsschaden ist nur geschuldet, wenn er die Verzugszinsen übersteigt
- Differenztheorie ist anzuwenden; massgebend ist Zeitpunkt des Verzugesintritts, mit Wahlrecht der Gläubigerin zu Gunsten des Urteilszeitpunkts
- Beweislast: trägt Gläubigerin

Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs: Übersicht (Art. 103 ff. OR)

Allgemeine Folgen (Art. 103–106 OR)

- Schadenersatz wegen Verspätung
- Haftung für den Zufall
- Bei Geldschulden: Verzugszinsen

Zusatzfolgen bei zweiseitigen Verträgen (Art. 107–109 OR)

- Recht zur Nachfristansetzung
- Wahlrechte nach Art. 107 Abs. 2 OR

3. Haftung für den Zufall (Art. 103)

- Art. 103 Abs. 1: Schuldner haftet auch für Zufall, wenn er sich **verschuldeterweise im Verzug befindet**, er kann sich aber unter bestimmten Voraussetzungen von Zufallshaftung befreien:
 - o Schuldner beweist, dass der Verzug ohne jedes Verschulden von seiner Seite eingetreten ist (erster Entlastungsbeweis)

- Schuldner beweiset, dass der Zufall auch bei rechtzeitiger Erfüllung den Gegenstand der Leistung zum Nachteil des Gläubigers betroffen hätte (alternativer zweiter Entlastungsbeweis) -> fehlt an natürlichem Kausalzusammenhang zwischen Verzug und Schaden
- **Zufallshaftung betrifft den Fall**, da bei einer Stückschuld die zu liefernde Sache nach Eintritt des Verzugs untergeht, ohne dass den Schuldner am Umfang der Sache ein Verschulden trifft (Art. 101) -> sämtliche Fälle, in denen die Leistung des Verzugsschuldners durch Zufall (ohne Verschulden und Hilfspersonenhaftung) objektiv unmöglich wird
- **Bedeutet**, dass der Verzugsschuldner für den zufälligen Untergang (oder Verschlechterung) der Sache durch Schadenersatzleistung einzustehen hat -> durchbricht den Grundsatz des Art. 97 Abs. 1, wonach der Schuldner für eintretende Leistungsunmöglichkeit nur bei Verschulden haftet

4. Geldschulden: Verzugszinsen (Art. 104)

Art. 104: Verzug bei Geldschuld bewirkt Pflicht zur Leistung von Verzugszinsen -> unabhängig von Verschulden!

Grundsatz

Pflicht zur Verzinsung beginnt mit Eintritt des Verzugs.

- Verfalltagsgeschäft: mit Ablauf des Verfalltags in Verzug; Zinslauf beginnt am ersten Tag nach Ablauf des Verfalltags, beim Mahngeschäft beginnt Verzug am Tag des Mahnungszugangs und Zinsenlauf am ersten Tag nach Mahnungszugang
- Zins wird in Prozenten des Forderungsbetrags berechnet
- Zu verzinsen ist Forderungsbetrag als Geldsumme (Summenschuld), gleichgültig ist, ob Geldsumme auf in- oder ausländische Währung lautet
- Zinsfuß beträgt 5 % (Art. 104 Abs. 1), doch können höhere (Abs. 2) oder tiefere Verzugszinsen vereinbart werden
- Ist ohnehin (auch ohne Verzug) ein Vertragszins geschuldet, bleibt es bei dieser Zinspflicht, falls die vereinbarten Zinsen höher als 5 % sind (Art. 104 Abs. 2), sind sie aber tiefer, sind 5 % zu zahlen (Art. 104 Abs. 1)
- Sonderregelung unter Kaufleuten (Abs. 3): abzustellen ist auf den objektiv kaufmännischen Verkehr, wonach das betreffende Rechtsgeschäft in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der umsatzbezogenen Tätigkeit beider Parteien stehen muss
- Verzugszins ist sogar dann zu bezahlen, wenn Schuldner von Zahlungspflicht oder deren Höhe keine Kenntnis hatte -> weder Schadensnachweis noch Verschulden ist vorausgesetzt; «ratio» liegt im fingierten Zinsverlust der Gläubigerin...
- Dispositives Anatozismus-Verbot: von Verzugszinsen dürfen keine Verzugszinse berechnet werden (Art. 105 Abs. 3)

Ausnahmen – Art. 105 Abs. 1

Nach Art. 105 Abs. 1 besteht Verzinsungspflicht in zwei Fällen erst vom Tag der Anhebung der Beteibung oder der gerichtlichen Klage an:

- Für Zins- oder Rentenschulden (exkl. Miet- und Pachtzinsschulden, also nur Kapitalzinsen i.e.S.)
- Bei Schulden aus Schenkungsversprechen (Zahlung einer geschenkten Summe)

Ende der Verzinsungspflicht

- Mit verspäteten Zahlung des Schuldners
- Mit Untergang der Forderung
- Eröffnung des Konkurses (Ausnahme: pfandversicherte Forderungen, SchKG 209)

5. Synallagmatische Verträge: Wahlrechte – Art. 107 Abs. 2

Art. 107 Abs. 2

der Gläubigerin stehen ohne Rücksicht auf allfälliges Verschulden des Schuldners am Verzug folgende Wahlrechte zu:

- Auf Erfüllung beharren
- Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern
- Rücktritt vom Vertrag

Die Wahlrechte nach Art. 107 Abs. 2 OR**1. Entscheid über die nachträgliche Leistung des Schuldners (in natura)**

entweder Beharren auf Nachleistung
oder Verzicht darauf

2. Entscheid über das Schicksal des Vertrages

entweder Schadenersatz wegen Nichterfüllung
(Aufrechterhaltung des Vertrages)
oder Rücktritt vom Vertrag
(Aufhebung des Vertrages)

3. Entscheid über eigene Leistung

entweder Erbringung der eigenen Leistung in
natura (Austauschtheorie)
oder wertmässige Anrechnung (Differenztheorie)

Wahlrechte von Art. 107 Abs. 2 OR (Umformulierung)

Nach unbenütztem Ablauf der Nachfrist hat der Gläubiger das Recht, „durch unverzügliche Erklärung entweder vom Vertrag überhaupt zurückzutreten [mit den Folgen von Art. 109 OR, negatives Interesse] oder, unter Festhalten am Vertrag, auf die nachträgliche Leistung des Schuldners zu verzichten. ...

Im letzteren Falle hat er Anspruch auf Ersatz des ihm aus der Nichterfüllung erwachsenen Schadens [positives Interesse], ...

... wobei es ihm freisteht, die eigene Leistung zu erbringen oder deren Wert von seinem Ersatzanspruch abzuziehen.“

→ Umformulierung durch Bucher, OR AT, S. 371, Fn. 168

III. Der Tatbestand der Mahnung im Besonderen**Mahnung**

Unmissverständliche Aufforderung der Gläubigerin an den Schuldner, die geschuldete Leistung zu erbringen.
(erwähnt in Art. 102 Abs. 1)

1. Aufforderung der Gläubigerin an den Schuldner zur Vornahme der Leistung

Die Aufforderung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die keiner gesetzlichen Form bedarf; kann auch stillschweigend und schon vor der Fälligkeit vorsorglich erklärt werden.

Klares Leistungsbegehren

Mahnung im Rechtssinn liegt nur vor, wenn die Gläubigerin den Schuldner unmissverständlich zur Leistung aufgefordert hat.

- Auch Frage oder Bitte können Mahnungen sein; es kommt auf unmissverständlichen Inhalt an
- Zustellung einer Rechnung keine Mahnung, aber Rechnungstellung mit Zahlungsfrist ist nach Treu und Glaube Mahnung
- Mahnung im Rechtssinn ist auch Zustellung eines Zahlungsbefehls oder Anhebung einer Leistungsklage (Zustellung des Schlichtungsbegehrens)

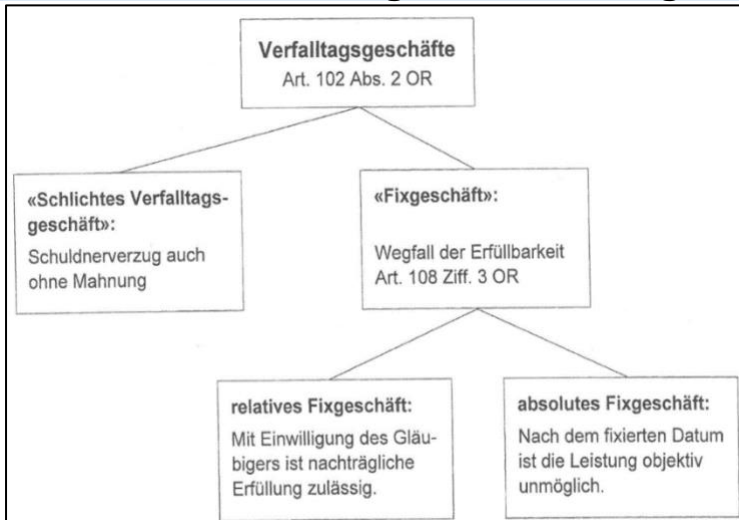
Klarer Leistungsumfang

Aus der Mahnung muss klar ergehen, in welchem Umfang die Gläubigerin die Leistung fordert. Auf die Bezifferung kann verzichtet werden, wenn die Mahnung auf eine frühere, den Geldbetrag enthaltende Rechnung verweist und wenn die Geldschuld zwar fällig ist, aber deren genaue Höhe noch nicht feststeht.

2. Grundsatz: Kein Verzug ohne Mahnung – Art. 102 Abs. 1

Nach Art. 102 Abs. 1 gerät der Schuldner erst in Verzug, nachdem die Gläubigerin ihn gemahnt hat.

3. Ausnahmen: Verzug ohne Mahnung – Art. 102 Abs. 2



Art. 102 Abs. 2 nennt zwei Ausnahmen vom Erfordernis der Mahnung, woraus Rechtsprechung und Lehre weitere Ausnahmen entwickelt haben:

1. Verabredung eines bestimmten Verfalltags (Art. 102 Abs. 2)
2. Herbeiführung der Fälligkeit durch Kündigung (Art. 102 Abs. 2)
3. Weitere Ausnahmen
 - Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit (antizipierter Vertragsbruch) -> Gläubigerin kann in analoger Anwendung von Art. 107, 108 und 109 unverzüglich auf Leistung verzichten
 - Schuldner verhindert vorsätzlich die Zustellung der Mahnung an ihn (analog Art. 156)
 - Wenn Schuldner zur Rückgabe einer gestohlenen Sache verpflichtet ist, muss er als Dieb nicht gemahnt werden

Zu 1. Verabredung eines bestimmten Verfalltags

Allgemein

- Verzug tritt bei Verfalltagsgeschäft nach Ablauf des vereinbarten bestimmten Verfalltags ein
- Kein Verfalltag liegt vor, wenn sich ein Fälligkeitstermin aus dem Gesetz ergibt
- Verfalltag muss genau bestimmt sein

Bei Dauerleistungspflichten

- Meist wird Zeitpunkt des Erfüllungsbeginns auf ein bestimmtes Datum festgesetzt (Mietbeginn am 01.02.2022) -> der so bestimmte Tag des Erfüllungsbeginns ist Verfalltag, von dem an der Schuldner ohne Mahnung zu Leistung verpflichtet ist
- Ist ausnahmsweise nichts vertraglich festgelegt, wird die Pflicht nach Art. 75 sofort fällig: Gläubigerin muss Schuldner zur Leistung auffordern/mahnen

Zu 2. Herbeiführung der Fälligkeit durch Kündigung

- Schuldner kommt mit Ablauf des Tages in Verzug, auf den hin gekündigt worden ist
- Gilt auch bei gesetzlichen Kündigungen (zB Art. 318); entscheidend ist, dass der Schuldner bei bestimmtem Verfalltag über seine Leistungspflicht nicht im Zweifel ist

4. Wirkung der Mahnung

Ist die Mahnung dem Schuldner zugegangen, so gerät er in Verzug. Schuldner gerät aber nicht unmittelbar, sondern erst nach Ablauf einer angemessenen Reaktionszeit in Verzug!

IV. Die Rechtsfolge der Wahlrechte im Besonderen

Allgemeine Verzugsfolgen

können bei jeder Schuld eintreten, unabhängig davon, ob die verzögerte Leistung eine Vertragsleistung ist oder auf einem anderen Entstehungsgrund beruht:

- Pflicht zur Leistung von Verzugszins
- Pflicht zum Ersatz des Verspätungsschadens
- Haftung für Zufall

Besondere Verzugsfolgen

Knüpfen an den Tatbestand des Verzugs in vollkommen zweiseitigen Verträgen an.

- Kern dieser Sonderbestimmungen: (Wahl-)Recht der Gläubigerin, auf die schuldnerische Leistung zu verzichten

1. Grundlage: Sonderbestimmungen der Art. 107-109

Vollkommen zweiseitige Verträge

Art. 107-109

- sind Sondervorschriften für den Schuldnerverzug bei vollkommen zweiseitigen Verträgen und treten zu den übrigen Bestimmungen des Verzugsrechts hinzu (Art. 102-106)
- nehmen Rücksicht auf Eigenart der vollkommen zweiseitigen Verträge und räumen der Gläubigerin die Möglichkeit ein, über das weitere Schicksal des Vertrags zu entscheiden, u.a. mit dem Recht, auf die schuldnerische Leistung zu verzichten
- befassen sich mit der Frage, welche Auswirkungen der Schuldnerverzug auf das Schicksal des Vertragsverhältnisses als Ganzes hat

Eigenart der vollkommenen zweiseitigen Verträge besteht darin, dass Vertragsparteien Gläubiger und Schuldner von Austauschleistungen sind.

Andere Verträge

Es kann auch ein schützenswertes Interesse der Gläubigerin am Verzicht auf die schuldnerische Leistung und an der Geltendmachung von Schadenersatz bei einem wesentlichen zweiseitigen Vertrag auch dann bestehen, wenn die Erfüllung einer nicht im Austausch stehenden Leistung ausbleibt, ebenso beim einseitigen oder unvollkommenen zweiseitigen Vertrag -> analoge Anwendung von Art. 107-109 möglich

2. Voraussetzungen: Nachfrist zur Erfüllung

Befugnis zum Leistungsverzicht ist an Voraussetzung geknüpft, dass die Gläubigerin dem Schuldner eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung ansetzt oder durch die zuständige Behörde ansetzen lässt (Art. 107 Abs. 1)

Modalitäten

- Frist muss als Zeitraum (zB binnen 3 Wochen) oder als Termin (zB bis zum 30.1.2023) bestimmt sein
- Nachfristansetzung ist an keine besondere Form gebunden und kann mit der Mahnung oder einer Kündigung (Art. 102) verbunden werden
- Muss angemessen sein -> abhängig von den Umständen, namentlich der Art der Leistung und dem Interesse des Gläubigers an der baldigen Erfüllung

Zur Angemessenheit

1. Wird eine unangemessene Nachfrist angesetzt, muss der Schuldner unverzüglich protestieren und eine Verlängerung fordern, ansonsten wird Zustimmung angenommen
2. Parteien können die Dauer der Nachfrist vertraglich regeln, vereinzelt hat das Gesetz zum Schutz der schwächeren Partei aber Nachfristdauer zwingend festgesetzt (zB Art. 257d)
3. Recht zur Ansetzung der Nachfrist ist nicht befristet, solange die Nachfristansetzung aber ausbleibt, kann die Gläubigerin (unter Vorbehalt von Art. 108) nur auf Erfüllung klagen; hat sie die Klage auf Erfüllung eingereicht, wäre die parallele Ansetzung einer Nachfrist widersprüchliches Verhalten und daher rechtsmissbräuchlich (ZGB 2 Abs. 2)
4. Gläubigerin kann die Frist auch durch die zuständige Behörde ansetzen lassen (Art. 107 Abs. 1) -> hat Vermutung der Richtigkeit für sich

Ausnahmen

Regel: Gläubigerin muss Ablauf der Nachfrist abwarten, bevor sie weitere Schritte unternehmen und namentlich auf schuldnerische Leistung verzichten kann.

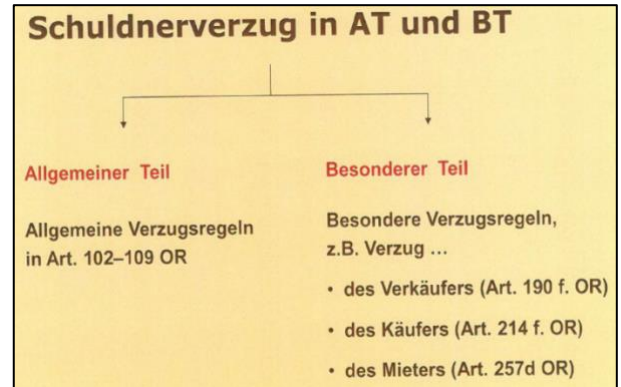
Ausnahme: Verzichtserklärung kann aber bereits mit der Ansetzung der Nachfrist verbunden werden -> mit der Mahnung oder Kündigung kann die Nachfrist gleichzeitig angesetzt werden und für den Fall der Nichtleistung während der Nachfrist der Leistungsverzicht angedroht werden

Von der Pflicht zu Nachfristansetzung ist Gläubigerin befreit, wenn die Fristansetzung sinnlos wäre; **Art. 108** konkretisiert dies folgendermassen:

- **Fristansetzung ist unnütz (Art. 108 Ziff. 1)**

Aus Verhalten des Schuldners geht hervor, dass Fristansetzung unnütz wäre (zB wenn er darauf besteht, er werde nicht leisten oder wenn er bereits vor Fälligkeit Leistungsverweigerung erklärt, sog. antizipierter Vertragsbruch, oder wenn Zeit eh niemals ausreichen würde) -> bei einer solchen Verweigerung ist auf Nachfristansetzung auch dann verzichtbar, wenn das Gesetz sie zwingend vorsieht (zB Art. 257d) -> analoge Anwendung von Art. 107 i.V.m. Art. 108 Zif. 1: sofortiges Wahlrecht der Gläubigerin

- **Verspätete Leistung ist nutzlos (Art. 108 Ziff. 2)**
Nutzlos ist die Leistung dann, wenn der Gläubigerin nicht zuzumuten ist, die Spätleistung anzunehmen und dafür ihre Gegenleistung zu erbringen (zB Hochzeitskleid), diese Unzumutbarkeit muss aber für Schuldner tatsächlich oder vertragsbedingt erkennbar sein!
- **Parteien vereinbaren ein Fixgeschäft (Art. 108 Ziff. 3)**
Voraussetzungen für Fixgeschäft: Parteivereinbarung und genaue Zeitbestimmung; Ablauf des Fixtermins eröffnet der Gläubigerin die Möglichkeit, auf die schuldnerische Leistung zu verzichten oder aber auch auf Leistung beharren (Art. 107 Abs 2 Satz 2), was angenommen wird, wenn Leistungsverzicht nicht unverzüglich erklärt wird
- **Sonderregeln des Besonderen Teils**
 1. Miet- und Pachtrecht: Mieter und Pächter haben nach Art. 107-109 vorzugehen, wenn die Miet- oder Pachtsache nicht zum vereinbarten Zeitpunkt oder mit Mängeln übergeben wurde (Art. 258 Abs. 1, 288 Abs. 1 lit. a) -> Nachfristansetzung ist nicht nötig, wenn einer der umschriebenen Fälle des Art. 108 vorliegt
 2. Kaufvertragsrecht: Nachfristansetzung kann nach Art. 190 Abs. 1 und Art. 214 Abs. 1 unterbleiben:
 - o Nach Art. 190 Abs. 1 wird im kaufmännischen Verkehr bei Abrede eines bestimmten Liefertermins nach Verzugsseintritt vermutet, dass der Käufer auf die Lieferung verzichte und Schadenersatz wegen Nichterfüllung beansprucht
 - o Nach Art. 214 Abs. 1 hat die Verkäuferin das Recht, unter Anzeige an den Käufer ohne weiteres vom Vertrag zurückzutreten, wenn sich der Käufer mit Zahlung im Verzug befindet und die verkaufte Sache gegen Vorauszahlung oder Zug um Zug zu übergeben war



3. Erstes Wahlrecht

Nach unbenutztem Ablauf der Nachfrist kann die Gläubigerin wählen, ob sie die verspätete Leistung des Schuldners noch beanspruchen will oder ob sie auf die Leistung verzichtet.

Nachleistung

- Art. 107 Abs. 2 erster Satz: Gläubigerin kann trotz Schuldnerverzug auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung klagen
- Gläubiger kann dieses Recht bis zur Verzichtserklärung immer geltend machen, also noch vor Ablauf der allenfalls nötigen Nachfrist oder auch später
- Gläubiger kann auch ohne Erfüllungsklage nicht auf Leistung verzichten; es bleibt dann bei den gewöhnlichen Verzugsfolgen und er darf eine neue Nachfrist ansetzen und dadurch die gesamte Wahlrechtslage wiederherstellen (v.a. wenn man Leistungsverzicht zu spät erklärt hat)

Leistungsverzicht

- Muss unverzüglich erklärt werden (Art. 107 Abs. 2) -> dh sobald es der Gläubigerin nach dem gewöhnlichen Geschäftsgang und den besonderen Umständen zugemutet werden kann
- Bei verspäteter Verzichtserklärung ist eine neue Nachfrist anzusetzen, nach deren Ablauf die Wahlrechtslage wiederhergestellt wird
- Verzichtserklärung kann auch mit Nachfristansetzung verbinden werden
- Mit Verzichtserklärung übt Gläubigerin ein Gestaltungsrecht aus; ist bedingungsfeindlich und unwiderruflich

4. zweites Wahlrecht

Nach der Entscheidung, auf die Leistung zu verzichten, kann die Gläubigerin weiter wählen zwischen

- der **Aufrechterhaltung des Vertrags mit Schadenersatz wegen Nichterfüllung** anstelle der verschmähten Gegenleistung und
- der **Vertragsaufhebung durch Rücktritt**

Zeitpunkt der zweiten Wahlerklärung

Art. 107 Abs. 2 lässt offen, ob mit der unverzüglichen Verzichtserklärung gleichzeitig auch der Entscheid über das weitere Schicksal des Vertrages mitgeteilt werden muss. Nach überwiegender Meinung ja.

Erste Alternative: Verzicht unter Aufrechterhaltung des Vertrags

Umwandlung der Leistungspflicht des Schuldners in eine Schadenersatzpflicht

- wenn sich Gläubigerin für Aufrechterhaltung des Vertrags entscheidet, tritt eine Vertragsänderung ein: anstelle der nicht mehr erwünschten Leistung hat Schuldner Schadenersatz zu leisten (Art. 107 Abs. 2)
- Verschulden wird vermutet, dem Schuldner steht ein Exkulpationsbeweis offen
- Zu ersetzender **Schaden** ist von Gläubiger zu beweisen, er setzt sich aus folgenden Elementen zusammen:
 1. Wert der ausgebliebenen Leistung
 2. Verspätungsschaden (Art. 103 Abs. 1); Gläubiger ist so zu stellen, wie wenn die ursprüngliche Leistung zeitgerecht erbracht worden wäre. Dazu gehören auch Kosten für Ausübung des Wahlrechts nach Art. 107 Abs. 2
 3. Besonderheiten bei Geldschulden: im Ergebnis kommt es nicht darauf an, ob Gläubiger auf Erfüllung nebst Ersatz des Verspätungsschadens klagt oder auf Leistung verzichtet und Schadenersatz wegen Nichterfüllung (inkl. Verzugszinsen und diese übersteigenden weiteren Verspätungsschaden) fordert (ausser er selbst hat Naturalleistung zu leisten)

Fortbestand der Leistungspflicht der Gläubigerin (Austausch- und Differenztheorie)

Hat sich die Gläubigerin für die Aufrechterhaltung des Vertrags entschieden, ist sie grundsätzlich zur Erbringung ihrer eigenen Leistung verpflichtet. Fraglich ist, ob es sinnvoll ist, sie noch «in natura» (in forma specifica) leisten zu lassen, obwohl sie selbst auf die Leistung ihres Schuldners verzichtet hat.

Praktischer erscheint es, die Gläubigerin nicht zur eigenen Leistung in forma specifica zu zwingen, sondern ihre **Leistungspflicht nach ihrem Wert in eine Geldschuld umzuwandeln**. Alsdann ist eine Transaktion nur noch hinsichtlich der Differenz der beiden Wertschulden erforderlich.

- Nach Austauschtheorie bleibt es bei der beidseitigen Leistungspflicht; Gläubiger erbringt volle Leistung in natura und erhält dafür Geldersatz im Wert der Leistung, auf die sie verzichtet hat (Erfüllungsanspruch), hinzu kommt ein allfälliger Verspätungsschaden
 - Nach Differenztheorie wird auch Leistungspflicht der Gläubigerin in Geldleistungsschuld umgewandelt; es stehen sich zwei abstrakte Geldleistungspflichten gegenüber; nur die Höhe der Differenz ist der Schuldner ausgleichspflichtig -> vom Erfüllungsinteresse wird Geldwert der Gläubigerleistung abgezogen; es liegt keineswegs Verrechnung im rechtlichen Sinne vor!
- ➔ Nach herrschender Meinung hat die Gläubigerin die Wahl, ob sie nach der Austausch- oder der Differenztheorie vorgehen will (drittes Wahlrecht)

Sonderfrage: Exkulpation des Schuldners

Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung ist verschuldensabhängig, weshalb er bei der Exkulpation des Schuldners vollständig entfällt. -> somit muss auch der Gläubigerin die Rücktrittsmöglichkeit zur Verfügung stehen

Zweite Alternative: Verzicht und Rücktritt

Im Allgemeinen

- Entschieden sich die Gläubigerin, die auf die Leistung des Schuldners verzichtet, für den Rücktritt vom Vertrag (Art. 107 Abs. 2, Art. 109), so wird der Vertrag nicht aufgehoben bzw. aufgelöst, sondern in ein Abwicklungsverhältnis überführt
- Rücktrittrecht steht der Gläubigerin auch dann zu, wenn den Schuldner kein Verschulden am Verzug trifft, aber wenn Schuldner beweist, dass ihn kein Verschulden trifft, entfällt der Schadenersatzanspruch (Art. 109 Abs. 2)
- Rechtsnatur: Gestaltungsgeschäft; hebt bestehendes Geschäft auf und ersetzt es durch ein Abwicklungsgeschäft

Sonderfälle, bei denen ein Rücktritt ausgeschlossen ist

- Bei Rechtsmissbrauch (ZGB 2 Abs. 2)
- Bei Dauervertrag, wenn mit der typischen Dauerleistung bereits begonnen wurde
- Bei blossem Teilverzug
- Im Fall des Käuferverzugs beim Kreditverkauf, wenn sich der Verkäufer das Rücktrittrecht nicht ausdrücklich vorbehalten hat (Art. 214 Abs. 3)
- Bei Solidarschuldhaftung, sofern nicht alle Solidarschuldner hin Verzug sind
- Falls Verzug Nebenleistungspflicht betrifft, die sich nicht als Äquivalent der von der Gläubigerin geschuldeten Leistung darstellt

Umwandlung des Vertrags in ein Abwicklungsverhältnis (Folge des Rücktritts nach Art. 109 Abs. 1)

Die zurücktretende Gläubigerin kann die versprochene Gegenleistung verweigern und das Geleistete zurückfordern

- Die gegenseitigen Forderungen auf Leistung erlöschen, soweit sie noch bestehen
- Jede Partei kann die von ihr versprochene Leistung verweigern
- Jede Partei hat Anspruch auf Rückerstattung bereits erbrachter Leistungen
- Rücktritt wandelt Vertrag in ein (vertragliches) Rücktrittsverhältnis um
- Es gilt die vertragliche Verjährungsfrist von Art. 127 OR

Ersatz des negativen Vertragsinteresses

- Rücktrittsrecht steht Verzugsgläubigerin auch zu, wenn den Schuldner kein Verschulden trifft
- Schadenersatz setzt allerdings Verschulden voraus (Art. 109 Abs. 2)
- Schadenersatzanspruch richtet sich auf den Ersatz vom negative Interesse -> dazu gehören Kosten, Ersatz für nicht bezogene Früchte und Zinsen, entgangener Gewinn aus einem Geschäft, das infolge des Vertragsschlusses unterblieben ist, nicht aber der zum Erfüllungsinteresse gehörende mutmassliche Gewinn aus Folgegeschäften des dahingefallenen Vertrags

Merke: als Regelzeitpunkt für die Schadensermittlung gilt der Zeitpunkt der Verzichtserklärung.

V. Einzelfragen**1. Sonderfälle****Teilverzug**

Schuldner bietet nur einen Teil seiner fälligen Leistung an und ist mit dem Rest in Teilverzug.

- Gläubigerin stehen grundsätzlich bei Annahme der Teilleistung die Rechte aus Art. 107 Abs. 2 und Art. 109 nur mit Blick auf den Restvertrag zu
- Ausnahmsweise soll Rücktritt vom ganzen Vertrag zulässig sein, wenn die bereits erbrachte Teilleistung für die Verzugsgläubigerin ohne Interesse sind
- Ausgeschlossen ist Rücktritt, wenn bloss ein unwesentlicher Teil der Leistung noch ausstehend ist

Sukzessivlieferungsvertrag

Schulder ist in einem Sukzessivlieferungsvertrag mit einer der auf je eigene Fälligkeit gestellten Teilleistungen im Verzug.

- Verzug wird als Einheit betrachtet; Gläubigerin kann im vollkommen zweiseitigen Vertrag dem Schuldner einer säumigen Teilleistung die Einrede des nicht erfüllten Vertrags auch dann entgegenhalten, wenn die späteren Raten geleistet worden sind
- Ist zu befürchten, dass Schuldner auch künftige Leistungen nicht rechtzeitig erbringen wird, kann Gläubigerin nach Setzung einer Nachfrist für die bereits fälligen Raten vom gesamten Restvertrag zurücktreten

Dauerschuldverhältnisse

Hat der Schuldner mit der typischen Dauerleistung bereits begonnen, so wird der Rücktritt infolge Schuldnerverzug durch Kündigung mit Wirkung ex nunc ersetzt; Vertrag wird lediglich hinsichtlich der künftig zu erbringenden Leistungen aufgelöst. Unter bestimmten Voraussetzungen ist ein Rücktritt mit Rückabwicklung zugelassen:

- Wenn die bereits erbrachte Leistung für die Gläubigerin wertlos ist
- Wenn anzunehmen ist, dass die Gläubigerin den Vertrag nur für die Dauer, während der die verzögerte Leistung erbracht wurde, nicht abgeschlossen hätte
- Falls die Gläubigerin schon eine erhebliche Vorleistung erbracht hat

Besondere Gesetzesbestimmungen

- Art. 190 f. – Verzug des Verkäufers im kaufmännischen Verkehr
- Art. 214 f. – Verzug des Käufers
- Art. 257d – Verzug des Mieters
- Art. 282 – Verzug des Pächters
- Art. 366 Abs. 1 – Verzug des Unternehmers bei Erstellung des Werks

2. Haftung des Schuldners für seine Hilfspersonen

Ist Verzug im Verhalten einer Hilfsperson des Schuldners begründet, hat dieser für den Verspätungsschaden nach Art. 101 einzustehen, also ohne eigenes Verschulden, aber nach Grundsätzen der hypothetischen Vorwerfbarkeit. Art. 101 geht Art. 103 Abs. 2 vor.

Dem Schuldner steht der Entlastungsbeweis offen, dass er, hätte er anstelle der Hilfsperson gehandelt, den Verzug nicht schuldhaft herbeigeführt hätte.

3. Beendigung des Verzugs

Das der Verzug Nichterfüllung in zeitlicher Hinsicht ist, kann er zwei verschiedene Folgen bewirken, die beide den Verzug beenden:

1. Endgültiges Ausbleiben der geschuldeten Leistung
 - o Wenn entweder Gläubigerin nach Art. 107 Abs. 2 trotz Festhaltens am Vertrag auf nachträgliche Leistung verzichtet und dafür Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt oder weil sie vom Vertrag zurücktritt

- Wenn Leistung des Schuldners unmöglich geworden ist; wird schadenersatzpflichtig, wenn ihn ein Verschulden trifft (Art. 97 Abs. 1) oder durch das Verhalten seiner Hilfspersonen (Art. 101) an der Unmöglichkeit oder als Folge des verschuldeten Verzugs (Art. 103) zu verantworten hat. Trifft keine dieser Voraussetzungen zu, gilt Forderung als erloschen, Schadenersatzpflicht besteht nicht (Art. 119 Abs. 1)
5. Nachträgliche Erbringung der geschuldeten Leistung; Verzug endet, wenn Schuldner die richtige Leistung nachträglich anbietet (oder wenn er eine ihm zustehende Einrede erhebt)

§27 Schaden und Schadenersatz

I. Schadensbegriff

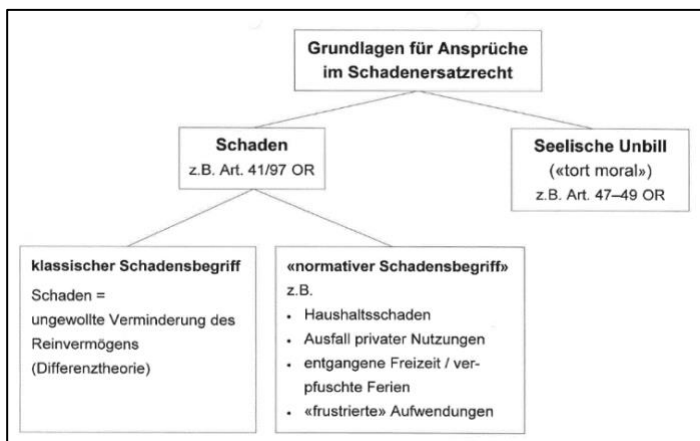
1. (klassische) Differenzhypothese

Schaden

Ist nach ständiger Rechtsprechung des BGer eine unfreiwillige Vermögensverminderung. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder im entgangenen Gewinn bestehen und entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.

Bemerkung

Lediglich die Vermögensseinbusse (materieller Schaden) ist Gegenstand des Schadenersatzes; Ausgleichsleistungen, die einem Verletzten zur Wiedergutmachung seelischer Unbill in Geld zugesprochen (Genugtuung) werden als Ersatz «immateriellen» Schadens bezeichnet.



Schadenersatz bei Leistungsstörungen: Fälle

- verschuldete Unmöglichkeit: Art. 97 Abs. 1 OR
- verschuldete pVV: Art. 97 Abs. 1 OR (und BT)
- Verantwortlichkeit für Hilfspersonen: Art. 101 OR
- Verzug / Verspätungsschaden und Haftung für den Zufall: Art. 103 und 106 OR
- Verzug / Ausübung der Wahlrechte: Art. 107 und 109 OR
- *negative VSS: keine wirksame Wegbedingung (Art. 100 OR)*

2. Normativer Schaden

Normativer Schaden

Schaden wird nach normativen Wertungsgesichtspunkten bejaht (oder verneint), obwohl keine Vermögensdifferenz besteht.

Die Besonderheit liegt somit darin, dass er nach der Rechtsprechung auch zu ersetzen ist, soweit er sich nicht in zusätzlichen finanziellen Aufwendungen niederschlägt, mithin gar keine Vermögensverminderung eintritt (wegen familieninterner Regelung zB).

1. Haushaltsschaden

Ist ein klassischer Vermögensschaden, soweit zufolge des Ausfalls der Hausfrau oder des Hausmannes konkrete Aufwendungen für Haushaltshilfen zu erbringen sind: Der Schaden besteht im Betrag der Entlohnung der Hilfe. Das BGer geht indessen weiter und spricht von einem abstrakten «wirtschaftlichen Wertverlust».

- ➔ Bei Tod oder teilweiser oder vollständiger Invaliderität des haushaltsführenden Ehepartners muss haftpflichtiger Verursacher für künftigen Erwerbsausfall und Haushaltsschaden aufkommen

2. Pflege- und Betreuungsschaden

Erleidet eine Person, wenn sie für ihre Lebensführung auf die Unterstützung Dritter angewiesen ist. Die Entschädigung orientiert sich an den Ansätzen für entsprechendes Pflegepersonal.

3. Kommerzialisierungsschaden

Die durch eine schädigende Handlung (Vertragsverletzung) verursachte Beeinträchtigung von Nutzungsmöglichkeiten (immaterielle Güter wie Genuss, Erholung, Schönheit, Fitness etc.) ist als Schaden zu qualifizieren und löst Schadenersatzpflicht i.S. eines positiven Vertragsinteresses aus.

Das BGer hat allerdings dem Nutzungsausfall als solchem die Schadensqualität bislang abgesprochen und Kommerzialisierungsschaden wird überwiegend abgelehnt in Praxis.

4. Frustrationsschaden

Geht um den Ersatz von Aufwendungen, die man im Hinblick auf einen Nutzen getätigt hat, der im Nachhinein wegfällt, sodass die Aufwendung für nichts erbracht worden ist.

- zB Preis für Schifffahrtkarte, die nicht mehr angetreten werden kann wegen Salmonellenvergiftung
- BGer und Teil der Lehre sprechen den nutzlosen Aufwendungen die Schadensqualität ab («Beeinträchtigungen, die nicht das Vermögen betreffen, stellen keinen Schaden im Rechtssinne dar; die dafür allenfalls zu leistende Geldsumme ist nicht Schadenersatz, sondern Genugtuung..»)

5. Haustierschaden

Schaden, den ein Halter oder seine Angehörigen im Fall der Verletzung oder Tötung eines Haustiers geltend machen kann (Art. 42 Abs. 1).

- Art. 42 Abs. 3 (Sonderbestimmung) beachten: bei Haustieren können Heilkosten auch dann angemessen als Schaden geltend gemacht werden, wenn sie den Wert des Tieres übersteigen
- Revision des Sachenrechts (Tiere sind keine Sachen, ZGB 641a Abs. 1) führte zur ausnahmsweisen Anerkennung des Affektionsinteresses als Schadenposten

II. Schadenselemente

Schadenselemente

Umfassen die typischen Schadensposten, ohne abschliessend zu sein. Sie dienen in der Praxis v.a. der Schadensberechnung.

Grundsätzlich ist der Schaden konkret zu ermitteln (Art. 43). Eine abstrakte Schadensberechnung ist nur zulässig, wenn sie gesetzlich vorgesehen ist (zB Art. 191 Abs. 3) oder sie sich sonst aufdrängt, zB. Beim Haushaltsschaden.

Im Einzelnen kann sich der (konkrete) Schaden wie folgt zusammensetzen:

1. Wert der ausgebliebenen Leistung

Wird geschuldete Leistung nachträglich unmöglich (Art. 97), so erleidet die Gläubigerin einen Schaden im Wert der ausgebliebenen Leistung, denn Forderung auf Erfüllung in natura ist erloschen. → Umwandlung der ursprünglichen (primären) Leistungspflicht in eine (sekundäre) Schadenersatzpflicht.

2. Kosten

- Reparatur- oder Heilungskosten
- Kapitalkosten (Zinsaufwand für das in die Transaktion investierte Kapital; Schadens- und Genugtuungszins)
- Weitere Kosten; vorprozessuale Anwaltskosten, Aufwendungen zum (vergeblich erwarteten) Empfang der Ware am Erfüllungsort

3. weitere Schadenselemente

- Fälle der positiven Vertragsverletzung und des «lucrum cessans»
zB Kunstfehler des Herzchirurgen macht weiter OP erforderlich («damnum emergens» aus positiver Vertragsverletzung) und führt zu vorübergehender Arbeitsunfähigkeit («lucrum cessans» aus positiver Vertragsverletzung)
- Fall, wo Gläubiger die unmöglich gewordene Lieferung bereits weiterverkauft hat und seinerseits auch ohne Verschulden zB Konventionalstrafe bezahlen muss

Bemerkung

Von diesen Schadenselementen ist der «**weitere Schaden**» zu unterscheiden, von dem das Gesetz in einigen Bestimmungen spricht. Es wird i.d.L. auch als «indirekter» oder «mittelbarer» Schaden bezeichnet. Was gemeint ist, muss durch Auslegung geklärt werden und ist jeweils streitig.

III. Schadensarten

1. Sach-, Personen- und sonstiger Schaden (reiner Vermögensschaden)

Unterscheidungsmerkmal: primäre Rechtsgutsverletzung

- Sachschaden: entsteht bei Zerstörung, Beschädigung oder Verlust einer Sache (oder bei Verletzung eines Immaterialguts)
- Personenschaden (oder Körperschaden): ist Folge der Schädigung der Gesundheit eines Menschen
- Sonstiger Schaden (reiner Vermögensschaden): Schaden, der weder Personen- noch Sachschaden ist

→ Alle 3 sind im Vertragsrecht ersatzfähig, wenn sie durch eine Vertragsverletzung bewirkt werden.

2. Damnum emergens und lucrum cessans

Unterscheidungsmerkmal: Art der Veränderung im Vermögen

- Damnum emergens: Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven -> Vermögen ist tatsächlich kleiner, als vor dem schädigenden Ereignis
- Lucrum cessans: entgangener Gewinn -> Vermögen wäre grösser ohne das schädigende Ereignis (muss üblich oder sicher sein)

3. weitere Schadensarten

Direkter Schaden vs. Reflexschaden

- Unterscheidungsmerkmal: Person des Geschädigten
- Direkter Schaden: Person, die durch die schädigende Handlung unmittelbar betroffen ist
- Reflexschaden: Person, die als Folge einer direkten Schädigung einen Schaden erleidet -> i.d.R. nicht ersatzfähig

Unmittelbarer vs. Mittelbarer Schaden

- Unterscheidungsmerkmal: Länge der Kausalkette zwischen Vertragsverletzung und Schaden
- Nach Art. 97 haftet der Schuldner gleichermassen für den unmittelbaren und den mittelbaren Schaden
- Bei Rechts- und Sachmängelgewährleistung im Kaufrecht haftet Schuldner für unmittelbaren Schaden verschuldensunabhängig

4. Exkurs: Drittschaden und Drittschadensliquidation

Drittschaden

Schaden, der nicht im Vermögen der ersatzberechtigten Gläubigerin, sondern bei einer Drittperson entstanden ist. Er ist nach allgemeinen Prinzipien des Schadenersatzrechts vom Schuldner nicht zu ersetzen.

Drittschadensliquidation

Der Ersatzberechtigte (Gläubiger) kann über die Rechtsfigur der Drittschadensliquidation den Drittschaden im eigenen Namen geltend machen, notfalls einklagen und somit liquidieren -> Gläubigerin liquidiert gegenüber ihrem Schuldner den Schaden eines Dritten. In der CH im Fall der indirekten Stellvertretung befürwortet.

Abgrenzung

- Uneigentliche Drittschadensliquidation: Gläubigerin belangt Schuldner für den Schaden, der ihr dadurch entstanden ist, dass sie vom geschädigten Dritten für den vom Schuldner verursachten Schaden belangt wurde. Dieser Anspruch wird als selbstverständlich anerkannt.
- Der Dritte, der durch das Verhalten des Schuldners geschädigt wurde, belangt diesen aus unerlaubte Handlung (Art. 41 ff)
- Geschädigter Dritter klagt erlittenen Schaden (obwohl selbst nicht Vertragspartei) aus Vertragsverletzung ein -> führt nur zum Ziel, wenn ein Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter vorliegt

IV. Berechnungsarten des Schadens

Nach der Differenzhypothese wird der Schaden nach zwei Parameter bestimmt:

- Tatsächlicher Vermögensstand
- Hypothetischer Vermögensstand ohne das schädigende Ereignis

Der hypothetische Vermögensstand kann nach zwei verschiedenen Kriterien bemessen werden:

- Vermögensstand bei richtig erfülltem Vertrag (positives Interesse)
- Vermögensstand bei Verzicht auf den Vertragsabschluss (negatives Interesse)

1. positives Interesse (Nichterfüllungsschaden oder Erfüllungsinteresse)

Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses richtet sich auf Herbeiführung des Vermögensstandes, in dem sich der Geschädigte befände, wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre:

- Wert der versprochenen Leistung
- Mit Nichterfüllung direkt verbundene Kosten (zB Mahnkosten)
- Weitere Schadenselemente: entgangener Gewinn oder Belastung durch Konventionalstrafe im Fall einer bereits erfolgten Weiterveräußerung

Wer das positive Interesse geltend macht, hat bei zweiseitigen Verträgen grundsätzlich seine eigene Leistung zu erbringen, weil der Vertrag aufrechterhalten bleibt.

2. negatives Interesse (Vertrauensschaden)

Jener Vermögensstand des Geschädigten, der bestünde, wenn der Vertrag gar nicht abgeschlossen worden wäre. Massgebend ist also der hypothetisch bestimmte status quo ante. Dieses negative Interesse betrifft den Schaden, der aus dem **Dahinfallen des Vertrags** erwächst.

3. Anwendungsbereiche

Positives Interesse (Erfüllungsinteresse)

- Unmöglichkeit
- Schlechtleistung (Art. 97 Abs. 1)
- ➔ Der Ersatzpflichtige hat die geschädigte Person so zu stellen, wie wenn richtig erfüllt worden wäre

Negatives Interesse (Vertrauensschaden)

- Vertrauen in den Bestand des Vertrag wird enttäuscht (zB Art. 26 Abs. 1, 39 Abs. 1) -> Dahinfallen des Vertrags
- Deckt auch Gewinn aus nicht geschlossenen Drittgeschäften

Bemerkungen

- Negatives kann grösser sein als das positive Interesse: wenn der Gewinn aus einem nicht abgeschlossenen Drittgeschäft grösser wäre als der Ersatz, der wegen Nichterfüllung des konkreten Vertrags beansprucht werden kann
- Unmittelbare Vermögensverminderung (damnum emergens; positiver Schaden) und entgangener Gewinn (lucrum cessans) können bei beiden Interessen relevant werden

4. Abgrenzungen: Enthaltungs- oder Integritätsentschädigung

Enthaltungs- oder Integritätsentschädigung

Schaden, den die Gläubigerin als Folge einer Verletzung ihrer Person oder ihrer Rechtsgüter erleidet.

- Geht nicht um Wert einer zu erbringenden Leistung (Erfüllungserwartung) oder um Wert von Aufwendungen, die sich im Nachhinein als vergeblich erweisen (Gültigkeitserwartung)
- Geht um Interesse an der Unversehrtheit der Person und ihrer Rechtsgüter
- Primärer Anwendungsbereich des Integritätsinteresses: Deliktsrecht (im Vertragsrecht im Rahmen der positiven Vertragsverletzung -> Verletzung von Schutz- und Verhaltenspflichten)
- i.d.R. geht es um die vermögensmässige Folgen der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands (Realersatz)

«Integritätsinteresse» («Erhaltungsinteresse»)

- Schaden aus Nebenpflichtverletzung (pVV) (regelmässig: Personen- oder Sachschaden)
- Ziel: Geschädigter soll so gestellt werden, wie wenn seine Rechtsgüter nicht beeinträchtigt worden wären
- kann im Rahmen des positiven und des negativen Interesses geschuldet sein

V. Umfang des Schadenersatzes

1. Rechtsgrundlage: Die Verweisung von Art. 99 Abs. 3

Danach bemisst sich insbesondere Grösse des geschuldeten Ersatzes grundsätzlich nach dem Recht der unerlaubten Handlung (Art. 42 ff.), auch wenn es um eine Schadenersatzpflicht nach Art. 97 ff. (also aus Vertrag) geht → analoge Anwendung!

2. Zentrale Bestimmungen: Art 42-44

Die Höhe des von der Gläubigerin nachgewiesenen oder gerichtlich festgelegten Schadens (Art. 42) ist vom Gericht nach Recht und Billigkeit festzulegen (Art. 43), wozu die Berücksichtigung eines möglichen Mitverschuldens seitens der Gläubigerin gehört (Art. 44):

Nachweis der Schadenshöhe

- obliegt dem Geschädigten (Art. 42. Abs. 1)
- ist der Schaden nicht ziffernmässig nachweisbar, wird er gem. Abs. 2 nach richterliche Ermessen geschätzt

Geldersatz und Naturalrestitution

- Art. 43 Abs. 1: Art (und Grösse) des Schadenersatzes muss Gericht nach den Umständen (ZGB 4) bestimmen, wenn sich Parteien darüber nicht einigen
- Geldersatz ist die Regel
- Naturalersatz und Geldersatz können auch kombiniert werden

Totalreparation und Vorteilsanrechnung

- Art. 43 Abs. 1: Gericht bestimmt Art und Grösse des Schadens
- Grundsatz der Totalreparation: im Regelfall sind alle vermögenswerten Nachteile zu ersetzen; umgekehrt hat aber die Geschädigte auch keinen Anspruch auf einen Ersatz, der den eingetretenen Schaden übersteigt → **Die effektive Höhe des Schadens begrenzt den Schadenersatzanspruch nach oben (Bereicherungsverbot)**

Schadenersatzpflicht

- **Schadensberechnung:**
Bestimmung des Schadens (OR 42)
- **Schadenersatzbemessung:**
Höhe des Schadenersatzes (OR 43 f.)
Insbesondere Herabsetzungsgründe (OR 44)

- Geschädigter muss sich auch Vermögensvorteile anrechnen lassen

Herabsetzungsgründe

- Art. 44 Abs. 1: Gericht kann Ersatzpflicht ermässigen oder gar ausschliessen, wenn die Geschädigte in die schädigende Handlung eingewilligt hat oder wenn sie ein Selbstverschulden trifft
- Art. 44 Abs. 1 betrifft nur Herabsetzung von Schadenersatzansprüchen, nicht vertraglicher Erfüllungsanspruch
- **Gläubigerin trifft die Obliegenheit, alle nach Treu und Glauben zumutbaren Massnahmen (ZGB 2) zu ergreifen, die zur Verminderung des Schadens geeignet sind (Schadenminderungspflicht)**
- Unterlässt sie dies, führt dies auch im Vertragsrecht zu einer Reduktion der Schadenersatzpflicht des Schuldners: Schaden ist nur in dem Umfang zu ersetzen, in welchem er entstanden wäre, wenn die Geschädigte ihrer Schadenminderungspflicht nachgekommen wäre
- Massstab für Schadenminderungspflicht: dasjenige Verhalten, das von der Geschädigten zu erwarten wäre, wenn sie selbst für den Schaden haftbar wäre

3. übrige Verweisungstatbestände

1. Von der Verweisung in Art. 99 Abs. 3 erfasst sind die Schadenersatzforderungen oder Genugtuungsansprüche des Vertragspartners bei Tötung und Körperverletzung (Art. 45-46)
2. Art. 99 Abs 3 erstreckt sich auch auf Haftung urteilsunfähiger Personen (Art. 54); haftet aber maximal mit negativem Interesse

Bemerkung: Abschnitt nicht wirklich verstanden und nicht alle Punkte hier aufgeführt!

VI. Zeitpunkt der Schadensermittlung

Es ist nach Berechnungsarten für den Schaden zu unterscheiden.

Bei Leistungsunmöglichkeit

Zeitpunkt, da der Schuldner hätte erfüllen sollen (Fälligkeit), wobei sich die Gläubigerin sich stattdessen auch für den Urteilszeitpunkt entscheiden kann

Im Verzugsfall

Unterscheidung zwischen Verspätungsschaden (Art. 103. 106) und den Schadenforderungen im Fall des Leistungsverzichts (Art. 107 Abs. 2):

- Verspätungsschaden: Verzugseintritt, wobei Gläubigerin sich stattdessen für Urteilszeitpunkt entscheiden kann
- Verzichtet die Gläubigerin auf nachträgliche Leistung und verlangt den Nichterfüllungsschaden (Art. 107 Abs. 2), ist der Zeitpunkt der Verzichtserklärung massgeblich. Entsprechendes gilt für Rücktritt

Fall der positiven Vertragsverletzung

Auf Erfüllungszeitpunkt abstellen, wobei Gläubigerin wahlweise auch Zeitpunkt der Urteilsfällung wählen kann.

VII. Verjährung – Art. 127 ff.

- Forderung verjährt im Regelfall in 10 Jahren, soweit nicht Sonderbestimmungen greifen
- Fristbeginn:

Schadenersatz wegen...	Fristenlauf beginnt mit..
Nachträglicher Unmöglichkeit	Fälligkeit der Erfüllungsforderung
Positiver Vertragsverletzung	Vertragsverletzung
Rücktritt vom Vertrag	Rücktrittserklärung der Gläubigerin

VIII. Konkurrenzfragen

1. Normenkonkurrenz

Begriff Normenkonkurrenz

Ein Sachverhalt kann unter Umständen sowohl den Tatbestand der Vertragsverletzung als auch den Tatbestand der unerlaubten Handlung erfüllen.

GRUNDLAGEN UND BEGRIFFE

Phänomen: Ein und derselbe Lebenssachverhalt kann unter Umständen die Tatbestände zweier (oder auch mehrerer) Rechtsnormen erfüllen, die dieselben oder aber auch unterschiedliche Rechtsfolgen haben können.

- **Oberbegriff:** Normenkonkurrenz (auch «Normenkollision» und teilweise auch «Gesetzeskonkurrenz» genannt)
- **Unterbegriff** für konkurrierende Ansprüche aus vertraglicher und ausservertraglicher Haftung: Haftungskonkurrenz

Folgen

Müssen im Einzelfall bestimmt werden. Möglich sind:

- Kumulation: beide Normen sind ohne Einschränkung anwendbar
- Alternativität: beide Normen sind anwendbar, jedoch schliesst die Wahl oder Verwirklichung der einen Norm die andere aus
- Derogation: eine der beiden Normen gilt exklusiv; die Anwendung der anderen Norm ist ausgeschlossen, die derogierende Norm tritt an deren Stelle
- Neutralisierung: die beiden Normen schliessen sich gegenseitig aus; keine der beiden Normen ist anwendbar, somit bleibt eine Lücke, die nach den Regeln der Lückenfüllung zu schliessen ist

FOLGEN DER NORMENKONKURRENZ

Ausgangslage: TB N1 UND TB N2 sind erfüllt

Mögliche Folgen:

- **Kumulation:** N1 UND N2 können angewendet werden
- **Alternativität:** N1 ODER N2 können angewendet werden
- **Derogation:** N1 verdrängt N2. NUR N1 kann angewendet werden.
- **Neutralisierung:** WEDER N1 NOCH N2 sind anwendbar. Lücke!

→ Ermittlung durch **Auslegung!**

2. Konkurrenz von Vertrag und Delikt

Die Bestimmungen in Art. 41 und Art. 97 sehen als Rechtsfolge eine Schadenersatzpflicht vor (Rechtsfolgenidentität). Nach h.L. und Rechtsprechung kann sich eine Geschädigte bei gegebenen Voraussetzungen sowohl auf den vertraglichen (Art. 97) als auch auf den ausservertraglichen Haftungsgrund (Art. 41) berufen =

Anspruchskonkurrenz.

Die Erfüllung ist wirtschaftlich zwar nur einmal geschuldet, aber die Ansprüche bestehen selbstständig und der Anspruch erlischt nur insoweit, als dass der Konkurrenzanspruch wirtschaftlich abgedeckt ist.

- ➔ Folge des Normkonkurrenzverhältnisses ist die Kumulation, nicht die Alternativität
- ➔ Stehen der Gläubigerin beide Anspruchsgrundlagen zur Verfügung, kann sie die für sie günstigere wählen

Anspruchskonkurrenz

Phänomen: Eine Vertragsverletzung kann gleichzeitig eine widerrechtliche Handlung i.S.v. Art. 41 OR darstellen (häufig: Schlechterfüllung eines Auftrags).

Rechtsslage: Anspruchskonkurrenz

→ Der vertragliche und der ausservertragliche Anspruch auf Schadenersatz bestehen nebeneinander. Mit der Erfüllung des einen Anspruchs geht auch der andere unter.

Vertrags- und Deliktshaftung: Voraussetzungen und Kennzeichen

VSS der Vertragshaftung: Art. 97 ff. OR	VSS der Deliktshaftung: Art. 41 ff. OR
– Vertragsverletzung	– widerrechtliches Verhalten
– Schaden / Kausalzusammenhang	– Schaden / Kausalzusammenhang
– Verschulden	– i.d.R. Verschulden
Kennzeichen	Kennzeichen
– Haftung erfasst alle Schäden des Gläubigers (auch «reine Vermögensschäden»)	– Haftung erfasst keine «reinen Vermögensschäden» des Geschädigten
– Verschulden wird vermutet (Art. 97 Abs. 1 OR)	– Geschädigter muss Verschulden des Schädigers beweisen
– Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 OR	– Hilfspersonenhaftung nach Art. 55 OR
– Verjährung nach Art. 127 ff. OR	– Verjährung nach Art. 60 OR

Vertragshaftung und Deliktshaftung: Fragen

Vertragshaftung: Art. 97 ff. OR (+ BT)	Deliktshaftung: Art. 41 ff. OR (+ Nebengesetze)
Frage: Was schulden Vertragspartner einander, und welche Sanktionen treten ein, wenn sie ihre Pflichten nicht (richtig) erfüllen?	Frage: Was schulden Personen einander, die in keiner besonderen Beziehung zueinander stehen? («Jedermannsbeziehung»)
→ Erfüllungsanspruch	→ Schadenersatz (Genugtuung)
→ Schadenersatz (Genugtuung)	→ Unterlassungsanspruch (z.B. Art. 679 ZGB)
→ Verzugszinsen	
→ Wahlrechte (insbes. Rücktritt)	
...	
als Folgen einer Vertragsverletzung	als Folgen einer widerrechtlichen Handlung

§28 Die Kausalität

I. natürliche und adäquate Kausalität

Kausalnexus

Bezeichnet eine Relation zwischen zwei Gegebenheiten (Quidditäten), wobei die eine die Ursache der andern, die andere die Folge der ersten ist.

Die Vertragsverletzung muss Ursache (conditio sine qua non) des Schadens sein.

1. natürlicher Kausalzusammenhang

Natürlicher Kausalzusammenhang

Besteht aus der signalisierten Relation von Ursache und Wirkung (Erfolg)

- Das **fragliche Verhalten darf nicht weggedacht werden können, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfiel** -> Ursachen i.S. Des natürlichen Kausalzusammenhangs sind alle Umstände, ohne deren Vorhandensein der eingetretene Erfolg nicht als eingetreten oder nicht als in der gleichen Weise bzw. nicht zur gleichen Zeit eingetreten gedacht werden kann
- Vertragsverletzung muss nicht die alleinige oder unmittelbare Ursache des Schadens sein; es genügt, dass sie eine von (mehreren) natürlichen Ursachen des eingetretenen Schadens darstellt

2. Adäquater Kausalzusammenhang

Bei Handlungen

- Ist der natürliche Kausalzusammenhang gegeben, wird er nach Wertungsgesichtspunkten mittels der Theorie der adäquaten Kausalzusammenhangs auf die rechtliche Relevanz beschnitten
- Es **muss ursächlicher Zusammenhang in der Weise bestehen, dass die schädigende Handlung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, den entstandenen Schaden herbeizuführen, der Schadeneintritt also durch die Vertragsverletzung allgemein als begünstigt erscheint**

Bei Unterlassungen

- Können widerrechtlich (Art. 41) oder vertragswidrig (Art. 97, 102 ff.)
- Rechtsprechung stellt die **hypothetische Frage, ob bei rechtmässiger Handlung (Unterlassung der Unterlassung) der eingetretene Schaden nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausgeblieben wäre**

II. weitere Ausdifferenzierungen

Berücksichtigung der hypothetischen Kausalität

- Einwand, der Schaden wäre unabhängig von seinem Verhalten wegen späterer (hypothetischer) Ereignisse ohnehin eingetreten -> Berufung auf Reserveursachen)

- Schweizer Rechtsprechung nicht konstant; BGer berücksichtigt die hypothetische Kausalität jedenfalls bei zeitlicher Parallelität des tatsächlichen und hypothetischen Verlaufs, massgebend seien aber wertende Gesichtspunkte

Berücksichtigung von rechtmässigem Alternativverhalten

- Einwand, der gleiche Schaden wäre auch dann eingetreten, wenn er die von ihm verletzte Rechtspflicht erfüllt hätte
- Unterschied zur hypothetischen Kausalität: Hypothese betrifft nicht ein späteres Ereignis, sondern die mit den pflichtwidrigen Handlungen zeitlich zusammenfallende Alternative rechtmässigen Verhaltens
- BGer und h.L. lassen Einwand rechtmässigen Alternativverhaltens zu

Bundesgerichtliche Rechtsprechung

- Bejaht auch singuläre und aussergewöhnliche Unfallfolgen -> Massstab der objektiven rückwirkenden Betrachtung -> statistische Häufigkeit spielt keine Rolle
- Auch sehr seltene oder ungewöhnliche Schadensfolgen können somit adäquat kausal sein
- «schwacher Kausalzusammenhang» kann aber Schadenersatzreduktion rechtfertigen (Art 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 43 OR)

III. Beweislast

- Die Gläubigerin (der Schadenersatzansprüche) obliegt der Beweislast für den natürlichen Kausalzusammenhang gem. Art. 8 ZGB
- Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit

§29 Die Verantwortlichkeit

Art. 97 Abs. 1 setzt neben dem adäquaten Kausalzusammenhang auch die Verantwortlichkeit des Schuldners voraus. Diese ergibt sich oftmals auf Grund seines Verschuldens (Art. 97 Abs. 1), kann aber auch durch ein gesetzlich normiertes verschuldensunabhängiges Entstehenmüssen für den Schaden gegeben sein (Kausalhaftung), was sich insbesondere bei der gesetzlich geregelten Verantwortlichkeit für Hilfspersonen zeigt.

I. Verantwortlichkeit aus Verschulden

1. Verschuldensbegriff

Schuldhaftes Verhalten

Ist vorwerfbares Verhalten;

- Wer den Vertrag in einer Art und Weise verletzt, die ihm zum Vorwurf gereicht, handelt schuldhaft
- **Subjektive Seite:** subjektiv Schuldhaft verhält sich eine Vertragspartei, die auf Grund ihrer Urteilsfähigkeit in der Lage ist, die Vertragswidrigkeit ihres Verhaltens zu erkennen und entsprechend dieser Erkenntnis zu handeln
- **Objektive Seite:** objektiv schuldhaft verhält sich eine Vertragspartei, die den Vertrag verletzt, obwohl man von einer gewöhnlichen, vernünftigen und anständig handelnden Vertragspartei die Vertragserfüllung hätte erwarten können
- Vertragsverletzung kann gewollt (Vorsatz, Absicht), in Kauf genommen (Eventualvorsatz) oder sorgfaltswidrig (Fahrlässigkeit) sein

2. Verschuldensarten

Vorsatz

- Schuldner handelt wissentlich und willentlich: er weiss, dass sein Verhalten vertragswidrig ist oder es zu einer Vertragsverletzung führen wird, und er will diesen Erfolg -> will Schuldpflicht missachten
 - Eventualvorsatz: Schuldner sieht, dass sein Verhalten vertragswidrig sein und den Erfolg bewirken kann, doch er will die Vertragswidrigkeit nicht, nimmt sie aber in Kauf oder findet sich damit ab
- ➔ Schuldner haftet grundsätzlich für jedes Verschulden (Art. 99 Abs. 1)

Fahrlässigkeit

Ist die Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt.

- Vertragsverletzung ohne Willen durch ein Verhalten, das vom Verhalten einer durchschnittlich sorgfältigen Vertragspartei abweicht
- BGer unterscheidet drei Fahrlässigkeitsstufen, die gleichzeitig dem Verschuldensgrad entsprechen:
 - o Leichte Fahrlässigkeit -> leichtes Verschulden
Abweichung vom Normalverhalten ist geringfügig («das hätte er besser nicht getan»), es werden Vorsichtsgebote ausser Acht gelassen, deren Beachtung man von einer vernünftigen Person in derselben Lage unter gleichen Umständen erwarten würde

- Mittlere Fahrlässigkeit -> mittleres Verschulden
Verletzung der erforderlichen Sorgfalt ist weder leicht noch schwer (das hätte sie wirklich nicht tun dürfen)
- Grobe Fahrlässigkeit -> schweres Verschulden
zu bejahen, wenn der Schädiger nicht nur grobfahrlässig, sondern vorsätzlich oder eventualvorsätzlich gehandelt hat -> elementare Sorgfaltspflichten werden verletzt («wie konnte er nur»)

3. Verschulden und Rechtsfolge

Rechtsfolge

- Schuldner haftet im Allgemeinen für jedes Verhalten (Art. 99 Abs. 1)
- Tritt auch bei geringstem Verschulden ein; Haftungsvoraussetzung «Verschulden» ist weder nach Art noch Schwere qualifiziert
- Ausnahmen:
 1. Gesetzliche Normen: Gesetz ordnet in einzelnen Fällen an, dass Haftung des nicht richtig erfüllten Schuldners nur dann eintritt, wenn das Verschulden qualifiziert ist (zB Art. 248 Abs. 1)
 2. Vereinbarung: durch Vereinbarung können Parteien die Haftung von qualifiziertem Verschulden abhängig machen (Art. 100, 101 Abs. 2 und 3, 199)

4. Beweislast für das Verschulden – Art. 97 Abs. 1

Beweislastumkehr

Art. 97 Abs. 1 kehrt die allgemeine Beweislastregel für den Beweis es Verschuldens um: Schuldner hat zu beweisen, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle (auch gesetzliche Verschuldensvermutung genannt)

- Gilt auch für das Verschulden am Verzugseintritt als Voraussetzung der Geltendmachung von Verspätungsschaden und Haftung des Schuldners für Zufall (Art. 103 Abs. 1 und 2) sowie der Schadenersatzpflicht wegen Nichterfüllung (Art. 107 Abs. 2)

5. Vertiefung: die Objektivierung der Fahrlässigkeit

Geht um Massstab für die geforderte Sorgfalt.

Gesetzliche Umschreibung der erforderlichen Sorgfalt (Art. 321e Abs. 2)

2 Das Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat, bestimmt sich nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen.

- Mass der Sorgfalt richtet sich nach objektiven Kriterien
- Zweiter Teil betont Selbstverständlichkeit, dass man sich in schuldrechtlichen Beziehungen entgegenhalten lassen muss, was man weiss oder hätte erkennen müssen (ZGB 3 Abs. 2)

Objektivierte Fahrlässigkeit

Sorgfaltsvermögen des Schuldners wird von seiner Person gelöst und mit Blick auf das Verhalten der vernünftigen Person unter den gegebenen Umständen beurteilt. Unsorgfältig ist ein Verhalten, das vom hypothetischen Verhalten dieser Vorbildfigur abweicht. Dies gleichgültig, ob es dem Schuldner tatsächlich möglich gewesen wäre, sich referenzgemäss zu verhalten oder nicht.

- ➔ Rechtsprechung und h.L. geht von diesem objektivierten Begriff der Fahrlässigkeit aus. Eine Ausnahme stellt die Urteilsfähigkeit dar; sie fliesst auch bei objektivierter Sichtweise in die Betrachtung ein

Übernahmeverschulden

- Dem Schuldner wird vorgeworfen, dass ihm das Zeug zur objektiv geschuldeten Leistung fehlt
- Fehlendes individuelles Sorgfaltsvermögen vermag den Schuldner nicht zu entlasten
- Selbstüberschätzung ist oft Folge einer sorgfaltswidrigen Fehleinschätzung

Objektivierte Fahrlässigkeit und Vertragswidrigkeit

- Insbesondere bei Dienstleistungsverträgen ist «sorgfältig zu erbringende Sorgfalt» geschuldet: fehlende Sorgfalt begründet einerseits den Schuldvorwurf der Fahrlässigkeit, andererseits bedeutet sie eine Vertragsverletzung
- Doppelerfordernis:
 - Sorgfalt im Rahmen der Vertragsverletzung
 - Sorgfalt im Rahmen des Verschuldens

→ Sorgfalt bei beiden prüfen

II. Verantwortlichkeit ohne Verschulden

Haftung aus Vertrag ist eine Verschuldenshaftung (Art. 97 Abs. 1). Für einzelne Fälle ordnet das Gesetz die Rechtsfolge der Schadenersatzpflicht auch ohne Verschulden des Schuldners an. Der Schuldner hat in diesen Fällen für den entstandenen Schaden ohne Verschulden (kausal) einzustehen.

1. *Haftung des Schuldners für seine Hilfspersonen*, die er zur Erfüllung seiner Schuldpflicht beigezogen hat (Art. 101)
2. *Haftung aus Billigkeit*, wenn Schuldner nicht urteilsfähig war (Art. 54 Abs. 1)
3. *Haftung für Zufall*;
 - Haftung des Verzugsschuldners für zufälliges Unmöglichwerden seiner Leistung (Art. 103) -> Schuldner, der sich (schuldhaft!) in Verzug befindet, hat auch für den Zufall einzustehen, wenn er nicht nachweisen kann, dass der Zufall auch bei rechtzeitiger Erfüllung den Gegenstand der Leistung zum Nachteil der Gläubigerin getroffen hätte
 - Haftung kraft besonderer Vorschriften
4. *Haftung kraft besonderer Vorschriften*; zB Art. 299b, Art. 306 Abs. 3 -> vorausgesetzt wird, dass das schädigende Ereignis durch eine Vertragsverletzung erst möglich geworden ist

III. Verantwortlichkeit für Hilfspersonen im Besonderen, Art. 101

Schuldner muss ausnahmsweise ohne eigenes Verschulden Schadenersatz leisten. Im Hinblick auf das Verschulden zählt allein, ob das pflichtwidrige Verhalten der Hilfsperson dem Schuldner zum Vorwurf gereichen würde, wenn er die Handlung selbst vorgenommen hätte (hypothetische Vorwerfbarkeit).

1. Tatbestand

Haftung für Hilfspersonen (Art. 101 OR)	Zusammenfassung	
1. Hilfsperson - Erfüllungsgehilfe - Ausübungsgehilfe	1	Hilfsperson Die Inhaberin zieht zur Erfüllung der "Servierpflicht" mit Wissen und Willen die Servicefachangestellte bei.
2. Schädigung durch Vertragsverletzung (Unmöglichkeit, Verzug, pVV) - durch die Hilfsperson - «in Ausübung ihrer Verrichtungen» - adäquat kausal	2	Schaden In der Beschädigung des Laptops liegt ein Schaden im Rechtssinne.
3. Verantwortlichkeit des Schuldners - bei unerlaubtem Beizug → Vertragsverletzung (Art. 97 Abs. 1 OR) - bei erlaubtem Beizug → «hypothetische Vorwerfbarkeit» - Fehlen einer wirksamen Freizeichnung (Art. 101 Abs. 2 und 3 OR)	3	Kausalzusammenhang Das Verschütten des Kaffees durch die Servicefachangestellte verursachte den Schaden am Laptop.
	4	Funktioneller Zusammenhang Im Verschütten des Kaffees liegt eine Schlechterfüllung der "Servierpflicht".
	5	Hypothetische Vorwerfbarkeit Hätte die Inhaberin den Kaffee selbst verschüttet, wäre ihr das vorwerfbar gewesen.
	R	Rechtsfolge Die Kundin hat einen Anspruch auf Schadenersatz gegenüber der Inhaberin nach Art. 101 Abs. 1 OR.

Hauptkonstellation: Schuldner erfüllt nicht persönlich, sondern bedient sich bei der Erfüllung seiner Schuldpflicht einer Hilfsperson, welche die Gläubigerin schädigt.

1. Hilfsperson i.S.v. Art. 101

Ist eine natürliche oder juristische Drittperson, die mit Wissen und Willen anstelle oder neben dem Schuldner handelt, indem sie bei der Erfüllung einer Schuldpflicht oder der Ausübung eines Rechts mitwirkt (zB Arbeitnehmender).

Arten der Mitwirkung

1. Schuldner wird durch eine Hilfsperson nur unterstützt (zB Auszubildender)
2. Hilfsperson erfüllt allein, aber nach allgemeiner Ordnung/Einzelweisung; es fehlt die technische und wirtschaftliche Selbstständigkeit
3. Schuldner überträgt der Hilfsperson die selbstständige Erfüllung des Geschäfts

Hilfsperson [G/S/E N 3018 ff.]

“Die Hilfsperson i.S.v. Art. 101 ist eine (natürliche oder juristische) Drittperson, die **mit Wissen und Willen anstelle oder neben dem Schuldner handelt**, indem sie bei der **Erfüllung einer Schuldpflicht** oder der **Ausübung eines Rechts** mitwirkt.“ [G/S/E, N 3018]

Mögliche Hilfspersonen - Natürliche Personen - Juristische Personen	Keine Hilfspersonen - Ohne Wissen oder ohne Willen <small>der Geschäftsherrin</small> - Tiere - Maschinen
--	---

- Rechtliche Qualifikation des Innenverhältnisses ≠ erheblich
 - Typen: Erfüllungsgehilfin; Ausübungsgehilfin

Innenverhältnis zwischen Hilfsperson und Schuldner

Zeichnet sich dadurch aus, dass die HP mit Einwilligung des Schuldners (Geschäftsherr) handelt (mit dessen Willen und Wissen). Diese kann für den Einzelfall oder generell (Arbeitnehmer) sowie ausdrücklich oder stillschweigend erteilt werden. → ohne Einwilligung keine HP!

Es kommt aber nicht auf Subordinationsverhältnis an, es genügt ein tatsächliches Verhältnis (zB Hausgenossen).

2. Schaden

Die HP, die bei der Erfüllung mitwirkt, verursacht einen Schaden, und zwar genau der Gläubigerin des Schuldners, für den sie handelt.

3. Verrichtung

- Erfüllung einer Schuldpflicht; Abwicklung eines Vertragsverhältnisses steht im Vordergrund
- Ausübung eines Rechts; Überlassung gemieteter, gepachteter oder geliehener Sachen zB

4. Funktioneller Zusammenhang

Nicht jede Schädigung, die die HP der Gläubigerin verursacht, erfüllt den TB von Art. 101. Gläubigerin in Ausübung ihrer → Schädigung im Rechtsausübung. D aran fehlt Gelegenheit der Verrichtung zur Verrichtung genügt für sich Ein funktioneller schädigende Handlung

Schlechterfüllung der Schuldpflicht des Geschäftsherrn aus seinem Vertrag mit dem Geschädigten darstellt. Massgeblich ist also, ob der Geschäftsherr auch vertraglich und nicht nur deliktisch haften würde (= bei eigenem Handeln eine Vertragsverletzung begehen würde).

Abgrenzung der Risikosphäre der Geschäftsherrin

- Sofern Risiko in Risikosphäre der Geschäftsherrin = funktioneller Zusammenhang
- Abgrenzungsmerkmal: Vorhersehbarkeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses
- Vorhersehbarkeit, dass im Rahmen der Erfüllung einer Schuldpflicht von der Hilfsperson ein bestimmtes Risiko ausgeht

Zusätzliche Prüffrage: War die schädigende Handlung der Hilfsperson für die Geschäftsherrin im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorhersehbar?

Prüffrage: Hätte die Geschäftsherrin das Schuldverhältnis verletzt, sofern sie das Verhalten der Hilfsperson selbst an den Tag gelegt hätte?

Vorausgesetzt wird, dass die HP die Verrichtungen adäquat kausal schädigt. Zusammenhang mit Pflichterfüllung oder es, wenn Schädigung nur bei erfolgt - die zeitliche und örtliche Nähe alleine nicht. Zusammenhang liegt vor, wenn die zugleich eine Nichterfüllung oder

5. Hypothetische Vorwerfbarkeit (Verschulden)

Hypothetische Vorwerfbarkeit: Wenn die Handlung der HP dem Schuldner vorzuwerfen wäre, wenn er sie selbst vorgenommen hätte.

1. Schuldner kann nicht gelten machen, die HP treffe kein Verschulden, denn massgebend ist nicht das Verhalten der HP, sondern die Antwort auf die hypothetische Frage, ob der Schuldner verantwortlich wäre, wenn er sich wie die HP verhalten hätte → kommt nicht auf Urteilsfähigkeit der HP an
2. Schuldner kann nicht geltend machen, ihn selbst treffe kein Verschulden
3. Gläubigerin soll nicht besser gestellt werden, als wenn Schuldner selbst erfüllt hätte → haftet nicht, wenn der Schaden entstanden ist, obwohl die HP die Sorgfalt angewendet hat, die die Gläubigerin vom Schuldner selbst erwarten durfte. → Drittursache (zB Zufall)
4. Schuldner muss nicht einstehen, wenn zwar die HP einen Vorwurf trifft, nicht aber den Schuldner, wenn er selbst gehandelt hätte (Ausnahme: wenn Parteien ausdrücklich oder stillschweigend davon ausgehen, dass eine HP beigezogen wird, die fachkundiger ist als der Schuldner, dann hat Schuldner für diejenige Sorgfalt einzustehen, die von fachkundigen HP zu erwarten ist)
5. Schuldner hat Nachweis zu erbringen, die HP habe jene Sorgfalt beobachtet, die die Gläubigerin auch von ihm habe erwarten dürfen; die Gläubigerin hat den Vertrag, die Vertragsverletzung und den Kausalzusammenhang zu beweisen

Hypothetische Vorwerfbarkeit [G/S/E N 3039 ff.]

Sachkunde der Geschäftsherrin

“Für das Verschulden seiner Hilfspersonen muss der [Geschäftsherr] allerdings nach Art. 101 OR eintreten, **es sei denn, ihm könnte kein Verschulden angelastet werden, sofern er selbst so gehandelt hätte** [...]” [BGer 4A_477/2018 und 4A_481/2018, E. 4.2.2]

Prüffrage: Wäre die Handlung der Hilfsperson der Geschäftsherrin vorzuwerfen, hätte sie sie selbst vorgenommen?

Sorgfaltsmassstab: Die Hilfsperson muss diejenige Sorgfalt walten lassen, die man von der Geschäftsherrin erwarten durfte.

Anrechnung der Sachkunde der Hilfsperson

- Vertragspartnerin darf davon ausgehen, dass die Geschäftsherrin eine besonders sachkundige Hilfsperson bezieht
- Geschäftsherrin muss sich die Sachkunde ihrer Hilfsperson anrechnen lassen

Prüffrage: Hat die von der Geschäftsherrin beigezogene sachkundige Hilfsperson jene Sorgfalt walten lassen, die man angesichts ihres eigenen Sachverständs von ihr erwarten durfte?

Sorgfaltsmassstab: Die Hilfsperson muss diejenige Sorgfalt walten lassen, die sie selbst zu leisten im Stande ist.

2. Rechtsfolge

- Schuldner haftet der Gläubigerin für den Schaden, wie wenn er ihn durch ausschliesslich persönliches Verhalten verursacht hätte.
- Umfang des Ersatzes richtet sich nach Verweisart. 99 Abs. 3 nach der Bemessungsordnung im Recht der unerlaubten Handlung

Weitere Bemerkungen - Direkte Haftung.

- **Haftung der HP gegenüber der Gläubigerin:** bestimmt sich danach, ob das Verhalten der HP gegenüber der Gläubigerin als unerlaubte Handlung (Art. 41 ff) zu qualifizieren ist, ein Anwendungsfall von Art. 399 Abs. 3 (Direktanspruch der Gläubigerin gegenüber dem Substituten) oder ob allenf. Eine Drittschadenliquidation in Frage kommt
- **Haftung der HP gegenüber dem Geschäftsherrn:** bestimmt sich nach dem Innenverhältnis (Art. 97 oder den einschlägigen Regeln des BT, allenfalls auch Art. 41)

3. Haftungsmodifikation

Art. 101 Abs. 2 → Freizeichnung

- Schuldner kann seine Haftung für HP zum Voraus beschränken oder aufheben
- Freizeichnung kann weitergehen als Haftungsausschluss für eigenes Verschulden gem. Art. 100 → ist für jene Fälle möglich, in denen sich der Geschäftsherr i.S. der hypothetischen Vorwerfbarkeit vorsätzlich oder grob fahrlässig verhält

Art. 101 Abs. 3 → Wegbedingung der Haftung

- Wegbedingung der Haftung ist höchstens für leichtes Verschulden möglich → ist Schranke für Art. 101 Abs. 2

4. Abgrenzungen

Substitut (Auftragsrecht: geschäftsbesorgender Dritter)

- Haftungsprivileg für Substitution: wenn Beauftragter die Besorgung des Geschäfts *befugtermassen* einem Dritten übertragen hat (Art. 399 Abs. 1); der Beauftragte haftet nur für gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Dritten (Abs. 2)
- Unterscheidungskriterien: (1) Substitut handelt *selbstständig*; Schuldner leitet ihn weder an noch beaufsichtigt er ihn. (2) die Interessenlage; geht es um die optimale Geschäftsführung im Interesse der Auftraggeberin, spricht dies für Substitution. (3) Indizien wie Spezialkenntnisse und jederzeitiges Kündigungsrecht sprechen für Substitut
- Befugte Substitution: (1) Beauftragter ist nach ausdrücklichem oder stillschweigenden Willen der Parteien verpflichtet oder zumindest ermächtigt als Vermittler einen Dritten mit der Geschäftsbesorgung zu betrauen (2) der Beauftragte wird durch die Umstände genötigt, unvorhergesehene, seine Fähigkeiten übersteigende Geschäfte zu besorgen (3) aufgrund Verkehrsübung
- Unbefugte Substitution: zieht der Beauftragte unbefugterweise einen Substituten beim so haftet er wegen Vertragsverletzung nach Art. 97 und muss obendrein für die Handlungen des Dritten nach Art. 101 einstehen.

Hilfsperson und Substitut	
Hilfsperson i.S. v. Art. 101 OR: Erfüllungs- und Ausübungsgehilfe	Substitution: Übertragung der Erfüllung eines Auftrags an eine andere Person zur selbständigen Erledigung (nur im Auftragsrecht; Art. 399 OR)
	+ Interesse des Auftraggebers an der Weitergabe (BGR)
Bei Schädigung des Gläubigers: → Haftung des Schuldners (VSS: hypothetische Vorwerfbarkeit)	Bei Schädigung des Gläubigers (Auftraggebers): → Haftung des Beauftragten nur nach Art. 399 Abs. 2 OR

Lieferantin

- Streitig, ob Lieferantin als HP zu qualifizieren ist (wird nur von Minderheit bejaht)
- Mehrheit: Leistungspflicht des Schuldners besteht nur in Übereignung der Sachen an die Gläubigerin, woran die Lieferantin in keiner Weise mitwirkt
- Kriterium für Qualifikation als HP ist, ob Unternehmerverantwortung für Handlungen des beigezogenen Dritten beim Schuldner liegt, was grundsätzlich bei Lieferanten zu verneinen ist

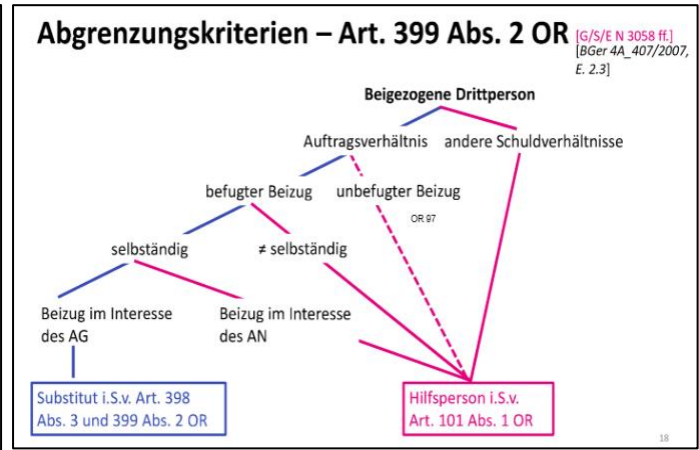
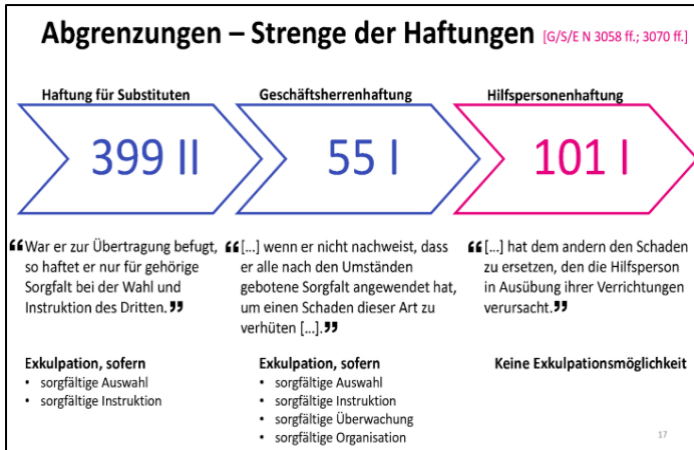
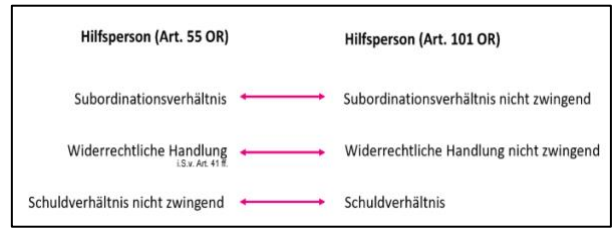
Organ

- Organe, deren schädigende Handlung einer JP nach Art. 55 Abs. 2 ZGB zugerechnet werden kann, sind keine HP → handeln Organe einer JP, handelt diese selbst

Hilfspersonenhaftung und Geschäftsherrenhaftung (Art. 55)

Haftung für ungerechtfertigte Schädigung / unerlaubte Handlung durch HP wird durch Art. 55 geregelt, nicht durch Art. 101.

- HP sind in einem Subordinationsverhältnis (Weisungs- und Aufsichtsbezugnis)
- Zwischen Art. 55 und Art. 101 kann Anspruchskonkurrenz bestehen, wenn eine Handlung sogleich Vertragsverletzung als auch unerlaubte Handlung ist
- Dem Geschäftsherrn steht der Entlastungsbeweis offen



IV. Haftungsmodifikationen

1. Grundsatz: Freie Gestaltung

Die **Privatautonomie** (v.a. die Vertragsinhaltsfreiheit) erlaubt es den Parteien, im Voraus zu vereinbaren, ob und wie der Schaden aus allfälliger Nichterfüllung zu tragen ist. Sie können somit:

- gesetzliche Haftung bestätigen und präzisieren
- strengere Haftung vorsehen
- Haftung wegbedingen

Vertragliche Haftungsmodifikation

Meint, dass die Parteien die Haftung entweder umfassend (Haftungsausschluss) oder beschränkt (Beschränkung der Haftung) wegbedingen oder anderweitig modifizieren können. Sie kommt in verschiedenen Erscheinungsformen vor:

- Haftung nur für grobes Verschulden
- Haftung bis zu einem bestimmten Maximalbetrag
- Abweichende Definition einer gesetzlichen Haftungsvoraussetzung

Die Haftungsmodifikation ist oft in den AGB vorformuliert, insbesondere die Freizeichnungsklauseln.

Mittelbare Haftungsmodifikation

Bezeichnet Vereinbarungen, mit denen eine Vertragspartei im Ergebnis gleichermassen entlastet wird wie mit einer Haftungsfreizeichnung. Hierzu gehören

- Verpflichtungsausschluss/Verpflichtungsbeschränkung
- Vertragliche Risikoverteilung (Risikoüberwälzungsklausel)
- Erschwerung der Rechtsverfolgung

Für sie gelten die Schranken der Haftungsfreizeichnung analog.

2. Schranken

Art. 19 Abs. 1

Die Vertragsfreiheit besteht nur in den Schranken des Gesetzes.

- Schadenersatzpflicht kann nur unter Beachtung der zwingenden Bestimmungen wegbedungen werden

- geht die Freizeichnung weiter als die zwingenden Bestimmungen, so ist sie auf das erlaubte Mass zurückzuführen (geltungserhaltende Reduktion) → Ausnahme: AGB zulasten der sozial schwächeren Partei, denn das würde falsche Anreize setzen!

Hauptschranke: Art. 100 Abs. 1

¹ Eine zum voraus getroffene Verabredung, wonach die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein würde, ist nichtig.

- Freizeichnung ist nur bei mittleren und leichten Fahrlässigkeit und summenmässige Beschränkung zulässig
- Den Parteien bleibt nach der Entstehung der Schadenersatzforderung die Möglichkeit des vollen oder beschränkten Erlasses
- Haftung kann alle Arten der Nichterfüllung der Obligation betreffen (pVV, Verzug, Unmöglichkeit) und kann sich auf die vertragliche Haupt und/oder Nebenpflicht beziehen

Art. 100 Abs. 2 (Arbeitsverhältnis und obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe)

- Freizeichnung für leichtes Verschulden kann nach Ermessen des Gerichts als nichtig erachtet werden

Art. 101 Abs. 3 (Hilfspersonenhaftung) → Sonderregelung

Art. 100 Abs. 3 (Spezialgesetzliche Vorschriften)

- Besondere Vorschriften des VVG (VVG 14 f., 32, 97 f.) → betreffen nicht die Wegbedingung der Schadenersatzpflicht, sondern die Einschränkung der vertraglich übernommenen Leistungspflicht des Versicherers (mittelbare Haftungsbeschränkung)
- Im Produkthaftungsgesetz (Art. 8), im SVG (Art. 87 Abs. 1) und Pauschalreisegesetz (Art. 16) wird Freizeichnung gänzlich ausgeschlossen → Freizeichnungsschranke hat lex specialis-Charakter und gilt somit auch dann, wenn zwischen Schädiger und Verletztem ein Vertragsverhältnis besteht
- Personenschaden: generelles Freizeichnungsgebot wird abgelehnt, es gelten die allgemeinen Inhaltsschranken (Art. 100, Art. 19 Abs. 2, Art 20) und die spezialgesetzlichen Schranken
- Inhaltskontrolle von AGB: die besonderen Schranken (Art. 8 UWG und Unklarheits- und Ungewöhnlichkeitsklauseln) bleiben vorbehalten

8. TEIL: ERLÖSCHEN DER OBLIGATION

§30 Übersicht über die Erlöschensgründe

Was passiert beim Erlöschen einer Obligation?

Mit dem Erlöschen der Obligation entfällt das Recht der Gläubigerin auf die geschuldete Leistung und somit die Pflicht des Schuldners zur Leistungserbringung. Mit dem Erlöschen der Forderung erlöschen gem. Art. 114 OR auch alle Nebenrechte (oder auch akzessorische Rechte; Rechte, welche die Forderung erweitern wie zB Zinsen, KS etc. oder sie sichern wie zB Bürgschaft, Pfandrecht).

Erlöschungsgründe im Überblick

- Erfüllung
- Übereinkunft (Art. 115)
- Neuerung (Art. 116 f.) oder Novation
- Vereinigung (Art. 118) oder Konfusion
- Nachträgliche Leistungsunmöglichkeit ohne Verantwortung des Schuldners (Art. 119)
- Verrechnung (Art. 120 ff.) oder Kompensation
- Auflösung des ganzen Vertragsverhältnisses
- Weitere
 - o Hinterlegung durch Schuldner bei Gläubigerverzug (Art. 92 Abs. 1)
 - o Hinterlegung durch den Schuldner, wenn im Zusammenhang mit einer Zession streitig ist, wem eine Forderung zusteht (Art. 168 Abs. 1 – Prätendentenstreit)
 - o Verwirkung

Erlöschen der Obligation: Gründe

- Übereinkunft (Schulderlassvertrag): Art. 115 OR
- Neuerung (Novation): Art. 116 f. OR
- Vereinigung (Konfusion): Art. 118 OR
- Unmöglichwerden der Leistung: Art. 119 OR
- Verrechnung (Kompensation): Art. 120–126 OR
- Erfüllung einer einfachen Schuld
- Zeitablauf oder Kündigung bei einer Dauerschuld
- ...

I. Erfüllung

- wichtigster Erlöschgrund; besteht in der Erbringung der geschuldeten Hauptleistung
- auch Erfüllung mittels eines Erfüllungssurrogats ist Richtigerfüllung bei gegebenen Voraussetzungen (Alternativermächtigung oder Leistung an Erfüllung statt)

II. Erlöschgründe des Dritten Teils des OR

- Übereinkunft (Art. 115)
- Neuerung (Art. 116 f.)
- Vereinigung (Art. 118)
- Nachträgliche Leistungsunmöglichkeit ohne Verantwortung des Schuldners (Art. 119)
- Verrechnung (Art. 120 ff.)
- Verjährung (Art. 127 ff.) → nur in weitem Sinn als Erlöschungsgrund zu sehen, denn beschlägt nicht den Bestand der Forderung, sondern einzig deren Klagbarkeit

III. Weitere Erlöschgründe

1. Auflösung des ganzen Vertragsverhältnisses

Mit Vertragsauflösung erlischt die Hauptleistungsforderung auf jeden Fall (egal ob ex tunc oder ex nunc), ferner erlischt eine allfällige Gegenforderung des Schuldners. Andere Rechte/Pflichten (zB Abwicklungspflichten) können die Auflösung überdauern und bilden alsdann Inhalt eines zwar aufgelösten, aber noch nicht erloschenen **Vertragsabwicklungsverhältnisses (Liquidationsverhältnis)**.

Gründe, die zur Auflösung eines ganzen Vertragsverhältnisses führen

- **Aufhebungsvertrag** (contrarius actus oder contrarius consensus): ist analog zu Art. 115 formlos gültig und gilt als Verfügungsvertrag. Er löst einen früher abgeschlossenen Vertrag auf
- **Kündigung (auch: Widerruf)**: ist ein Gestaltungsrecht und wird durch empfangsbedürftige Willenserklärung ausgeübt. Es wirkt ex nunc und bedarf keine Zustimmung der Gegenpartei
- **Rücktritt**: Wirkung ex tunc, ist eine empfangsbedürftige Äusserung des Willens, den Vertrag aufzulösen
- **Fälle ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung**: Tod einer Partei, Eintritt der Handlungsunfähigkeit, Konkurs einer Partei, gerichtliche Vertragsauflösung

2. Sonstige

Weitere Erlöschensgründe

- Hinterlegung durch Schuldner bei Gläubigerverzug (Art. 92 Abs. 1)
- Hinterlegung durch den Schuldner, wenn im Zusammenhang mit einer Zession streitig ist, wem eine Forderung zusteht (Art. 168 Abs. 1 – Prätendentenstreit)
- Verwirkung, wobei vorzubehalten ist, dass zunehmend vom Dogma abgewichen wird, die Verwirkung bringe die Obligation endgültig zum Erlöschen

§31 Einzelne Erlöschensgründe

I. Übersicht

Art. 114-126: Erlöschensstatbestände

- Aufhebung durch Übereinkunft
- Neuerungen oder Novation
- Vereinigung oder Konfusion
- Vom Schuldner nicht zu vertretendes Unmöglichwerden einer Leistung
- Verrechnung oder Kompensation

II. Aufhebung durch Übereinkunft (Art. 115)

1. Übersicht

Art. 115

Eine Forderung kann durch Übereinkunft ganz oder zum Teil auch dann formlos aufgehoben werden, wenn zur Eingehung der Verbindlichkeit eine Form erforderlich oder von den Vertragsschliessenden gewählt war.

- Auch als Aufhebungs- oder (Schuld-)Erlassvertrag zwischen den Parteien bezeichnet
- Inhalt des Vertrags: Verfügung der Gläubigerin, mit der sie ihre Forderung gegenüber dem Schuldner ganz oder teilweise aufgibt, und zwar i.S. einer Zuwendung an den Schuldner
- Kann formlos abgeschlossen werden

2. Schuldverlass

Inhalt

Nach seinem Inhalt richtet sich der Aufhebungsvertrag auf die vollständige oder teilweise Aufhebung einer Forderung
→ wirkt sich für Schuldner als ganzen oder teilweisen Schuldverlass aus; Obligation erlischt ganz oder teilweise

Gegenstand des Erlassvertrags

Können nur Forderungen sein, nicht auch andere rechtserhebliche Tatsachen (zB Verfügung wie die Zession). In diesen Fällen bedürfte es einer (formgültigen) Rückübertragung des betreffenden Rechts.

3. Verfügungsvertrag

Der Aufhebungsvertrag ist ein Verfügungsgeschäft über eine Forderung.

- Betrifft die Existenz der Forderung der Gläubigerin endgültig und unmittelbar
- Verfügung = jedes Rechtsgeschäft, durch welches ein Recht oder ein Rechtsverhältnis namentlich durch Veräusserung, Belastung, Änderung oder Verzicht unmittelbar betroffen wird (Verfügungen vermindern die Aktiven dessen, der Verfügt)
- Verpflichtungsgeschäfte vermehren die Passiven desjenigen, der sich verpflichtet hat
- Andere Verfügungsgeschäfte über Forderungen: Abtretung, Kündigung, Entgegennahme der Erfüllung

Der Gläubigerin muss die Verfügungsmacht zustehen, da sie im Erlassvertrag über ihre Forderung verfügt.

- Gläubiger muss neben der Handlungsfähigkeit (ZGB 12) auch in einer besonderen Beziehung zu dem Recht stehen, über das sie verfügt

Die Gläubigerin kann nach Art. 115 auf ihre Forderung nicht einseitig verzichten.

- Erforderlich ist eine Übereinkunft und damit das Einverständnis des Schuldners
- Erlassvertrag liegt im Interesse des Schuldners → Annahme kann nach Art. 6 durch blosses Stillschweigen erfolgen

Der Erlassvertrag ist ein Zuwendungsgeschäft.

- Zuwendung: alle Handlungen, die einem anderen einen Vermögensvorteil verschaffen (im Erlassvertrag: Vermögensopfer des Gläubigers)

4. Abschluss des Erlassvertrags

- Erlassvertrag ist von Gesetzes wegen an keine besondere Form gebunden (Art. 115), vorbehalten bleibt Parteiverabredung
- Soweit aber die Aufhebung einer Forderung das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung beeinflusst (weil zwar eine Leistungspflicht aufgehoben, die andere aber noch Bestand hat), ist sie Art. 12 zu unterstellen! → sobald noch eine Gegenleistung besteht, Art. 12 anwenden
- Kann auch stillschweigend vereinbart werden (Art. 1 Abs. 2), es gilt aber Grundsatz, dass ein Gläubiger nicht auf seine Forderung verzichten will

5. Abgrenzung

Aufhebung durch Übereinkunft (Art. 115; Erlassvertrag) ist zu unterscheiden von:

Aufhebung eines ganzen Vertrags

- Art. 115 befasst sich mit (Teil)Erlass einer Forderung
- Art. 115 ist analog anzuwenden, wenn es um die Aufhebung eines ganzen Vertragsverhältnisses geht
- Von den zwingenden Normen zum Schutz der schwächeren Partei darf nur dann formfrei abgewichen werden, wenn ein echter Vergleich vorliegt, in welchem beide Parteien Konzessionen eingehen

Negatives Schuldanerkenntnis

Ziel ist es nicht, eine beidseits als bestehend anerkannte Forderung ganz oder teilweise aufzuheben, sondern der Erlass ist nur für den Fall verabredet, dass die Forderung eventuell doch nicht besteht (eventueller Erlass). Falls die Forderung tatsächlich existiert, kommt dem negativen Schuldanerkenntnis die Funktion eines Schulderrlasses zu.

Verzicht auf künftige Forderungen

- Art. 115 nicht anwendbar

Pactum de non petendo

Vereinbarung, worin die Gläubigerin dem Schuldner verspricht, sie werde eine bestehende Forderung nicht geltend machen.

- Im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt
- Vereinbarung kann zeitlich beschränkt sein; ist sie beschränkt, liegt ein pactum de non petendo in tempus vor, wenn nicht liegt ein pactum de non petendo in perpetuum vor
- Lässt neben der Forderung selbst sowohl die Nebenrechte der Gläubigerin (Art. 114 Abs. 1) als auch deren Recht auf Verrechnung (Art. 120 ff.) fortbestehen

Stundung

Vertrag, durch den die Leistungspflicht des Schuldners nachträglich aufgeschoben wird. Inhaltlich geht es um die zeitliche Verschiebung der Fälligkeit.

- Nicht im Gesetz geregelt
- Abrede kann vor oder bei Fälligkeit getroffen werden
- Verpflichtet sich die Gläubigerin bereits bei Vertragsabschluss, einen Fälligkeitstermin hinauszuschieben, liegt nicht Stundung, sondern Fälligkeitsabrede vor

Nachlassvertrag des SchKG

Schuld eines Gemeinschuldners wird ganz oder zum Teil aufgehoben. Ist ein vom öffentlichen Recht beherrschter Vertrag, den der Gemeinschuldner zur Sanierung mit mehreren Gläubigern (mit Wirkung für alle) abschliesst. → gerichtlicher Teilerlass. Die Forderung der nicht zustimmenden Gläubigerin geht im Umfang des Nachlasses unter.

III. Neuerung / Novation (Art. 116 f.)

1. Begriff

Neuerung (Art. 116 Abs. 1) – auch Novation genannt

Tilgung einer alten Schuld durch Begründung einer neuen.

Neuerungsvertrag

Vertrag zwischen einer Gläubigerin und einem Schuldner, kraft dessen eine Obligation mit der zusätzlichen Vereinbarung begründet wird, dass gleichzeitig eine bestehende Obligation aufgehoben ist und an ihre Stelle die neue begründete tritt.

- Formlos gültig
- Der Gläubigerin muss die Verfügungsmacht zustehen

2. Tatbestand (Novationsvertrag)

1. **Bestand der Forderung:** muss gültig entstanden sein und darf im Zeitpunkt der Novation noch nicht erloschen sein
2. **Abgabe und Annahme eines neuen Leistungsversprechens:** Schuldner verpflichtet sich durch Vertrag mit Gläubigerin zu einer neuen Leistung
3. **Animus novandi:** Parteien sind sich darüber einig, dass die neue Forderung an die Stelle der alten tritt, die alte also durch Aufhebungsvertrag erlischt → muss eindeutig, aber nicht ausdrücklich erklärt werden

3. Rechtsfolgen (Novationswirkungen)

Tilgung (Aufhebung) der alten Schuld und die Entstehung der neuen Forderung. Daran knüpfen weitere Wirkungen im Blick auf Einreden und Nebenrechte.

Tilgung der alten Schuld durch Begründung einer neuen

- Alte Schuld geht durch Verfügungsvertrag unter
- Es entsteht eine neue Forderung
- Ist das Schuldverhältnis, im Rahmen dessen eine Forderung noviert wird, befristet oder bedingt, so gilt das auch für die novierte Forderung. War aber bloss die alte Forderung befristet oder bedingt, wirkt sich das nicht auf die novierte Forderung aus; vorbehalten bleibt Parteiabrede im Neuerungsvertrag

Untergang von Einrede- und Nebenrechten

1. Schuldner verliert alle ihm bekannten Einreden/Einwendungen aus dem ursprünglichen Forderungsverhältnis.
2. Gläubiger verliert sämtliche Nebenrechte wie Bürgschaften und Pfandrechte (Art. 114 Abs. 1)
3. Schuldverhältnis zwischen den Parteien bleibt trotz der Novation, welche nur die einzelne Forderung berührt, intakt → Annahme, dass Einreden aus dem Vertrag (zB Minderungs- oder Wandelungseinrede beim Kauf) trotz Kaufpreisforderung bestehen blieben

4. Gesetzliche Vermutung gegen die Neuerung

1. Die **Tilgung einer alten Schuld durch Begründung einer neuen wird nach Art. 116 Abs. 1 nicht vermutet**, sondern muss von demjenigen bewiesen werden, der Novation behauptet → er muss beweisen, dass sich die Parteien darüber einig waren, die neue Forderung soll an die Stelle der alten treten
2. Präzisierung der Beweislage, die sich aus ZGB 8 und Art. 116 Abs. 1 ergibt:
 - Eingehung einer Wechselschuld bewirkt nach Art. 116 Abs. 2 keine Neuerung der bisherigen Schuld, die Ausstellung eines Wechsels ist Hingabe zahlungshalber und nicht Leistung an Zahlungen statt
 - Ausstellung eines neuen Schuld- oder Bürgschaftsscheins: Schuldschein kann keine Neuerung bewirken und die Ausstellung eines neuen Bürgschaftsscheins kann allenf. den Sinn haben, die bestehende Bürgschaft zu verlängern oder zu bekräftigen (Art. 509 Abs. 4)
 - Errichtung eines Schuldbriefs: nach der dispositiven Bestimmung in Art. 842 Abs. 2 ZGB bestehen Grundpfand- und Schuldbriefforderung nebeneinander. Eine Novation, bei der die Schuldbriefforderung an die Stelle der Forderung aus dem Grundverhältnis tritt, bedarf der besonderen Abrede

5. Sonderfall des Kontokorrentverhältnisses

Die Beweislage des Art. 116 Abs. 1 wird modifiziert durch Art. 117 Abs. 1: die Saldoanerkennung begründet (als Ausnahme von Art. 116 Abs. 1) die Vermutung einer Neuerung.

Die vermutete Neuerungsfolge der Saldoanerkennung wird in drei Aspekten relativiert:

1. **Fortbestand der Sicherheiten zu Gunsten der Gläubigerin:** nach Art. 117 Abs. 3 werden Poste, für die Sicherheiten bestehen durch die Ziehung und Ankerkennung des Saldos nicht aufgehoben (bei Kontokorrentverhältnis)
2. **Berichtigungsmöglichkeit des anerkannten Saldos:** blosse Rechnungsfehler können korrigiert werden (Art. 24 Abs. 3)
3. **Saldoanerkennung als Schuldanerkennung:** ist das Kontokorrentverhältnis beendet, bewirkt die nach Beendigung erfolgte Anerkennung keine Neuerung, sondern ist eine einfache Schuldanerkennung

6. Einzelfragen

Eingehung einer Wechselverbindlichkeit (Art. 116 Abs. 2)

Durch die Begebung eines Wechsels wird eine zweite Schuld begründet; es bestehen zwei Rechtsverhältnisse nebeneinander, wobei aber das ursprüngliche gestundet ist, bis der Versuch zur Einlösung des Wechsels endgültig gescheitert ist (Art. 467 Abs. 1 und 2)

Keine Kovalenzierung nicht bestehender Forderungen

Ist eine Obligation gar nicht entstanden (zB wegen widerrechtlichem Inhalt), kann sie durch Neuerung nicht geheilt werden.

IV. Vereinigung / Konfusion (Art. 118)

1. Begriff

Vereinigung

Zusammentreffen von Eigenschaften des Gläubigers und des Schuldners in einer Person. Der Schuldner wird nachträglich sein eigener Gläubiger und umgekehrt.

2. Tatbestand

Art. 118 Abs. 1 (schuldrechtliche Vereinigung)

Gläubigerin wird nachträglich zugleich Schuldnerin dieser identischen Forderung oder der Schuldner wird nachträglich Gläubiger seiner eigenen Schuld.

- Setzt voraus, dass Schuld und Forderung dem gleichen Vermögen einer Person angehören (ist es zB ein Teil eines Sondervermögens, zB nach Erbrecht, ist es keine Vereinigung)

3. Rechtsfolgen

Übersicht

Forderung gilt als erloschen (eher Sistierung, ist nämlich nicht wirklich erloschen!)

- Nach Abs. 3 bleiben die besonderen Vorschriften über das Grundpfandrecht und Wertpapiere vorbehalten
- Erloschene Forderung lebt wieder auf, wenn die Vereinigung rückgängig gemacht wird (Art. 118 Abs. 2)

Wiederaufleben der erloschenen Forderung (Abs. 2)

Forderung lebt wieder auf, wenn die Vereinigung rückgängig gemacht wird, samt Nebenrechten.

- Macht deutlich, dass die Forderung bei der Vereinigung nicht wirklich erlischt, sondern nur als erloschen gilt
- Auch Verjährung beginnt nicht neu; ursprüngliche Frist läuft weiter, die während der Schwebezeit still stand, auch wenn Art. 134 diesen Fall nicht eigens erwähnt

V. Unmöglichwerden einer Leistung ohne Verantwortung des Schuldners (Art. 119)

Hierbei handelt es sich um eine Form der Leistungsstörung; sie ist deshalb im 7. Teil in §24/II dargestellt.

VI. Verrechnung / Kompensation (Art. 120 ff.)

1. Begriff

Verrechnung

Wenn zwei Personen einander zB Geldsummen schulden, so kann jede ihre Schuld wenn beide Forderungen fällig sind mit ihrer Forderung verrechnen.

Vom verrechnenden Schuldner aus gesehen ist die Verrechnung eine Tilgung einer fremden Forderung durch Opferung einer eigenen.

Vorgang der Verrechnung im Einzelnen

- Zwei Beteiligte: der Verrechnende (Kompensant) und der Verrechnungsgegner (Kompensat)
- Verrechnender tilgt eine Forderung des Verrechnungsgegners durch Aufopferung einer eigenen Forderung (Eigenforderung/Hauptforderung). Die Forderung, die sie zur Verrechnung bringt, heisst Verrechnungsforderung/Gegenforderung
- Wer verrechnen kann, hat ein Recht zur Verrechnung → Gestaltungsrecht, das von Voraussetzungen abhängt (siehe 2.)

2. Voraussetzungen der Verrechnung (Art. 120)

Damit die Verrechnungslage eintritt, müssen sowohl positive wie auch negative Voraussetzungen erfüllt sein:

Positive Voraussetzungen

- Existenz zweier Forderungen
- Gegenseitigkeit
- Gleichartigkeit
- Fälligkeit

Negative Voraussetzungen

- Kein Ausschluss der Verrechnung durch Vertrag
- Kein Ausschluss der Verrechnung durch Gesetz

- Klagbarkeit

Positive Voraussetzungen

Gegenseitigkeit der zu verrechnenden Forderungen (Art. 120 Abs. 1)	Verrechnungsforderung muss sich gegen den Verrechnungsgegner und die Hauptforderung gegen die Verrechnende richten
Gleichartigkeit der zu verrechnenden Forderungen (Art. 120 Abs. 1)	<ul style="list-style-type: none"> - Haupt- und Verrechnungsforderung müssen ihrem Gegenstand nach gleichartig sein → inhaltlich gleichartige Leistungen, ist bei Stückschulden nie gegeben. - Parteien können auch durch Verrechnungsvertrag die Kompensation inhaltlich ungleicher Leistungen zulassen, dies ist dann aber einer Einigung über Leistungen an Zahlungen statt <p><i>Merke: inhaltliche Gleichheit braucht nicht von Anfang an vorzuliegen, sie kann auch nachträglich eintreten. Massgebend ist der Zeitpunkt der Verrechnungserklärung!</i></p>
Fälligkeit	Vorausgesetzt wird nur Fälligkeit der Verrechnungsforderung, nicht auch der Hauptforderung. Für die Hauptforderung genügt die Erfüllbarkeit
Klagbarkeit	Die Verrechnungsforderung (Eigenforderung des Verrechnenden) muss klagbar sein, verlangt wird die unbedingte Klagbarkeit (Durchsetzbarkeit), sodass verjährte Forderungen nicht verrechnet werden können. Die Hauptforderung (Forderung des Verrechnungsgegners) braucht nicht klagbar zu sein.

Negative Voraussetzungen

Kein Ausschluss der Verrechnung durch Vertrag (Art. 126)	Wegen der Vertragsinhaltsfreiheit nach Art. 19 Abs. 1 können die Parteien die Verrechnung durch Vertrag wirksam ausschliessen, was in Art. 126 ausdrücklich bestätigt wird. Es steht dem Schuldner auf frei, allein und freiwillig auf Ausübung des Gestaltungsrechts zu verzichten
Kein gesetzlicher Ausschluss (Art. 125)	Die Wider den Willen der Gläubigerin können durch Verrechnung nicht getilgt werden: <ul style="list-style-type: none"> - Verpflichtungen zur Rückgabe oder zum Ersatz hinterlegter, widerrechtlich entzogener oder böswillig vorbehaltener Sachen (Ziff. 1) - Verpflichtungen, deren besondere Natur die tatsächliche Erfüllung an die Gläubigerin verlangt (Ziff. 2), wie Unterhaltsansprüche oder Lohnguthaben, die zum Unterhalt der Gläubigerin und ihrer Familie unbedingt erforderlich sind - Verpflichtungen, gegen das Gemeinwesen aus öffentlichem Recht (Ziff. 3) zum Schutz des Fiskus als Gläubiger

Merke: In den Fällen von Art. 125 ist der gesetzliche Ausschluss der Verrechenbarkeit insofern nicht zwingend, als die Gläubigerin der in die Verrechnung einwilligen kann. Ausgeschlossen ist nach dem Gesetzeswortlaut nur die Tilgung durch Verrechnung gegen ihren Willen.

Voraussetzungen der Verrechnung (Art. 120 ff. OR)	
• „zwei Personen einander“	Gegenseitigkeit
• „Geldsummen oder gleichartige Leistungen“	2 Forderungen; Gleichartigkeit
• „beide Forderungen fällig“	Fälligkeit (nur der V-Forderung)
• ...	Klagbarkeit (nur der V-Forderung)
• „zu erkennen gibt“ (Art. 124 Abs. 1 OR)	Verrechnungserklärung (Ausübung eines Gestaltungsrechts)
• Negativ: kein Verrechnungsausschluss (durch Vertrag oder Gesetz)	



3. Recht zur Verrechnung

Verrechnung als Gestaltungsrecht

Sind all die Voraussetzungen erfüllt, besteht ein Gestaltungsrecht zur Verrechnung. Die Gläubigerin der Hauptforderung muss die Verrechnung dulden.

Ausübung des Verrechnungsrechts

- Wird durch einseitige Willenserklärung der Verrechnenden ausgeübt
- Erklärung richtet sich an den Verrechnungsgegner und ist empfangsbedürftig
- Inhalt der Erklärung: Hauptforderung (Forderung des Verrechnungsgegners) werde durch Opferung der eigenen Forderung getilgt
- Grundsatz: ohne Verrechnungserklärung keine Verrechnungswirkung!

Wirkung der Ausübung des Verrechnungsrechts

Untergang sowohl der Verrechnungs- wie der Hauptforderung, dies bis zur Höhe des niedrigeren Forderungsbetrags bzw. soweit sich die Forderungen ausgleichen (Art. 124 Abs. 2).

- Eintritt der Verrechnungswirkung: Zeitpunkt, da die Forderungen zur Verrechnung gegeneinander gegenüberstanden (Art. 124 Abs. 2) → Forderungen gehen nicht erst im Zeitpunkt der Abgabe/Zugangs der Verrechnungserklärung unter

4. Einzelfragen

Verrechnungsvertrag

Verrechnung durch Vertrag (Verrechnungsvertrag, ist Verfügungsvertrag) ist keine Verrechnung i.S.v. Art. 120 ff.

Weitere Hinweise im Buch, habe ich nicht alle zusammengefasst, ist wahrscheinlich zu detailliert.

§32 Verjährung (Art. 127 ff.)

Verjährung: Die anwendbaren Normen

Rechtsgrund der Forderung	Regel	Ausnahmen
Vertrag	Art. 127 OR	Art. 128 OR ... Art. 128a OR
Unerlaubte Handlung	Art. 60 OR	SVG, PHTG
Ungerechtfertigte Bereicherung	Art. 67 OR	
c.i.c. / Vertrauenshaftung	BGer: Art. 60 OR	

I. Begriff und Merkmale

Verjährung

Entkräftung einer Forderung durch Zeitablauf.

Entkräftet wird eine Forderung des Privatrechts. Sie betrifft namentlich nicht:

- Ganze Vertragsverhältnisse: Forderungen verjähren je einzeln und unabhängig voneinander.
- Herrschaftsrechte (dingliche Rechte, Immaterialgüterrechte), Persönlichkeitsrechte, Mitgliedschaftsrechte, Gestaltungsrechte
- Forderungen aus dem öffentlichen Recht: verjähren nach Normen im öffentlichen Recht

Verjährungswirkung

Entkräftung: beschlägt nicht den Bestand der Forderung, sondern deren Durchsetzbarkeit → Schuldner erhält das Recht, die einklagbare Leistung durch Einrede zu verweigern.

Die Wirkung tritt ein, sobald die Verjährung durch Ablauf der Verjährungsfrist eingetreten ist.

II. Voraussetzungen der Verjährung

Voraussetzungen

1. Es muss eine verjährende Forderung vorliegen
2. Die Verjährungsfrist muss abgelaufen sein

1. verjährende Forderungen

Grundsätzlich sind alle Verjährungen verjährend. Ausnahmen sind:

- Forderungen, für die ein Grundpfand eingetragen ist → unterliegen keiner Verjährung (ZGB 790), solange die Pfandsicherheit besteht
- Forderungen, die durch Schiffsverschreibung und Luftfahrzeugverschreibung gesichert sind → verjähren nicht, solange Pfandsicherung andauert
- Forderungen, die durch Viehpfand (ZGB 885) gesichert sind → verjähren nicht, solange Sicherung andauert
- Lidlohnforderungen (ZGB 334) unterliegen keiner Vj, müssen aber spätestens bei Tilgung der Erbschaft des Schuldners geltend gemacht werden
- Erbteilansprüche (ZGB 604 Abs. 1) sind unverjährend
- Anspruch des hinterlegenden Eigentümers auf Rückgabe der Sache ist unverjährend

2. Ablauf der Verjährungsfrist

Fristberechnung

Tag, von dem an die Verjährung läuft, wird nicht mitgerechnet und die Verjährung ist erst dann beendet, wenn der letzte Tag unbenutzt verstrichen ist (Art. 132 Abs. 1). Ansonsten gelten die Vorschriften der Fristberechnung für die Erfüllung (Art. 77 f.)

3. Dauer der Frist

Grundsatz

Die ordentliche Verjährungsfrist beträgt 10 Jahre (Art. 127). Dies gilt für

- Vertragliche Ansprüche
- Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung; 10 jährige Frist gilt auch dann, wenn etwas anderes im konkreten Vertrag abgemacht wurde
- Genugtuungsansprüche des Vertragspartners, die sich aus einer Vertragsverletzung herleiten, sofern sie nicht unter Art. 128a fallen
- Ersatzforderungen aus culpa in contrahendo und aus Vertrauenshaftung (h.L., BGer hat sich für deliktische Vjfrist von Art. 60 ausgesprochen)

Ausnahmen

5-jährige Verjährungsfrist (Art. 128 Ziff. 1-3) → wichtig

- Ziff. 1: **Periodische Leistungen** (v.a. **Mietzinsforderungen**) sind Forderungen, die in wiederkehrenden Zeitabständen aus einer Dauerschuld hervorgebracht werden. Der Betrag muss von vornherein nicht exakt feststehen. Keine periodischen Leistungen sind familienrechtliche Unterhaltsansprüche
- Ziff. 3: **Handwerksarbeit** ist nach Rechtsprechung anzunehmen, wenn das Gewicht der Handarbeit und des dazu erforderlichen handwerklichen Könnens gegenüber der Serienproduktion oder anderen Momenten (zB administrative) überwiegt

20-jährige Verjährungsfrist (Art. 128a)

Forderungen auf Schadenersatz oder Genugtuung aus vertragswidriger KV oder Tötung eines Menschen.

Weitere vertragsrechtliche Sonderregeln

Folgende Sondernormen gehen sowohl der Grundnorm von Art. 127 als auch den Ausnahmebestimmungen von Art. 128 und Art. 128a vor:

- Gewährleistungsansprüche beim Kauf verjähren mit Ablauf von 2 Jahren ab Ablieferung (Art. 210 Abs 1)
- Gewährleistungsansprüche beim Werkvertrag verjähren nach 2 Jahren nach Abnahme (Art. 371 Abs. 1)
- Beim Versicherungsvertrag beträgt Verjährungsfrist 2 Jahre (VVG 46 Abs. 1)
- Anspruch des Borgers auf Aushändigung und des Darleihers auf Annahme des Darlehens verjähren nach 6 Monaten ab Verzugseintritt (Art. 315)
- Wechselrechtliche Ansprüche verjähren nach den verschiedenen in Art. 1069 vorgesehenen Fristen
- Verlustscheinforderungen verjähren 20 Jahre nach Ausstellung des Verlustscheins, gegenüber den Erben des Schuldners jedoch spätestens 1 Jahr nach Eröffnung des Erbgangs (SchKG 149a Abs. 1)

Deliktsrecht (Art. 60)

Ausservertraglicher Anspruch auf Schadenersatz oder Genugtuung verjährt mit Ablauf von

- 3 Jahren von dem Tag an gerechnet, an welchem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen hat (relative Frist)
- 10 Jahren vom Tag an dem das schädigende Verhalten erfolgte/aufhörte (absolute Frist)
- 20 Jahre nach Art. 60 Abs. 1^{bis}

Bereicherungsrecht (Art. 67 Abs. 1)

Bereicherungsanspruch verjährt nach 3 Jahren ab Kenntnis des Anspruchs (relative Frist), jedenfalls aber nach 10 Jahren seit Entstehung des Anspruchs (absolute Frist)

Abgeleitete Verjährungsfristen

Gewisse Forderungen folgen hinsichtlich der Verjährung anderen Ansprüchen:

- Verzugszinsen unterliegen der Verjährung des Hauptanspruchs (Art. 133)
- Schadenersatzansprüche, die an die Stelle der ursprünglichen Forderung treten unterliegen der gleichen Frist wie die ursprüngliche Forderung

4. Beginn des Fristenlaufs

Grundsatz (Art. 130 Abs. 1)

Verjährungsfrist beginnt mit Eintritt der Fälligkeit der Forderung (Art. 75) zu laufen.

- Ist egal, ob sich Schuldner in Verzug befindet oder nicht und ob Gläubigerin Kenntnis von ihrem Anspruch hat

Ausnahmen

1. **Forderungen, die auf Kündigung (der Gläubigerin) gestellt sind:** Forderungen beginnen zu verjähren mit Tag, an dem Kündigung zulässig ist (Art. 130 Abs. 2), also nicht an Tag, auf den tatsächlich gekündigt wird. BGer hat Anwendung auf alle Forderungen, die bereits bestehen und bei denen lediglich die Fälligkeit von einer einseitigen Erklärung abhängt, erweitert
2. **Leibrenten und ähnliche periodische Leistungen:** Verjährung des Forderungsrechts im Ganzen beginnt dann, wenn erste rückständige Leistung fällt war (Art. 131 Abs. 1)
3. **Rückerstattungsanspruch (und Schadenersatz) bei Vertragsrücktritt** (Art. 109): Vj beginnt mit Rücktrittserklärung der Verzugsgläubigerin
4. **Rückleistungsansprüche bei unverschuldeter nachträglicher objektiver Unmöglichkeit** (Art. 119 Abs. 2): bei Anwendung des Bereicherungsrechts (nachträglich wegfallender Grund), beginnt die relative Vj mit Kenntnis des Anspruchs und absolute ab Eintritt der Unmöglichkeit. Geht man von Umwandlungstheorie aus, beginnt Vj analog zum Vertragsrücktritt
5. **Gewährleistungsansprüche (inkl. Schadenersatz) aus Kauf- und Werkvertrag: Bestimmungen des OR BT**
6. **Bereicherungsansprüche aus OR 62 ff.:** relative Frist beginnt mit Kenntnis des Bereicherungsanspruchs (Art. 67 Abs. 1) und absolute mit Entstehung des Anspruchs (Art. 67 Abs. 1)
7. **Genugtuungsansprüche:** bei Ansprüchen aus KV oder Tötung ab Kenntnis des Schadens und der Person des Ersatzpflichtigen, jedenfalls aber ab dem Tag, an dem das schädigende Verhalten erfolgte/aufhörte (Art. 60 Abs. 1bis, Art. 128a), sowohl im Delikts- als auch im Vertragsrecht. Ausserhalb dieser Verletzungskonstellationen (und auch bei pVV) beginnt Vj mit Vertragsverletzung

Merke: wird die Fälligkeit einer Forderung durch Stundung hinausgeschoben, so verschiebt sich auch Verjährungsbeginn nach Art. 130 Abs. 1 OR

Bei Schadenersatzansprüchen

Fälligkeit von Schadenersatzansprüchen setzt voraus, dass der Schaden eingetreten ist → Ersatzansprüche beginnen erst mit Schadenseintritt zu verjähren. Hiervon gibt es Ausnahmen:

- **Schadenersatzanspruch wegen nachträglicher Unmöglichkeit (Art. 97 Abs. 1), Erfüllungsansprüche nach Art. 107 Abs. 2 und Verspätungsschaden (Art. 103, 106):** Fristablauf beginnt mit Fälligkeit der Erfüllungsforderung → mit Beginn der Vj der ursprünglichen Forderung beginnt auch Vj des Ersatzanspruchs
- **Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung:** Beginn mit Vertragsverletzung
- **Schadenersatz aus culpa in contrahendo und Vertrauenshaftung:** Beginn mit vorvertraglicher Pflichtverletzung des Schädigers bzw. mit Beginn des pflichtwidrigen Verhaltens, das zu einer Vertrauensenttäuschung führt
- **Deliktische Schadenersatzansprüche aus Art. 41 ff.:** nach Art. 60 Abs. 1 und Abs. 1bis
- **Schadenersatz (und Rückerstattungsansprüche) bei Vertragsrücktritt:** Beginn mit Fälligkeit des Ersatzanspruchs, also mit Wirksamkeit der Rücktrittserklärung
- **Schadenersatz aus Mängelhaftung:** Beginn mit Ablieferung der Kaufsache oder des Werkes

5. Verlängerung der Frist

Die normale Verjährungsfrist wird von Gesetzes wegen verlängert, wenn die Verjährung ruht oder unterbrochen wird oder wenn eine Nachfrist greift.

Ruhen der Verjährung

Die Verjährung ruht in zwei Fällen: bei Hinderung oder bei Stillstand des Fristenlaufs.

- **Hinderung:** Fall, dass Verjährungsfrist nicht zu laufen beginnt; sie kann nicht laufen (Art. 134 Abs. 1)

- **Stillstand:** liegt vor, wenn der bereits begonnene Fristenlauf nicht weiterläuft, d.h. stillsteht; Fortlauf wird gehemmt (Art. 134 Abs. 1)
- **Folge des Ruhens:** Verjährungsfrist wird um die Zeit verlängert, während der sie nicht oder nicht mehr läuft
- **Gründe für Hinderung oder Stillstand:** in Art. 134 Abs. 1 abschliessend aufgezählt
 - o Ziff. 1-5: solange Gläubigerin mit Schuldner besonders eng verbunden oder von ihm abhängig ist
 - o Ziff. 6: Gläubigerin wird durch objektive Umständen daran gehindert, die Forderung aus objektiven Gründen vor Gericht geltend zu machen
 - o Ziff. 7: bei Errichtung eines öffentlichen Inventars
 - o Ziff. 8: während der Dauer von Vergleichsgesprächen, eines Mediationsverfahrens oder anderen Verfahren zur aussergerichtlichen Streitbeilegung, sofern dies schriftlich vereinbart wurde

Unterbrechung der Verjährung (Art. 135-138)

Mit der Unterbrechung beginnt die Vj von neuem (Art. 137 Abs. 1); die bereits abgelaufene Verjährungszeit wird nutzlos.

- Nur eine noch laufende Frist kann unterbrochen werden, Unterbrechungen nach Verjährungseintritt führen nicht zu einem neuen Fristbeginn
- Verwirkungsfristen können nicht gestützt auf Art. 135 unterbrochen werden
- Auch eine absolute Frist kann unterbrochen werden

Unterbrechung der Verjährung (Art. 135 OR)	
durch den Schuldner:	durch den Gläubiger:
Anerkennung der Forderung (namentlich Zins- und Abschlagszahlungen, Pfand- und Bürgschaftsbestellung)	Schuldbetreibung Schlichtungsgesuch Klage / Einrede (Gericht oder Schiedsgericht) Eingabe im Konkurs

Unterbrechungsgründe:

- **Unterbrechungshandlungen des Schuldners:** Handlungen, durch die der Schuldner die Forderung anerkennt (Forderungsanerkennung) → unterbricht Vj ohne Weiteres (Art. 135 Ziff. 1). Beispiele sind: Ausstellung eines Schuldscheins (Art. 137 Abs. 2); Erklärung, er werde demnächst bezahlen; Leistung von Zins- oder Teilzahlungen, Leistung einer Akontozahlung
- **Unterbrechungshandlungen der Gläubigerin:** Handlungen, mit welchen die Gläubigerin ihr Forderungsrecht geltend macht: Schuldbetreibung, Schlichtungsgesuch, Klage oder Einrede vor Gericht oder Schiedsgericht sowie durch Eingabe im Konkurs (Art. 135 Abs. 2). Private Schritte (zB Einschreibebrief) wirken nicht unterbrechend. Die Unterbrechungswirkung tritt nur für die Forderung und den Betrag ein, die geltend gemacht werden
 - o **Schuldbetreibung:** schon Aufgabe des Betreibungsbegehrens an die Post bzw. elektronische Übermittlung reicht aus, nicht erst Zustellung des Zahlungsbefehls. Verjährungsunterbrechung bleibt auch ohne Ausstellung des Zahlungsbefehls erhalten → genügt auch (entgegen Wortlaut von Art. 205 und 210) bei Verjährung von Gewährleistungsansprüchen.
Art. 138 Abs. 2: Verjährung beginnt mit jedem Betreibungsakt, durch die eine neue Phase der Betreibung eingeleitet wird, von Neuem
 - o **Einreichung eines Schlichtungsgesuchs (ZPO 197 ff.):** Postaufgabe bzw. elektronische Übermittlung genügt. Wirkung der Verjährungsunterbrechung bleibt auch bestehen, wenn Schlichtungsgesuch der Gegenpartei nicht zugestellt, die Schlichtungsverhandlung nicht durchgeführt oder das Gesuch zurückgezogen wird
 - o **Klage oder Einrede vor einem Gericht oder Schiedsgericht:** egal ob Feststellungs- oder Leistungsklage, wichtig ist einzig die Klageerhebung, massgebend ist die Postaufgabe bzw. elektronische Übermittlung. Verjährung wird nur bis zum eingeklagten Betrag unterbrochen.
 - o **Eingabe im Konkurs des Schuldners:** unterbricht die Vj von der Gläubigerin eingegebenen Forderung, Postaufgabe/ elektronische Übermittlung genügt.

Beginn und Dauer der neuen Frist

Neue Frist beginnt sogleich mit Unterbrechung zu laufen (Art. 137 Abs. 1) und ist von gleicher Dauer wie die unterbrochene. Ausnahmen:

- Verjährung wird durch Eingabe im Konkurs unterbrochen → neue Verjährungsfrist beginnt, wenn Forderung nach Konkursrecht wieder geltend gemacht werden kann (Art. 138 Abs. 3)
- Forderung wird durch Ausstellung einer Urkunde anerkannt oder durch gerichtliches Urteil festgestellt → neue Verjährungsfrist ist stets die 10-jährige (Art. 137 Abs. 2)
- Forderung wird durch Abschluss eines Stundungsvertrags anerkannt → neue Vjfrist beginnt erst mit Ablauf der Stundungsfrist
- Unterbrechung der Vj durch Schlichtungsgesuch, Klage oder Einrede → neue Frist beginnt, wenn Rechtsstreit vor der befassen Instanz abgeschlossen ist (Art. 138 Abs. 1)
- Wird die Vj mit oder während eines Stillstands des Fristenlaufs unterbrochen, läuft die neue Frist erst vom Ende des Stillstandes an

Nachfrist bei Rückweisung der Klage

Erfolgt die Eingabe bei einer unzuständigen Behörde oder in einer falschen Verfahrensart, können diese Fehler innerhalb der gesetzlichen Nachfrist von einem Monat (seit Rückzug oder Nichteintretensentscheid) korrigiert werden (ZPO 63 Abs. 1 und 2). Werden Fehler fristgerecht behoben, gilt die Rechtsabhängigkeit und damit die Verjährungsunterbrechung auf den Zeitpunkt der ersten Eingabe als erfolgt (ZPO 63 Abs. 1 und 2).

Ist die Eingabe mit verbesserbaren Mängeln behaftet (zB fehlende Unterschrift), können diese innerhalb einer gerichtlichen Nachfrist behoben werden (ZPO 132)

Die Verjährungsunterbrechung gilt auf den Zeitpunkt der ersten (mangelhaften) Eingabe als erfolgt. Bei Unterbleiben der Korrektur fällt die Rechtshängigkeit und damit auch Verjährungsunterbrechung rückwirkend dahin.

III. Wirkung der Verjährung

Die Verjährung ist ein Erlösungsgrund minderen Grades. Sie begründet lediglich ein Einrederecht des Schuldners, lässt aber das Recht der Gläubigerin auf die Leistung unberührt.

Wirkung der Verjährung zusammengefasst: Die Gläubigerin verliert zwar nicht ihre Forderung, jedoch die Möglichkeit, sie im Prozess gegen den Willen des Schuldners durchzusetzen.

Der Schuldner der verjährten Forderung ist berechtigt, die geschuldete Leistung zu verweigern.

- Erhebt der Schuldner die Einrede, wird die Klage materiell abgewiesen
- Unterlässt Schuldner die Verjährungseinrede, ist die Klage trotz der Verjährung gutzuheissen (Art. 142)
- Im öffentlichen Recht ist die Vj von Amtes wegen zu beachten

Die Gläubigerin der verjährten Forderung hat trotz Vj ein Recht auf die geschuldete Leistung.

- Erfüllt Schuldner, ist Gläubigerin nicht ungerechtfertigt bereichert (Art. 63 Abs. 2)
- Eine verjährte Forderung kann zur Verrechnung gebracht werden, wenn sie zur Zeit, da sie mit der anderen Forderung verrechnet werden konnte, noch nicht verjährt war (Art. 120 Abs. 3)
- Gläubigerin kann die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach Art. 82 auch dann erheben, wenn ihre Forderung verjährt ist

Besonderheiten

- Faustpfandforderungen und Eigentumsvorbehalt verjähren zwar, doch Eintritt der Vj hindert die Gläubigerin nicht an Geltendmachung des Pfandrechts (Art. 140)
- Mit Hauptforderung verjähren auch die ihr entspringenden Zinsen und andere Nebenansprüche (Art. 133)

IV. Einzelfragen

1. Modifikation der Verjährungsfrist

Differenzierte Regelung

Gesetzgeber hat Parteiautonomie eingeschränkt:

- Art. 129: Verjährungsfristen können durch Verfügung der Beteiligten nicht abgeändert werden
- Art. 141: Schuldner hat ab Vj höchstens 10 Jahre, um auf die Erhebung der Verjährungseinrede zu verzichten

Im Einzelnen ist zwischen der Verlängerung und der Verkürzung der Verjährungsfrist zu unterscheiden.

Verlängerung der Verjährungsfrist

- Vor Beginn der Verjährung kann Schuldner nicht auf Vj verzichten (Verbot des Vorausverzichts)
- Ab Beginn der Verjährung ist der Verzicht auf die Verjährungseinrede zulässig
- Nach Ablauf der Verjährungsfrist ist ein Verzicht auf die Erhebung der Verjährungseinrede zulässig

Verkürzung der Verjährungsfrist

- Vj. nach Art. 127, 128 und 137 (dritter Teil): Fristverkürzungen sind unzulässig
- ausserhalb des dritten Teils (zB Art. 60, 68, 210, 371) sind Fristverkürzungen zulässig (Art. 129)

Präzisierungen zum Einredeverzicht

- Dauer des Einredeverzichts: liegt vorab in der Privatautonomie der Parteien, die Höchstgrenze beträgt 10 Jahre (Art. 141 Abs. 1), eine Erneuerung ist aber erlaubt. Wird eine längere Dauer eingetragen, wird diese in Anwendung der Regel der modifizierten Teilnichtigkeit (Art. 20 Abs. 2) auf 10 Jahre reduziert.
- Form des Einredeverzichts (Art. 141 Abs. 1): muss zwingend in Schriftform (Art. 13) abgefasst sein, ist eigenhändig zu unterzeichnen (Art. 14 Abs. 1)
- Wirkung des Einredeverzichts: bewirkt nicht ein Neubeginn, sondern verlängert die Verjährungsfrist um die Dauer der vereinbarten Fristverlängerung. Erfolgt der Verzicht nach Verjährungseintritt, wird die Forderung ab dem Zeitpunkt der Verzichtserklärung wieder gerichtlich durchsetzbar für die im Verzicht angegebene Dauer
- Unterlässt Schuldner eine Fristangabe, gilt subsidiär die gesetzliche Frist
- Während der Dauer des vor oder nach Eintritt der Verjährung erklärten Einredeverzichts können Unterbrechungshandlungen vorgenommen werden oder Stillstandsgründe eintreten

2. Verwirkung

Verwirkung

Untergang eines subjektiven Rechts infolge Ablaufs der Frist, die entweder dem Recht selbst oder einer zu dessen Ausübung unerlässlichen Rechtshandlung (zB Klage) gesetzt ist.

- Verwirkung führt zum Untergang des betreffenden Rechts
- Verwirkungsfristen können weder gehemmt noch unterbrochen werden
- Art. 134 und 135 kommen auch nicht analog zur Anwendung

Verjährung	Verwirkung
«Entkräftung» der Forderung (die Forderung besteht noch)	Untergang der Forderung (die Forderung ist erloschen)
Berücksichtigung nur auf Einrede	Berücksichtigung von Amtes wegen
Unterbrechung der Frist insbesondere durch Betreibung möglich	Unterbrechung nicht möglich (Wahrung i.d.R. nur durch Klage)

9. TEIL: ABTRETUNG UND SCHLDÜBERNAHME

§33 Abtretung einer Forderung

I. Vom Gläubigerwechsel im Allgemeinen

Normalfall der Obligation

Dem Schuldner steht bis zum Untergang der Forderung immer die gleiche Gläubigerin gegenüber.

Ausnahmefall

Person der Gläubigerin wechselt während der Dauer der Obligation.

- Gläubigerwechsel durch Universalsukzession
- Gläubigerwechsel durch Auswechslung einer Vertragspartei
- Gläubigerwechsel nur einer (oder mehrerer) Forderung(en), sei es von Gesetzes wegen, durch Richterspruch oder kraft Abtretung. Abtretung ist ein Verfügungsvertrag

II. Abtretung als Verfügungsvertrag

Abtretung (Art. 164 Abs. 1)

Gläubigerin kann eine ihr zustehende Forderung ohne Einwilligung des Schuldners an eine andere Gläubigerin abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen.

- Abtretung ist kein einseitiges Rechtsgeschäft, sondern ein Verfügungsvertrag zwischen Gläubiger und einem Dritten, worin vereinbart wird, dass der Dritte (Zessionar) anstelle der bisherigen Gläubigerin (Zedentin) neuer Gläubiger werde
- Schuldner wird Zessus genannt
- Abtretung (bzw. der Verfügungsvertrag) kann auch bedingt abgeschlossen werden
- Für Gültigkeit des Verfügungsvertrags gelten die allgemeinen vertraglichen Gültigkeitsvoraussetzungen
- Erklärung des Zessionars kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein (häufig ist es eine stillschweigende Annahme)
- Wirksamkeit des Abtretungsvertrags setzt die Verfügungsmacht der verfügenden Zedentin voraus
- Rechtsgrund ist i.d.R. ein Schuldvertrag, worin sich die Zedentin gegenüber dem Zessionar zur Abtretung verpflichtet hat, sodass eine Forderung des Zessionars auf Abtretung besteht → dieses Verpflichtungsgeschäft (zB Kauf/Schenkung der Forderung) bildet im Verhältnis zur Abtretung das Grundgeschäft (Kausalgeschäft)
- Das Verpflichtungsgeschäft ist an keine besondere Form gebunden (Art. 165 Abs. 2), sofern sich nicht eine Formvorschrift aus den Bestimmungen über das Grundgeschäft (zB Art. 243) ergibt

III. Erfordernis der Schriftlichkeit

Nach Art. 165 Abs. 1 wird die einfache Schriftlichkeit verlangt, nicht aber die Datierung der Urkunde.

- Der gesetzlichen Schriftform unterliegt einzig die Erklärung der Zedentin (Art. 13 Abs. 1 analog)
- Die abzutretende Forderung muss ausreichend bezeichnet oder mindestens bestimmbar und der Wille der Zedentin zur Abtretung an den namentlich genannten Zessionar ersichtlich sein
- Auch die Rückabtretung einer Forderung vom Zessionar zurück an die Zedentin unterliegt der gesetzlichen Formvorschrift

Wird die Form nicht eingehalten, ist die Abtretung ungültig (Art. 165 Abs. 1).

IV. Gegenstand der Abtretung

Gegenstand einer gültigen Abtretung können ausschliesslich abtretbare Forderungen, aber nach Art und Zahl irgendwelche Forderungen sein.

1. Abtretbarkeit der Forderungen

Grundsatz (Art. 164 Abs. 1)

Grundsätzlich sind alle Forderungen abtretbar, unabhängig vom Rechtsgrund, aus welchem sie entstanden sind.

- **Nicht abtretbar sind:** Sachgewährleistungsrechte (Gestaltungsrechte, Wandelung, Minderung bei Kauf- oder Werkvertrag) sowie dingliche Rechte und andere subjektive Rechte (zB Immaterialgüterrechte)
- **Abtretbar** sind auch Schadenersatzforderungen wegen eines Mangelfolgeschadens und das werkvertragliche Nachbesserungsrecht
- Vertragliche Kaufs-, Vorverkaufs- oder Rückkaufsrechte sind gem. Art. 216b **nur abtretbar, wenn** dies zwischen den Parteien so vereinbart wurde

Ausnahmen

Soweit es um öffentlich-rechtliche Forderungen geht, ergeben sich Ausnahmen aus dem öffentlichen Recht.

- Nicht abtretbar: Steuerforderungen, Rentenansprüche

Für das Privatrecht ist die allgemeine Schranke des Art. 164 Abs. 1 zu beachten: Gläubigerin kann nur abtretenm soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen.

- **Ausschluss der Abtretbarkeit durch Gesetz:** zB Wohnrecht, Anspruch der Mieterin auf Benutzung der Sache etc.
- **Ausschluss der Abtretbarkeit durch Vereinbarung:** Gläubiger und Schuldner können (auch stillschweigend) vereinbaren, dass Forderung nicht oder nur unter Voraussetzungen abgetreten werden darf
- **Ausschluss der Abtretbarkeit durch die Natur des Rechtsverhältnisses:** Nicht abtretbar sind Forderungen, die mit der Person der Gläubigerin derart verbunden sind, dass der Gläubigerwechsel faktisch zu einer Änderung des Wesens, Inhalts oder Zwecks der Obligation führt. Abtretung ist ausgeschlossen, wenn ein Gläubigerwechsel eine beachtliche Erschwerung der Schuldnerstellung bewirken würde. → Beispiele: Forderung aus einem Vorvertrag, Forderung auf Einhaltung eines Konkurrenzverbots etc.

Rechtsfolge der Abtretung nicht abtretbarer Forderungen

Abtretung einer nicht zediblen Forderung ist ungültig; Zedentin bleibt weiterhin Gläubigerin.

Soweit das Abtretungsverbot den Interessen des Schuldners dient, kommt die Zession mit dessen Zustimmung oder Genehmigung trotzdem zustande. Dies aber nur, wenn das Abtretungsverbot nicht auf Gesetz beruht.

2. Abtretbarkeit von Forderung irgendwelcher Art und Zahl

Ist eine Forderung abtretbar, kommt es weder auf die Anzahl noch auf die Eigenart der abgetretenen Forderungen an. Zulässig ist auch eine bloss teilweise Übertragung einer einzelnen Forderung (Teilzession). Die Rechtslage des Schuldners darf aber nicht verschlechtert werden.

Merke: die Abtretung bezieht sich stets auf Forderungen, nicht auf ganze Vertragsverhältnisse. Wird eine Forderung aus einem Vertragsverhältnis abgetreten, so bleibt der Vertrag trotz dieser Abtretung zwischen den bisherigen Parteien bestehen.

Künftige Forderungen

Selbst künftige Forderungen, die bei Abschluss des Abtretungsvertrags noch nicht entstanden sind, können gültig abgetreten werden. Abtretung kann aber nur gültig erfolgen, wenn die künftigen Forderungen im Zeitpunkt ihrer Entstehung zumindest bestimmbar sind. Die Abtretung wird wirksam, wenn die betreffende Forderung entsteht. Die Zedentin muss in diesem Zeitpunkt (Entstehung, nicht Abtretung) die Verfügungsmacht über die Forderung zustehen.

Vorauszessionen setzen sich gegenüber Pfändungen der Forderung durch: Abtretung einer zukünftigen Forderung wirkt sich dahin aus, dass diese in der Person des Zessionars entsteht und daher nicht von einem Gläubiger des Zedenten gepfändet werden kann.

Globalzession

Die Globalzession ist eine besondere Form der Abtretung. Dabei wird eine Vielzahl (sämtliche) gegenwärtigen und künftigen Forderungen gegenüber einem Dritten bereits zum Zeitpunkt der Entstehung als Sicherheit an einen Kreditgeber (z.B. Bank) abgetreten.

Vorausgesetzt ist, dass die einzelne abzutretende Forderung hinsichtlich der Person des Schuldners, des Rechtsgrunds und der Höhe hinreichend bestimmt oder wenigstens bestimmbar ist. Nach Rechtsprechung und h.L. genügt es zur Wirksamkeit der Verfügung (Zession), dass die Forderung im Zeitpunkt der Entstehung hinreichend bestimmt oder bestimmbar ist → Forderung geht an Zessionar über, ohne dass es einer gesonderten Abrede bedarf.

Schranke von Art. 27 ZGB

Unzulässig ist die zeitlich und gegenständlich unbeschränkte Zession.

V. Rechtswirkungen der gültigen Abtretung**1. Allgemeines**

Die gültige Abtretung bewirkt vorab einen Gläubigerwechsel. Zu dieser Hauptwirkung treten Nebenwirkungen.

Gläubigerwechsel

An Stelle des bisherigen Gläubigers tritt ein neuer Gläubiger; Forderung geht von Zedentin auf Zessionar über.

Nebenwirkungen (Art. 170)

- Vorzugsrechte (zB Konkurs- und Pfändungsprivilegien) gehen grundsätzlich mit der Forderung auf den Zessionar über, sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren.
- Nebenrechte (zB Sicherungsrechte wie Bürgschaft, Pfandrechte etc., Zinsen) gehen grundsätzlich mit Forderung auf Zessionar über, soweit nichts anderes verabredet wurde
- Gestaltungsrechte können Nebenrechte der Forderung sein, die mit ihrer Abtretung auf den Zessionar übergehen. Ausgeschlossen ist dies jedoch für solche, die nicht mit der Forderung als solcher, sondern mit dem Schuldverhältnis als Ganzem verbunden sind.
- Urkunden und Beweismittel hat die Zedentin dem Zessionar aufzuliefern (Art. 170 Abs. 2)

Merke: Vorzugs- und Nebenrechte, die untrennbar mit der Person des Abtretenden verknüpft sind, gehen nicht auf den Zessionar über (Art. 170 Abs. 1).

2. Verhältnis zwischen Zessionar und Schuldner

Der Schuldner ist an der Abtretung der Forderung nicht beteiligt, er wird aber vom Forderungsübergang unmittelbar betroffen, weil er einer neuen Gläubigerin leisten muss.

Materiell-rechtliche Wirkung der Zession

Besteht darin, dass der Zessionar durch die Abtretung neuer Gläubiger des Schuldners wird und an die Stelle der Zedentin tritt.

Grundsatz der Identität

Die Schuld wird durch die Abtretung der Forderung qualitativ nicht verändert.

- Einreden (Einwendungen, zB Einrede des nicht erfüllten Vertrags, Einrede der Nicht- oder Schlechterfüllung, Verjährungseinrede), die der Forderung der Zedentin entgegenstanden, kann der Schuldner auch gegen den Erwerber geltend machen (Art. 169 Abs. 1)
- Einrede des Art. 169 erfasst auch das Recht zur Verrechnung; Schuldner kann eine eigene Forderung gegenüber der Zedentin mit der abgetretenen Forderung des Zessionars verrechnen, obwohl es am Erfordernis der Gegenseitigkeit fehlt (Art. 120)
- Art. 169 Abs. 1 ist nicht zwingend, Parteien können auch vereinbaren, dass der Schuldner verzichtet, gegenüber dem Zessionar Einreden zu erheben oder zu verrechnen
- Schuldner kann auch alle persönlichen Einreden und Einwendungen gegenüber dem Zessionar erheben

Ausnahme

Prinzip der Identität wird durch Art. 18 Abs. 2 durchbrochen.

Legitimationsrechtliche Lage bzw. Voraussetzungen, unter denen der Schuldner den Zessionar als Gläubiger anerkennen darf oder muss

Es geht um die Voraussetzungen, unter denen der Schuldner einer richtig ausgewiesenen Forderung (aber materiell falschen) Gläubigerin befriedigend leisten und der mangelhaft ausgewiesenen (aber materiell berechtigten) Gläubigerin die Leistung verweigern darf, ohne in Verzug zu geraten.

Hauptregeln nach Art. 167 OR

Wenn der Schuldner bevor er von der Abtretung wusste in gutem Glauben an die frühere Gläubigerin leistet, ist er gültig befreit.

- **Erste Hauptregel: Solange dem Schuldner die Abtretung nicht angezeigt wurde (Notifikation, Denunziation), darf der die alte Gläubigerin als Nachgläubigerin betrachten und ihr mit befreiende Wirkung Leistung oder sich durch sie befreien lassen (zB durch Erlass oder Stundung).** Vorausgesetzt wird der gute Glaube des Schuldners, welcher gem. ZGB 3 Abs. 1 zugemutet wird. Die Anzeige ist eine formfrei gültige, bloße Mitteilung, keine Willensäußerung und wird mit Zugang wirksam.
- **Zweite Hauptregel: Der Schuldner wird erst dann verpflichtet, den Zessionar als Gläubiger anzuerkennen, wenn ihm die Zedentin die Abtretung angezeigt hat.** Die Leistungspflicht entsteht erst, wenn der Zessionar seine Gläubigerstellung durch Nachweis der Abtretung (Abtretungsurkunde) beweisen hat.

Nebenregeln

- Erste Nebenregel: setzt erste Hauptregel ausser Kraft für den Fall, dass der Schuldner nicht gutgläubig ist
- Zweite Nebenregel (Art. 168): schränkt die zweite Hauptregel für den Fall ein, dass streitig ist, wem die Forderung materiell zusteht (Prätendentenstreit). Schuldner ist trotz Anzeige der Abtretung nicht verpflichtet, den Zessionar als Gläubiger anzuerkennen, er kann vielmehr die Zahlung verweigern und sich durch richterliche Hinterlegung befreien (Abs. 1). Die Ungewissheit über Gläubigerin muss unverschuldet sein.

- Dritte Nebenregel: präzisiert die zweite Hauptregel und betrifft den Fall, dass die Gläubigerin dem Schuldner eine Abtretung anzeigt die überhaupt nicht erfolgt oder unwirksam geblieben ist. Leistet der Schuldner gutgläubig dem angezeigten Gläubiger, wird er befreit.

3. Verhältnis zwischen Zedentin und Zessionar

Hauptwirkung der Abtretung auf das Verhältnis zwischen Zedentin und Zessionar

besteht darin, dass dieser neuer Gläubiger geworden ist, jene dagegen die Gläubigerstelle verloren hat. Neuer Gläubiger ist der Zessionar.

- Auch wenn Schuldner (noch) nichts von Abtretung weiss, ist materiell-rechtlich der Zessionar Gläubiger und er hat die Verfügungsmacht über die Forderung
- Leistet Schuldner an die Zedentin, hat diese (als Nichtgläubigerin) dem Zessionar die Zahlung herauszugeben. Mit der Annahme der Zahlung verletzt Zedentin ihre Verpflichtungen aus dem Grundgeschäft mit dem Zessionar und ist schadenersatzpflichtig (Art. 97 Abs. 1); ohne vertragliche Grundlage ungerechtfertigte Bereicherung
- Abtretung kann nur durch formgültige Rückzession (Art. 165 Abs. 1) rückgängig gemacht werden → ist kein Aufhebungsvertrag, sondern eine neue Verfügung

VI. Gewährleistungspflicht der Zedentin (Art. 171-173)

1. Übersicht

Die Gewährleistungspflicht

- ergibt sich (wenn überhaupt) aus dem Grundgeschäft (pactum de cedendo)
- Im Verhältnis zu den allgemeinen Gewährleistungsregeln des Kauf- und Schenkungsrechts gehen die zessionsrechtlichen Gewährleistungsbestimmungen vor
- Gewährleistungspflicht des Zessionsrechts sind dispositiver Natur und können vertraglich abgeändert werden

2. Grundmerkmale

Merkmale der gesetzlichen Gewährleistungspflicht der Zedentin

- Betrifft als **mögliche Gegenstände der Gewährleistung** den Bestand der Forderung (Verität, dh Forderung existiert, ist klagbar und frei von Abreden) und die Zahlungsfähigkeit (Bonität) des Schuldners. Die zedentin haftet je nachdem für die Verität und Bonität
 - o Bei unentgeltlicher Abtretung haftet Zedentin weder für Verität noch für Bonität (Art. 171 Abs. 3)
 - o Bei entgeltlicher Abtretung haften die Zedentin auch ohne Verschulden für Verität (Art. 171 Abs. 1), soweit Haftung nicht wegbedungen worden ist (Art. 100 Abs. 1)
 - o Haftet trotz Wegbedingung analog Art. 199, wenn sie den Nichtbestand der Forderung arglistig verschwiegen hat → Schadenersatz (Art. 171 Abs. 1)
 - o Für Bonität haftet die Zedentin grundsätzlich nicht, es sei denn, sie hat sich vertraglich verpflichtet (Art. 171 Abs. 2) oder sie die Zahlungsunfähigkeit arglistig verschweigt
- **Umfang der Haftung** bemisst sich nach Art. 173 Abs. 1
- **Sonderregel** für Abtretung zahlungshalber (Art 172)

VII. Einzelfragen

1. Ist die Abtretung ein abstraktes oder kausales Geschäft?

Wenn der Rechtsgrund der Abtretung an einem Mangel leidet (zB ungültiger Forderungskauf) wird fraglich, ob auch die Abtretung wegen des Mangels unwirksam ist (kausal) oder ob sie trotz des Mangels im Rechtsgrunds wirksam sei (abstrakt).

- Betrachtet man die Abtretung als abstraktes Geschäft, ist sie trotz des mangelhaften Verpflichtungsgeschäfts gültig; die Forderung geht also auf Zessionar über und die Zedentin hat einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung.
- Betrachtet man die Abtretung als kausales Geschäft, geht die Forderung bei mangelhaftem Rechtsgrund nicht auf den Zessionar über. Die Zedentin hört nicht auf, Gläubigerin zu sein und hat daher kein Bereicherungsanspruch. Durch die unwirksame Zession hat der Zessionar nämlich nichts erworben.

→ Nach unserem Lehrmittel ist die Abtretung ein kausales Geschäft!

2. Blankoabtretung

Die Abtretungserklärung bedarf der einfachen Schriftlichkeit, damit die Zession wirksam ist (Art. 165 Abs. 1) → Formzwang erstreckt sich auf alle wesentlichen Teile der Willenserklärung. Aus der Erklärung muss sich nicht nur ergeben, welche Forderung, sondern auch an wen sie abgetreten wird. Dieses Formerfordernis **schliesst nicht aus, dass die Abtretungserklärungsurkunde blanko** (so, dass der Name des Erwerbers oder Bezeichnung der abzutretenden Forderung von einem anderen ausgefüllt werden soll) **ausgestellt** wird (=Blankoabtretung/ Blankozession).

3. Gläubigerwechsel ohne Abtretung

Die Gläubigerin kann auch ohne rechtsgeschäftliche Abtretung durch einen oder mehrere Rechtsnachfolger ersetzt werden:

Universalsukzession

Wenn der Träger eines ganzen Vermögens durch Universalsukzession wechselt, gehen natürlich auch alle Forderungen auf den neuen Träger über. → bei Erbschaftserwerb (ZGB 560) und Fusion (FusG 3 ff)

Merke aber: keine Universalzession findet statt bei der Übernahme eines Vermögens oder Geschäfts nach Art. 181; hier wird Veräusserer durch Übernahmevertrag verpflichtet, die vom Erwerber übernommenen Aktiven zu übertragen,

Auswechslung einer Vertragspartei (Vertragsübernahme)

Von ihr spricht man, wenn eine neue Partei an die Stelle der alten in das ganze Vertragsverhältnis eintritt.

Legalzession (Art. 166)

Das Gesetz sieht in vielen Fällen vor, dass eine Forderung von Gesetzes wegen auf eine neue Gläubigerin übergeht. Wichtigster Fall ist die Subrogation, wonach eine Forderung, zB auf den für die Mitschuldner leistenden Solidarschuldner (Art. 149 Abs. 1), auf den für den Hauptschuldner leistenden Bürgen (Art. 507 Abs. 1) oder auf den nach Art. 110 eine fremde Schuld Tilgenden übergeht. Die Leistende erfüllt eine Schuldpflicht anstelle des Schuldners, der aber dadurch nicht befreit wird, sondern die Leistende von Gesetzes wegen als neue Gläubigerin erhält.

→ Wichtig ist Art. 401 OR

Übergang durch Richterspruch (Art. 166)

Besteht Streit über die Auseinandersetzung eines gemeinsamen Vermögens, kommt es zur urteilsmäßigen Zuteilung durch Richterspruch, wenn im Urteil nicht bloss die verschiedenen Forderungszuständigkeiten festgestellt werden.

§ 34 Schuldübernahme

I. Vom Schuldnerwechsel im Allgemeinen

Normalfall: der Gläubigerin steht bis zum Untergang der Forderung der gleiche Schuldner gegenüber

Ausnahmefall: Person des Schuldners wechselt während der Dauer der Obligation. Verschiedene **Ausgestaltungen**:

- Universalsukzession zB beim Erbgang: Schuldnerwechsel beim Übergang eines ganzen Vermögens von einem Vermögensträger auf den andern
- Schuldnerwechsel bei Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäfts i.S.v. Art. 181
- Schuldnerwechsel bei Auswechslung einer Vertragspartei, zB beim Erwerb einer vermieteten Liegenschaft
- Schuldnerwechsel für eine einzelne Schuld

Schuldnerwechsel für eine einzelne Schuld (Schuldübernahme)

Hier kann man verschiedene Unterscheidungen treffen. Eine betrifft

- die am Schuldübernahmevertrag Beteiligten:
 - o **Interne Schuldübernahme**: Vertrag zwischen dem Übernehmer und dem Schuldner. Darin verpflichtet sich der Übernehmer gegenüber dem Schuldner zur Übernahme der Schuld
 - o **Externe Schuldübernahme**: Vertrag zwischen dem Übernehmer und der Gläubigerin. Darin verpflichtet sich der Übernehmer gegenüber der Gläubigerin zur Übernahme der Schuld
- das Ergebnis des Schuldübernahmevertrags:
 - o **Private Schuldübernahme**: Übernehmer tritt an Stelle des Schuldners
 - o **Kumulative Schuldübernahme**: Übernehmer tritt zunächst als zusätzlicher Schuldner neben den Altschuldner

II. Interne Schuldübernahme (Art. 175)

1. Vertrag zwischen dem Schuldner und dem Schuldübernehmer

Interne Schuldübernahme

- **Bewirkt keinen Schuldnerwechsel!**
- Gläubiger ist davon nicht betroffen; es fehlt an einer externen Wirkung
- **Inhalt des Vertrags**: Versprechen des Übernehmers, den Schuldner von seiner Schuld zu befreien (Geschäft wird oft als Befreiungsversprechen bezeichnet)
- Ein einseitiges Versprechen eines Dritten genügt noch nicht; dieser wird nur dann verpflichtet, wenn das Versprechen Bestandteil eines Vertrags ist, was Zustimmung des Schuldners voraussetzt
- Meist sind Befreiungsversprechen entgeltlich, sie sind selten Inhalt eines Schenkungsversprechens
- **Gegenstand des Versprechens**: kann irgendwelche Schuld sein; selbst bedingte, verjährte oder künftige, öffentlich-rechtliche (sofern bestimmt oder bestimmbar)
- **Was nicht geht**: nichtige Schuld (führt zur ursprünglichen objektiven Unmöglichkeit, Art. 20), Bussen
- Persönliche Leistungspflicht des Schuldners steht der Gültigkeit des internen Schuldübernahmevertrags nicht entgegen, jedoch kann der Gläubiger die Drittleistung verweigern
- **Schuldübernahme ist formlos gültig**, auch wenn das ursprüngliche Rechtsgeschäft formbedürftig war

2. Die Rechtswirkungen des Befreiungsversprechens

Rechtswirkungen des gültigen Befreiungsversprechens

- Schuldübernehmer ist an sein Versprechen gebunden → ist verpflichtet, den Schuldner vertragsgemäss zu befreien
- Anspruch auf Befreiung (Art. 175 Abs. 1)
 - o Schuldner kann vom Übernehmer fordern, dass er ihn befreie, sobald die intern übernommene Schuld fällig ist
 - o Schuldner kann sofort (Art. 75) vom Übernehmer fordern, dass er die Schuld auch extern übernehme (Art. 176), dies bedarf aber der Mitwirkung der Gläubigerin
 - o Art. 175 Abs. 3: sieht als Alternative vor, dass der Schuldner vom Übernehmer Sicherheiten verlangen darf
 - o Hat Schuldner selbst gegenüber dem Übernehmer eine Verpflichtung noch nicht erfüllt, kann er ihn nicht zur Erfüllung anhalten = Parteien haben Zug um Zug zu leisten (Art. 175 Abs. 2)
 - o Hat Übernehmer den Schuldner im Zeitpunkt der Fälligkeit weder durch Befreiung der Gläubigerin noch durch externe Schuldübernahme befreit, muss der Schuldner selber leisten. Art. 175 Abs. 3 berechtigt ihn diesfalls, vom Übernehmer Sicherheiten zu verlangen
 - o Leistet der Schuldner an die Gläubigerin wird Forderung erfüllt und erlischt → die vom Übernehmer geschuldete Befreiung wird unmöglich, was bei Verschulden zu einer Schadenersatzpflicht des Übernehmers führt (Art. 97 Abs. 1)

- Gläubigerin muss Erfüllung der Schuld durch Übernehmer annehmen, sofern der Schuldner nicht persönlich zu leisten verpflichtet war. Sie braucht aber einem Schuldnerwechsel (Art. 176) nicht zustimmen
- **Ausnahme:** bei Übernahme von Grundpfandschulden durch den Käufer entsteht der Befreiungsanspruch nicht unmittelbar mit Abschluss des internen Schuldübernahmevertrags, sondern erst nach dem Eigentumsübergang, dh nach Vornahme des Grundbucheintrags (ZGB 656 Abs. 1)

III. Externe Schuldübernahme (Art. 176)

Externe Schuldübernahme

- Bewirkt einen Schuldnerwechsel durch Vertrag zwischen Gläubiger und dem Übernehmer
- Vertrag ist formfrei gültig

1. Vertrag zwischen der Gläubigerin und dem Übernehmer

Im Allgemeinen

- Gläubigerin und Übernehmer vereinbaren, dass der bisherige Schuldner (Altschuldner) befreit wird und der Übernehmer an dessen Stelle tritt
- Altschuldner ist an diesem Vertrag nicht als Partei beteiligt, ein interner Schuldübernahmevertrag wird nicht vorausgesetzt

Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft

Externer Schuldübernahmevertrag ist ein Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft:

- **Verpflichtungsgeschäft:** Übernehmer verpflichtet sich zur Übernahme; Gläubigerin erwirbt das Recht zum Zugriff auf den Übernehmer und verpflichtet sich allenfalls zu einer Gegenleistung → setzt Geschäftsfähigkeit der Parteien voraus
- **Verfügungsgeschäft:** Gleichzeitig verfügt Gläubiger einen Schulderlass zu Gunsten des Altschuldners (Art. 115) → setzt Verfügungsmacht der Gläubigerin voraus

Begriffe

- Privative Schuldübernahme: «den Gläubiger seiner Forderung gegen den Altschuldner beraubend»
- Kumulative Schuldübernahme: befreit den Altschuldner nicht

Antrag und Annahme

Externe Schuldübernahme ist ein formfreier Vertrag; kommt durch Antrag und Annahme zustande

- Auch Gläubigerin kann den Antrag stellen und der Übernehmer annehmen
- Mitteilung der internen Schuldübernahme wird von Gesetzes wegen als Antrag zum Abschluss eines Vertrages zur externen Schuldübernahme ausgelegt (Art. 176 Abs. 2)
- Art. 177 Abs. 1: geht Antrag vom Übernehmer aus, kann die Annahme durch die Gläubigerin jederzeit erfolgen. Der Übernehmer (oder allenfalls Schuldner) kann der Gläubigerin für die Annahme eine Frist setzen, nach deren Ablauf die Annahme bei Stillschweigen der Gläubigerin als verweigert gilt
- Art. 177 Abs. 2: wird vor Annahme durch Gläubigerin eine neue Schuldübernahme verabredet und auch vom neuen Übernehmer der Gläubigerin der Antrag gestellt, so wird der vorhergehende Übernehmer befreit → Gläubiger hat nicht die Wahl, welchen Antrag er annimmt, sondern kann den Vertrag nur mit dem neuen Übernehmer schliessen (sei es zwischen dem Altschuldner und einem Zweitübernehmer oder zwischen dem Erst- und dem Zweitübernehmer)
- Stellt hingegen ein Zweitübernehmer spontan (dh ohne interne Schuldübernahme) den Antrag zur Schuldübernahme, ist die Gläubigerin frei, welchen Antrag sie annehmen will

Gegenstand der externen Schuldübernahme

- Irgendeine Schuld, solange sie individuell bestimmt oder bestimmbar ist -> kann sogar Leistung sein, die nach ihrem Inhalt vom Schuldner persönlich zu erbringen ist
- Annahme des neuen Schuldners ist gleichzeitig eine Erklärung des Gläubigers, dass er die Leistung des Übernehmers als Erfüllung gelten lassen will

2. Rechtswirkungen der gültigen (externen) Schuldübernahme

Allgemeines

- Hauptwirkung: Schuldnerwechsel
- Nebenwirkungen betreffend Nebenrechte

Hauptwirkung: Schuldnerwechsel

- Neuer Schuldner ersetzt den alten Schuldner
- Alter Schuldner wird befreit von bisheriger Schuld, Übernehmer wird in gleicher Art und in gleichem Umfang verpflichtet wie es der Schuldner zur Zeit der Übernahme war (Prinzip der Identität der Schuld)
- Tritt selbst gegen den Willen des bisherigen Schuldners ein
- Verjährung wird unterbrochen, weil Schuldübernahmevertrag eine Schuldanerkennung i.S.v. Art. 135 Ziff. 1 darstellt

Nebenwirkungen betreffend Nebenrechte

- Grundsatz: **die Nebenrechte** (Zins-, Pfandrechte und Bürgschaften) **werden vom Schuldnerwechsel nicht berührt (Art. 178 Abs. 1)**; gilt auch für Verzugs- (Konventionalstrafen oder Gerichtsstandsklauseln) und Gestaltungsrechte (Wahlrecht bei Wahlobligation oder Möglichkeit der Kündigung)
- Übernehmer haftet also für Zinsansprüche und Konventionalstrafen, auch für verfallene sowie für Schadenersatzansprüche aus Vertragsverletzung des Altschuldners sowie für Sicherheiten (zB Pfandrechte), die der bisherige Schuldner selbst bestellt hat
- **Ausnahmen gem. Art. 178 OR**
 - o Abs. 1: Nebenrechte der Gläubigerin, die mit der Person des bisherigen Schuldners untrennbar verknüpft sind gehen unter und belasten neuen Schuldner nicht
 - o Abs. 2: von Dritten bestellte Pfänder und Bürgen haften nur dann weiter, wenn der Verpfänder/Bürge der Schuldübernahme zugestimmt hat;
 - Zustimmung muss spätestens bei Vertragsabschluss, beim Bürgen in Schriftform (Art. 493 Abs. 5), vorliegen; beim Verpfänder formlos gültig
 - Im Fall der kumulativen Schuldübernahme ist sie nicht nötig, weil das Risiko der Sicherungsgeber nicht erhöht wird

Unwirksamer Übernahmevertrag

Fällt ein externer Übernahmevertrag als unwirksam infolge eines Vertragsmangels dahin, besteht die in Art. 180 OR umschriebene Rechtslage. Diese kann gar indessen gar nicht eintreten, weil auch die einseitige Unverbindlichkeit nach Art. 31 zur Unwirksamkeit ex tunc führt (Ungültigkeitstheorie) → Art. 180 hat keine praktische Bedeutung!

Rückgängigmachung einer Schuldübernahme

Der frühere Schuldner übernimmt die vom Übernehmer übernommene Schuld seinerseits wieder, und zwar durch Vertrag mit Gläubigerin nach Art 176 → bei dieser Rückübernahme leben die nach Art. 178 bei der ersten Schuldübernahme erloschenen Nebenrechte nicht wieder auf

§ 35 Mehrzahl von Gläubigerinnen und Schuldern

IV. Die Solidarschuldnerschaft im Besondern (Art. 143-149)

Bei Solidarschuldnerschaft bestehen mehrere Forderungen, die auf dasselbe Leistungsinteresse gerichtet sind und die gesetzlich oder vertraglich zu einer Einheit verbunden sind. Sie hat in der Praxis eine sehr grosse Bedeutung.

1. Entstehungsgründe

Solidarschuldnerschaft entsteht entweder von Gesetzes wegen oder aus Vertrag (Art. 143).

Von Gesetzes wegen (Art. 143 Abs. 2)

Hauptfälle

- Solidarhaft der Personengeschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten (Art. 544 Abs. 3 und 568 f.)
- Solidarhaft der gemeinsam schuldhaften Schadensverursacher für den Schaden aus unerlaubter Handlung (Art. 50)
- Solidarhaft von mehreren Personen aus verschiedenen Rechtsgründen verursachten Schaden (Anspruchskonkurrenz, Art. 51)
- Solidarhaft der Erben für die Schulden des Erblassers (ZGB 603 Abs. 1)
- ... (mehr siehe Lehrmittel Seite 356/357)

Durch Vertrag

Durch Vertrag entstehen Solidarschuldverhältnisse, wenn dies dem erklärten Vertragswillen der mehreren Schuldner und der Gläubigerin entspricht (Art. 143 Abs. 1). Massgebend ist eine Auslegung nach Vertrauensprinzip, wobei die Erweckung des blossen Anscheins der Existenz einer einfachen Gesellschaft nach Gerichtspraxis eine Solidarhaft begründen kann.

Bsp.: 2 Brüder kaufen zusammen ein Auto und vereinbaren mit Verkäufer, dass sie solidarisch für Kaufpreis haften

Das vertragliche Solidarschuldverhältnis kann gleichzeitig mit der betr. Schuld entstehen oder auch später, wenn sich nach Begründung der Schuld ein Dritter neben dem ursprünglichen Einzelschuldner als Solidarschuldner verpflichtet (Schuldbeitritt; kumulative Schuldübernahme).

2. Rechtslage

Aussenverhältnis (Art. 144-147)

Bezeichnet das Rechtsverhältnis zwischen den mehreren Solidarschuldnern und ihrer Gläubigerin.

- **Gläubigerin kann nach ihrer Wahl von allen Solidarschuldnern je nur einen Teil oder das Ganze fordern** (Art. 144 Abs. 1), sobald die Forderung fällig ist
 - o Jeder Schuldner hat (unter Vorbehalt anderer Abrede) die gleiche Leistung unter den gleichen Modalitäten (Fälligkeitstermin, Erfüllungsort, Verzinslichkeit) zu erbringen
 - o Belangter Solidarschuldner kann der Gläubigerin nur solche Einreden (und Einwendungen) entgegensetzen, die entweder aus seinem persönlichen Verhältnis zur Gläubigerin oder aus dem gemeinsamen Entstehungsgrund oder Inhalt der solidarischen Verbindlichkeit hervorgehen (Art. 145 Abs. 1)
 - o Jeder Solidarschuldner haftet gegenüber den anderen, wenn er diejenigen Einreden und Einwendungen nicht geltend macht, die allen gemeinsam zustehen (Art. 145 Abs. 2)
- **Jeder Solidarschuldner ist berechtigt, die geschuldete Leistung zu erbringen**, sobald die Forderung erfüllbar ist -> kann der Wahl der Gläubigerin zuvorkommen, wodurch das Wahlrecht (Art. 144 Abs. 1) eingeschränkt wird
- **Sämtliche Schuldner bleiben so lange verpflichtet, bis die ganze Forderung getilgt ist (Art. 144 Abs. 2).** Wenn ein anderer Solidarschuldner leistet, werden auch die anderen Schuldner befreit (Art. 147 Abs. 1)
 - o *Befreiende Wirkung für alle hat auch Tilgung der Forderung durch Verrechnung (Art. 147 Abs. 1), sowie Hinterlegung (nach Art. 92), Leistung an Erfüllung statt und Teilleistung (Art. 69 Abs. 2)*
 - o *Nachträgliche Leistungsunmöglichkeit, die kein Solidarschuldner zu verantworten hat, befreit alle (Art. 119 Abs. 1)*
 - o *Kein Erlösungsgrund, der zum Untergang der Forderung führt, ist die Verjährung. Sie läuft für jeden Solidarschuldner getrennt*, sodass die Forderung dem einen Gegenüber verjährt sein kann, dem andern gegenüber aber noch nicht -> Stillstands- und Hinderungsgründe (Art. 134) wirken nur gegen den einzelnen Schuldner
 - o *Hingegen wirkt die Unterbrechung der Verjährung (Art. 135) gegen den einen Solidarschuldner auch gegen die übrigen, sofern sie auf einer Handlung der Gläubigerin beruht (Art. 136 Abs. 1)*

- **Art. 146: ein Solidarschuldner kann, soweit nichts anderes bestimmt ist, durch seine persönliche Handlung die Lage der andern nicht erschweren**
 - o Individuelle Verabredungen zwischen Solidarschuldner und Gläubiger (zB Zusage zur Konventionalstrafe) wirken nur zu Lasten des betreffenden Schuldners
 - o Schuldnerverzug und Verzugsfolgen treten für jeden einzelnen Schuldner getrennt ein; Rücktritt der Gläubiger vom Vertrag ist aber nur möglich, wenn alle Solidarschuldner in Verzug sind
 - o Bei nachträglicher Leistungsfähigkeit wird nur derjenige Schuldner ersatzpflichtig, der die Unmöglichkeit nach Art. 97 Abs. 1, 101 oder 103 zu verantworten hat
- Art. 43 Abs. 1 (Herabsetzung des Ersatzes bei einer Schadenersatzforderung wegen geringem eigenen Verschulden) ist nur auf unechte Solidarität anzuwenden

Innenverhältnis

Verhältnis unter den Solidarschuldnern.

- **Haftung nach Köpfen, Art. 148 Abs. 1:** jeder hat einen gleichen Teil zu übernehmen, sofern sich aus dem Rechtsverhältnis nichts anderes ergibt
- Wenn mehrere Personen für den gleichen Schaden haften (Art. 50 und 51) ergibt sich eine andere Verteilung, nämlich nach richterlichem Ermessen
- Haften mehrere Personen aus verschiedenen Rechtsgründen, trägt i.d.R. derjenige in erster Linie den Schaden, der ihn durch unerlaubte Handlung verschuldet hat, in letzter Linie derjenige, der ohne eigne Schuld und ohne vertragliche Verpflichtung nach Gesetzvorschrift haftbar ist (Art. 51 Abs. 2)

Rückgriff – Art. 148 Abs. 2

Leistet ein Solidarschuldner mehr, als er im Innenverhältnis zu tragen verpflichtet ist, hat er für den Mehrbetrag Rückgriff auf seine Mitschuldner.

- Die mehreren Rückgriffsschuldner haften dem Regressberechtigten nicht solidarisch; **jeder haftet für den Anteil, der sich aus dem Innenverhältnis ergibt.** Dieses wird korrigiert, wenn ein Rückgriffsschuldner nicht leisten kann → **Ausfall wird gleichmässig den Anteilen der übrigen Schuldner (auch des Regressberechtigten) zugeschlagen (Art. 148 Abs. 3)**
- Rückgriffsforderung entsteht erst mit der Leistung an die Gläubigerin, nicht schon mit der Belangung durch diese, aber es ist unerheblich, ob Schuldner freiwillig oder auf Verlangen der Gläubigerin leistet
- Dem zahlenden Schuldner steht neben der Rückgriffsforderung auch **Ersatz der Auslagen** zu (zB Prozesskosten; Anspruchsgrundlagen sind Art. 422, 402 und 537 Abs. 1) Der Ersatzanspruch ist zu verzinsen.
- **Art. 139: allgemeine Verjährungsfrist für Regressansprüche**
- Der rückgriffsberechtigte Solidarschuldner tritt kraft **gesetzlicher Subrogation** in die Rechtsstellung der befriedigten Gläubigerin ein; deren Rechte gehen auf ihn über (Art. 149 Abs. 1)
- Regressrecht verfällt (analog Art. 502 Abs. 3), wenn der Schuldner es trotz Kenntnis unterlassen hat, begründete gemeinsame Einreden gegen den Bestand der Schuld zu erheben – Solidarschuldner wird den anderen gegenüber verantwortlich, wenn der diejenigen Einreden nicht geltend macht, die allen gemeinsam zustehen (Art. 145 Abs. 2). Dies gilt auch, wenn er die Mitschuldner nicht über Bezahlung benachrichtigt, sodass diese nochmals leisten

3. echte und unechte Solidarität

Unterscheidung stellt auf den Rechtsgrund ab, aus dem heraus die Solidarschuldner verpflichtet sind:

- Echte Solidarität (Art. 50): alle Solidarschuldner sind aus gleichem Grund verpflichtet
- Unechte Solidarität (Art. 51): Verpflichtungen beruhen auf verschiedenen Gründen

Grundsätzlich werden auf die unechte Solidarität die Regeln der echten angewendet. Unterschiede ergeben sich in folgenden Punkten:

- Art. 136 Abs. 1 ist nicht anwendbar bei unechter S.; jede Verpflichtung habe ihre eigenen Verjährungen, somit betreffe auch die Unterbrechung je nur die einzelne Verpflichtung
- Bei der unechten S. tritt Mitschuldner nicht kraft Subrogation in Rechtsstellung der Gläubigerin, ihm steht einfach ein Ausgleichsanspruch gegen seine Mitschuldner zu (Art. 149 Abs. 1 gilt nicht)
- Persönliche Herabsetzungsgründe (Art. 43) werden bei der echten S. nicht berücksichtigt

Die **Unterscheidung ist ohne praktische Konsequenzen**, denn die angeblich unterschiedlichen Rechtsfolgen werden durch anderslautende Rechtssätze widerlegt (Art. 497 Abs. 4; VVG 72)!

§36 Sicherung von Forderungen

II. Vereinbarung einer Konventionalstrafe (Art. 160-163)

Zweck der Konventionalstrafe

- Prävention, indem der Schuldner einen gewissen Erfüllungsdruck verspüren soll und daher die Leistungsstörung vermeiden will
- Kompensation des Schadens infolge Vertragsverletzung
- Kann hemmend wirken
- Kann Strafzweck erfüllen

Begriff der Konventionalstrafe

- Konventionalstrafe = ein bedingtes Versprechen für den Fall der nicht oder nicht ordnungsgemässen Erfüllung einer bestimmten Pflicht («Hauptverpflichtung»)
- KS ist privater Natur (keine «Geldstrafe» oder «Busse» nach StGB)

Vereinbarung einer **Schadenspauschalierung** hat lediglich eine Ausgleichsfunktion.



Sinn und Zweck einer Konventionalstrafe

Beugewirkung («in terrorem»)

- Konventionalstrafe in beliebiger Höhe, OR 163 I

Erleichterung der Schadensliquidierung

- Kein Schadensnachweis erforderlich, OR 161 I
- Insb.: immaterielle Interessen, blosse Gewinnchancen, Beweisschwierigkeiten

Strafwirkung

1. Tatbestand

Art. 160 Abs. 1 - Tatbestand

Abschluss eines Schuldvertrags, worin der Schuldner der Gläubigerin eine Leistung (Konventionalstrafe) für den Fall verspricht, dass sie eine bestimmte Schuld (Hauptpflicht) nicht oder nicht richtig erfüllt.

- Hauptverpflichtung ist i.d.R. eine Vertragsschuld, doch auch Obligationen aus anderen Rechtsgründen können gesichert werden
- Die Konventionalstrafe (oder: Vertragsstrafe) ist ihrerseits Nebenvereinbarung (Strafabrede)
- Konventionalstrafe kann in den Schranken des Gesetzes (Art. 19 Abs. 1) in irgendeiner Leistung (Tun, Unterlassen, Dulden) bestehen und in beliebiger Höhe bestimmt werden
 - o Meist Zahlung einer Geldsumme; Höhe muss im Voraus bestimmbar oder zumindest bestimmbar sein (Nennung der Kriterien reicht aus, zB Schwere der Vertragsverletzung)
 - o Auch Übernahme eines Rechtsnachteils (zB Verpflichtung von Rechten, Reduktion einer Preisforderung) kann als Konventionalstrafe vereinbart werden
- Die KS wird für den Fall versprochen, dass der Schuldner nicht oder nicht richtig erfüllt → ist ein bedingtes Leistungsversprechen, wobei die Bedingung die Nichterfüllung bzw. die nicht richtig Erfüllung der Hauptpflicht ist
- Verfall der KS setzt ein Verschulden des Schuldners voraus, wobei das Verschulden nach Art. 97 vermutet wird und auch Art. 101 und Art 103 Abs. 1 vorbehalten bleiben

Zeitpunkt der Vereinbarung der KS

- entweder mit Abschluss des Hauptvertrags, wobei sie dann als Vertragsklausel ein Bestandteil des Vertrags bildet oder
- im Nachhinein als selbstständiger Vertrag

Formvorschrift?

- Von Gesetzes wegen keine FV, ausser im Arbeitsrecht (Schriftlichkeit)
- KS folgt der Formvorschrift der Hauptverpflichtung (zB bei Grundstückkauf wird auch öffentliche Beurkundung verlangt)

2. Rechtsfolgen

Rechtsfolge

Bindung des Schuldners an sein Versprechen (Leistungspflicht)

- Tritt die Bedingung ein, wird die KS zur unbedingten Schuld, die sofort fällig ist
- Bei vollkommenen zweiseitigen Verträgen kann die KS erst gefordert werden, wenn der Gläubiger der Strafverpflichtung die eigenen Hauptvertragsverpflichtungen erfüllt hat, da dem Schuldner sonst allenfalls die Rechtsbehelfe gem. Art. 82 f. zustehen

Verhältnis der KS zum Erfüllungsanspruch der Gläubigerin

Regelfall: Alternativität

Gläubiger kann – mangels anderer Abrede – nur entweder die Erfüllung oder die KS fordern (Art. 160 Abs. 1).

Ist eine alternative Ermächtigung der Gläubigerin, denn sie muss die Erfüllung der Hauptforderung annehmen, dh die Frage des Verhältnisses stellt sich erst, wenn die Hauptforderung nicht (gehörig) erfüllt wird. Wählt der Gläubiger die KS (Gestaltungsrecht), verzichtet er damit definitiv auf die Hauptleistung und der Schuldner wird unmittelbar, und nicht erst bei Zahlung, von seiner Hauptleistungspflicht befreit.

Gläubiger verzichtet aber nicht direkt auf die KS, wenn er zunächst Erfüllung fordert. Er darf aber immer auf die KS verzichten und auf die Erfüllung beharren (normale Rechtsbehelfe anwenden).



Wird die Hauptforderung nur teilweise und somit nicht richtig erfüllt, kann der Gläubiger die KS geltend machen, wobei die Teilleistung auf die Strafe anzurechnen/zurückzugeben ist.

Ausnahmen

- **Kumulation:** Gläubiger kann beide Ansprüche nebeneinander geltend machen. Sie entsteht entweder durch Vereinbarung oder durch gesetzliche Anordnung (Art. 160 Abs. 2)
- **Exklusivität:** nur die KS ist geschuldet, sie tritt an Stelle der Hauptleistung, aber es kommt nicht zum Rücktritt (mit Rückabwicklung), sondern der Vertrag bleibt bestehen
- **Wandelpön, Art. 160 Abs. 3:** ein Vertrag wird so vereinbart, dass dem Schuldner «gegen Erlegung der Strafe der Rücktritt freisteht». Anders als eine echte KS will die Wandelpön nicht zu Gunsten der Gläubigerin die Erfüllung der Hauptverpflichtung des Schuldners sichern, sondern diesem die einseitige Befreiung von der Hauptverpflichtung ermöglichen -> ist eigentlich keine KS!

Verhältnis zum Schaden der Gläubigerin

Durch die Nichterfüllung bzw. nicht richtig Erfüllung der Hauptleistungspflicht kann dem Gläubiger ein Schaden entstehen. Zum Verhältnis zwischen KS und möglichem Schaden:

1. **Leistungspflicht auch ohne Schaden:** sobald Bedingung der KS eingetreten ist, ist diese auch geschuldet, wenn der Gläubiger keinen Schaden erlitten hat
2. **Recht auf Ersatz des grösseren Schadens:** übersteigt der Schaden die KS, kann Gläubiger einen Mehrbetrag nur einfordern, wenn er ein Verschulden des Schuldners nachweist (Art. 161 Abs. 2); KS wird dem Schaden angerechnet



Wandelpön («dédit consensuel»)

- Sonderregel in OR 163 III: Parteien vereinbaren «Strafe» für den Fall, dass Schuldner vom Vertrag zurücktritt (ohne dass ihm Verhalten des Gläubigers dazu Anlass gegeben hätte)
- «Wandelpön» = poena (Strafe) für Wandelungsrecht (Rücktritt)
- Spielt v.a. im Arbeitsrecht eine Rolle
 - Gesondert geregelt in OR 340b II: Arbeitnehmer, der vereinbartes Konkurrenzverbot überschreitet, wird von Konkurrenzverbot befreit, wenn er die vereinbarte Strafe zahlt (+ weitergehenden Schaden, aber schwierig zu beweisen); vorbehalten OR 340b III
- Wohl h.A. + BGer. auf Wandelpön finden Regeln der KS keine Anwendung (Formpflicht?), insb. OR 160 III nicht (doch aber bei OR 340b II)
- Aber Anwendung von ZGB 27 II, OR 19-21

Ausnahmen von der Leistungspflicht des Schuldners

Grundsatz: Schuldner ist an das abgegebene Versprechen zur Leistung der Konventionalstrafe gebunden. Die Vereinbarung kann übrigens aus den gleichen Gründen wie jeder andere Vertrag ungültig (nichtig) sein. Sodann ist auf besondere Fälle der Unwirksamkeit hinzuweisen:

1. **Keine Bindung wegen mangelhaften Hauptversprechens (Art. 163 Abs. 2)**, Beweislast liegt beim Schuldner
 - o KS kann nicht gefordert werden, wenn sie ein widerrechtliches oder unsittliches Versprechen bekräftigen soll; KS ist nichtig
 - o Unverschuldete Unmöglichkeit, wenn Parteien nicht etwas anderes vereinbart haben
 - o Zu sichernde Hauptleistung hat wegen ursprünglicher Leistungsunmöglichkeit (Art. 20) gar nie bestanden, ausser die Parteien haben etwas anderes vereinbart
2. **Beschränkende Bindung bei übermässiger Höhe (Art. 163 Abs. 3)**
 - o Übermässig hohe KS bindet Schuldner nur beschränkt, denn Richter hat übermässige KS herabzusetzen nach Recht und Billigkeit (ZGB 4) → ist zwingendes Recht!
 - o Keine Anwendung bei Wandelpön!
 - o Gericht muss nach Ermessen beurteilen, ob KS angemessen ist oder nicht und bei übermässiger KS zurückhaltend herabsetzen; nur so weit herabsetzen, dass sie nicht mehr übermässig ist und nicht auf den Betrag, welchen es selber als angemessen erachten würde → Mass der Herabsetzung ergibt sich aus dem Übermass der Strafe
 - o Eine bereits geleistete KS kann herabgesetzt werden, wenn die Umstände, die zur Herabsetzung berechtigen, bei Zahlung noch nicht bekannt waren

Schranken der Bindungswirkung der Konventionalstrafe

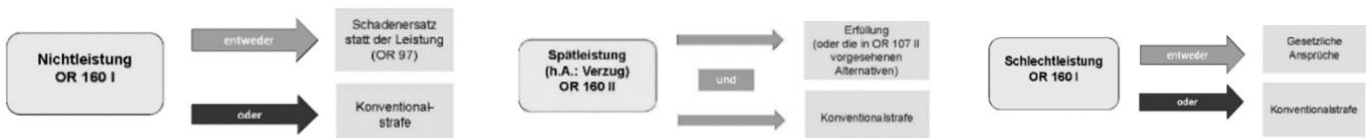
- Strafabrede leidet an einem Gültigkeitsmangel
- widerrechtliches oder sittenwidriges Hauptversprechen (Art. 163 Abs. 2 OR)
- Fall der unverschuldeten nachträglichen Unmöglichkeit («mangels anderer Abrede»; Art. 163 Abs. 2 OR)
- gerichtliche Herabsetzbarkeit bei übermässiger Höhe (Art. 163 Abs. 3 OR)

3. Einzelfragen

Verhältnis zwischen Konventionalstrafe und Hauptforderung (=Akzessorietät)

- Abrede der KS setzt zu ihrer Gültigkeit eine gültige Hauptforderung voraus, vorbehalten bleiben Garantieverprechen des Schuldners oder eines Dritten, welche aber keine KS begründen
- Geht die Hauptforderung vor Eintritt der Bedingung unter, dann auch die bedingte Pflicht zur Leistung der KS
- Zur Durchsetzung rechts- und sittenwidriger Hauptforderungen darf die KS nicht vereinbart werden
- Ist Hauptforderung formbedürftig, ist auch die Abrede der KS formbedürftig
- Wird die Hauptforderung abgetreten, geht i.d.R. auch die KS als bedingtes Nebenrecht über (Art. 170 Abs. 1)
- Mit der gesicherten Forderung verjährt auch die KS

<p>Verhältnis bei Nichtleistung (Unmöglichkeit)</p> <ul style="list-style-type: none"> - Alternativität - Ratio: KS sichert Erfüllungsinteresse des Gläubigers (falls Kumulation → doppelter Ausgleich dafür, dass er Leistung nicht erhält) - Gläubiger hat Wahlmöglichkeit (sog. alternative Ermächtigung des Gläubigers) - Wahl der KS ist unwiderruflich - Vorteile der Konventionalstrafe: <ul style="list-style-type: none"> - Kein Schadensnachweis nötig, OR 161 I - KS grds. in beliebiger Höhe, OR 163 I - Weiterer Schaden einklagbar, OR 161 II 	<p>Verhältnis bei Spätleistung</p> <ul style="list-style-type: none"> - Kumulation von gesetzlichen Rechtsbehelfen (Erfüllung, SchaE statt der Leistung, Rücktritt) und Konventionalstrafe - Interesse des Gläubigers, Erfüllung zu erhalten, deckt sich nicht mit seinem Interesse, diese rechtzeitig zu erhalten - So wie nach den gesetzlichen Regeln des Schuldnerverzugs der Verspätungsschaden zum Erfüllungsanspruch hinzutritt (OR 103 II, 107 II 1. A.), ist auch im Falle, dass KS vereinbart wird, die neben der Erfüllung geschuldet (Kumulation der Ansprüche) - Anders, wenn der Gl auf die KS verzichtet (Ausdrücklichkeit) oder «vorbehaltlos annimmt» (Vorbehalt muss ausdrücklich sein) - Anspruch auf KS geht unter 	<p>Verhältnis bei mangelhafter Leistung</p> <ul style="list-style-type: none"> - Alternativität zwischen gesetzlichen Rechtsbehelfen (Wandlung, Minderung, Nachbesserung, Schadenersatz) und Konventionalstrafe <ul style="list-style-type: none"> - Parteien können Kumulation vereinbaren, OR 160 I - «unbeschadet sonstiger Ansprüche» - Oder stillschweigend, insb. angesichts Sinn und Zweck der KS im konkreten Fall - Alternativität insoweit, als die KS das Erfüllungsinteresse des Gläubigers sichert (Gläubiger soll nicht zugleich [ordnungsgemässe] Leistung und KS fordern können) - deckungsgleiche Interessen dürfen nicht mehrfach abgegolten werden
---	---	---



Sicherung der KS

Auch die KS kann gesichert werden. Dies durch Pfand, Bürgerschaft oder andere Sicherheiten.

III. Haftungs- und Reugeld (Art. 158)

1. Übersicht

Funktion von Haftgeld

- Entweder als Bekräftigungselement des Vertragsschlusses
- Oder als vorweggenommene Konventionalstrafe

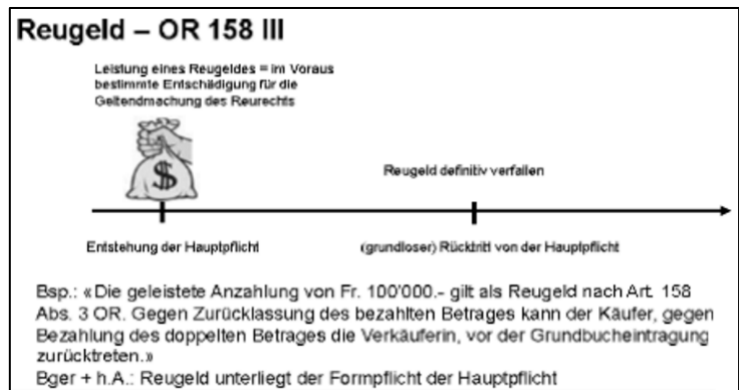
Wirkt verstärkend auf Vertragsbindung

Funktion Reugeld

Gewährt den Parteien die Option, gegen Entgelt vom Vertrag zurückzutreten. → wirkt abschwächend auf die Vertragsbindung

Doppelte Vermutung des Gesetzes

1. Eine bei Vertragsschluss geleistete Zahlung (Handgeld) sei Haftgeld (Art. 158 Abs. 1) und nicht Reugeld
2. Die Gläubigerin müsse sich das Haftgeld weder an die Erfüllungs- noch an eine allfällige Schadenersatzleistung des Schuldners anrechnen lassen (vorbehalten ist andere Vereinbarung oder Ortsgebrauch) → Haftungsgeld ist vermungsweise Draufgeld und nicht Angeld (Art. 158 Abs. 2)



2. Haftgeld (Art. 158 Abs. 1 und 2)

Haftgeld

Geldsumme, die der Schuldner der Gläubigerin bei Vertragsschluss (als Handgeld) mit der Vereinbarung leistet, dass die Gläubigerin das Handgeld bei Nichterfüllung der Vertragsschuld behalten darf.

- Nur dasjenige, was effektiv bei Vertragsschluss gegeben wurde, nicht was nur versprochen wurde
- Kann nicht klageweise nachgefordert werden

Ausgestaltung als Draufgeld auf Grund gesetzlicher Vermutung

- Zahlung des Draufgeldes erfolgt ohne Anrechnung an die Hauptleistung (Art. 158 Abs. 2)
- Draufgeld verbleibt der Gläubigerin unabhängig davon, ob der Schuldner gehörig erfüllt oder nicht
- Ist kumulativ geschuldet, weshalb ihm weder Straf- noch Ausgleichsfunktion zukommt → keine vorweggenommene KS, sondern Erweiterung der Leistungspflicht des Schuldners
- Leistung als Handgeld soll den Vertragsschluss nach aussen sichtbar machen und bekräftigen

Ausgestaltung als Angeld auf Grund Abrede oder Ortsgebrauch

Erfüllt Schuldner seine Vertragsschuld nicht, hat die Zahlung des Angelds die Funktion einer zum Voraus entrichteten KS und verbleibt deshalb der Gläubigerin.

- Angeld ist auf den Schaden anzurechnen, Gläubiger kann aber das Angeld übersteigenden Schaden zusätzlich fordern (analog Art. 161 Abs. 2)
- Mangels Abrede ist von Alternativität auszugehen → Gläubiger kann nur entweder Erfüllung verlangen oder das Angeld einbehalten (analog Art. 160 Abs. 1)
- Parteien können vereinbaren (Art. 158 Abs. 2), dass das Angeld den Sinn einer kumulativen oder exklusiven KS hat (auch Ortsgebrauch kann dies ergeben)

Erfüllt der Schuldner seine Vertragsschuld, wird das Angeld auf die Schuld angerechnet und damit Teil der Erfüllung.

3. Reugeld (Art. 158 Abs. 3)

Reugeld

Geldsumme, die der Schuldner der Gläubigerin bei Vertragsschluss (als Handgeld) leistet. Die Leistung erfolgt mit dem vereinbarten Zweck, dass der Geber unter Zurücklassung des hingegebenen und der Nehmer gegen Erstattung des doppelten Betrags vom Vertrag zurücktreten können. → ist eine Vergütung für ein vertraglich eingeräumtes Rücktrittsrecht, das auch der Gegenpartei die Befugnis verschafft, unter gleichen Bedingungen zurückzutreten.

- Gesetzliche Vermutung: Handgeld ist kein Reugeld (Art. 158 Abs. 1)
- Tritt keine Partei zurück, gilt für das entrichtete Reugeld die Vermutung des Art. 158 Abs. 2 analog: unter Vorbehalt abweichender Abrede oder anderslautendem Ortsgebrauch liegt demnach Draufgeld vor, diese Vermutung ist aber widerlegbar
- Vereinbarung eines Reugeldes bedarf der gleichen Form wie der Vertrag

- Herabsetzungsmöglichkeit von Art. 163 Abs. 2 findet keine Anwendung

§ 37 Vertrag zu Gunsten und zu Lasten Dritter (Art. 111-113)

I. Übersicht

Normalfall: Parteien begründen durch Vertrag Rechte und Pflichten ausschliesslich zu eigenen Gunsten und Lasten. Es ist aber zulässig, dass zwei Vertragsparteien vereinbaren, der Schuldner habe einem Dritten eine Leistung zu erbringen (Art. 112). Unzulässig wäre es, wenn zwei Parteien etwas vereinbaren, was einen Dritten belastet.

Art. 111 «Vertrag zu Lasten eines Dritten» regelt den Fall eines Garantievertrags, in dem eine Partei der anderen verspricht, sie werde für die Leistung eines Dritten eintreten.

II. Vertrag zu Gunsten eines Dritten (Art. Art. 112 f.)

1. Begriff und Merkmale

Art. 112 Abs. 1

- Schuldvertrag, worin sich jemand, der auf eigenen Namen handelt, eine Leistung an einen Dritten zu dessen Dritten verspricht
- Schuldner (Promittent) verpflichtet sich gegenüber der Gläubigerin (Promissarin/Stipulantin), einem Dritten zu leisten
- Der Dritte, der die versprochene Leistung erhalten soll, ist am Vertrag nicht als Partei beteiligt
- Begrifflichkeiten der Verhältnisse:
 - o **Deckungsverhältnis:** bezeichnet die Verbindung zwischen dem Promittenten und der Promissarin
 - o **Leistungsverhältnis:** Beziehung zwischen dem Promittenten und dem Dritten
 - o **Valutaverhältnis:** Beziehung zwischen Promissarin und dem Dritten
- Vertrag zu Gunsten Dritter ist entweder ein selbstständiger (zB reiner Fremdversicherungsvertrag) oder Bestandteil eines umfassenden Vertrages (zB als Zahlungsklausel)

Zwei Arten des Vertrages zu Gunsten Dritter

Unterscheidungskriterium ist die Rechtsstellung des begünstigten Dritten

- Echter Vertrag zu Gunsten Dritter
- Unechter Vertrag zu Gunsten Dritter

2. Rechtsgründe

Verschiedene Rechtsgründe anhand von Beispielen:

- **Solvendi causa:** Promissarin hat dem Promittenten Ware geliefert. Dieser verpflichtet sich, den Kaufpreis dem Hilfswerk Caritas zu überweisen. (Deckungsverhältnis)
- **Donandi causa:** Promissarin will den Dritten beschenken, deshalb lässt sie sich vom Promittenten (zB Buchhalter) eine Leistung an den Dritten versprechen, wobei sie den Kaufpreis selbst bezahlt. (Valutaverhältnis)
- **Solvendi causa:** Promittent muss dem Dritten leisten, weil er dies der Promissarin versprochen hat. Somit besteht der Rechtsgrund für die Leistung an den Dritten ebenfalls im Deckungsverhältnis.

3. Unechter (gewöhnlicher) Vertrag zu Gunsten Dritter, Art. 112 Abs. 1

Vertrag auf Leistung an einen Dritten (= unechter Vertrag zu Gunsten Dritter)

- Einzig der Promissarin steht ein Forderungsrecht auf Leistung an den Dritten zu → nur Promissarin kann gegen den Promittenten auf Leistung klagen
- **Besonderheit:** Gläubigerin kann nicht die Leistung an sich, sondern nur Leistung an den Dritten verlangen (Art. 112 Abs. 1)
- Stellung des Dritten ist die eines Begünstigten; seine Beteiligung als Leistungsempfänger ist rechtlich ausschliesslich Folge («Reflex») der Verpflichtung des Promittenten gegenüber der Promissarin
- **Beispiel:** Eine Sonderschule schliesst mit einem Taxiunternehmen einen Beförderungsvertrag für ihre Schüler ab. Diese kommen zwar in den Genuss der Beförderung, haben selber aber kein selbstständiges Forderungsrecht gegenüber dem Taxiunternehmen

4. Echter (qualifizierter) Vertrag zu Gunsten Dritter, Art. 112 Abs. 2

Unterschied zum unechten Vertrag: Nicht nur die Promissarin (als Vertragspartei) wird berechtigt, sondern auch der Dritte (als Begünstigter). Der Dritte wird Gläubiger der versprochenen Leistung, obwohl er selber nicht Vertragspartei ist. Er kann selbstständig die Erfüllung fordern und nötigenfalls einklagen (Art. 112 Abs. 2)

Rechtsgründe

Gesetz, Vereinbarung oder auf Grund einer Übung:

- **Gesetz:** kann einem am Vertrag nicht beteiligten Dritten Gläubigereigenschaften verleihen. Z.B: Art. 113 besagt, dass der Anspruch aus einer Haftpflichtversicherung, die eine Dienstherrin gegen die Folgen der gesetzlichen Haftpflicht abgeschlossen hat, ausschliesslich dem Dienstpflichtigen zusteht, wenn er nicht weniger als die Hälfte an die Prämien geleistet hat.
- **Vereinbarung der Vertragsparteien (Art. 112 Abs. 2):** Der Dritte kann selbstständig die Erfüllung fordern, wenn es die Willensmeinung der beiden andern war. Z.B. Hinterlegung von Wertpapieren bei der Bank auf den Namen eines Dritten
- **Übung (Art. 112 Abs. 2):** eine dem Dritten das selbstständige Forderungsrecht einräumende Übung kann zur Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung führen.

Rechtswirkungen

- Wesentliches Merkmal: **selbstständiges Forderungsrecht des Dritten** auf die zwischen Promittent und Promissarin vereinbarte Leistung
- Auch die Promissarin kann nur die Leistung an den Dritten verlangen (Art. 112 Abs. 1)
- Erfüllt der Promittent nicht oder hat er das zu verantworten, so steht sowohl dem Dritten als auch der Promissarin selbstständige Schadenersatzforderung zu
- Promittent kann alle Einreden und Einwendungen gegenüber dem Dritten erheben, welche sich aus diesem Vertrag ergeben. Nicht erforderlich ist, dass der Dritte die Einreden oder Einwendungen im Zeitpunkt des Beitritts gekannt hat
- Forderungsrecht des Dritten entsteht mit Vertragsabschluss zwischen Promittent und Promissar unmittelbar und originär, doch ist es insoweit **provisorisch**, als der Promissar den Promittenten (unabhängig von dessen Willen) von der Leistung an den Dritten durch einen Widerruf wieder entbinden und Leistung an sich verlangen kann → **Promissar bleibt über Forderung Verfügungsberechtigt**. Dies jedoch nur so lange, bis der Dritte dem Promittenten erklärt hat, er wolle von seinem Recht Gebrauch machen (Art. 112 Abs. 3)
- Akkreszenztheorie: Nur wenn der Dritte sein Recht kennt, kann er dem Vertrag beitreten, wobei er durch seine Erklärung nicht Vertragspartner, sondern ausschliesslich Gläubiger der Forderung wird

5. Exkurs: Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter

Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter

- Der Dritte hat keinen eigenständigen Erfüllungsanspruch, die Hauptleistungspflicht steht alleine der Vertragsgläubigerin zu
- Dem Dritten stehen im Fall der Verletzung von vertraglichen Sorgfaltspflichten **selbstständige vertragliche (also nicht deliktische) Schadenersatzansprüche** gegen die vertragsbrüchige Partei zu

Abgrenzung zur Drittschadensliquidation: Schaden tritt bei der Drittschadensliquidation zufälligerweise nicht bei der Gläubigerin, sondern bei einem Dritten ein.

Anwendungsbereich

Frage nach der Schutzwirkung zu Gunsten vertragsfremder Dritter stellt sich deshalb, weil es für die geschädigte Person günstiger ist, wenn Vertragsrecht und nicht Deliktsrecht zur Anwendung kommt. Beispiele:

- Kindersicherung des Mietwagens ist nicht richtig gewartet, Kind verletzt sich deshalb
- Ungeborenes Kind nimmt Schaden wegen ärztlicher Fehlbehandlung
- Hersteller informiert nicht über Gefährlichkeit eines Produktes und jemand verletzt sich

Anwendungskriterien

- **Leistungsnähe:** der Dritte muss bestimmungsgemäss mit der Hauptleistung des Vertrags in Berührung kommen
- **Schutzinteresse (Gläubigernähe):** schutzwürdiges Interesse der Gläubigerin der Hauptleistungspflicht an der Einbeziehung des Dritten in die vertragliche Sorgfaltspflicht
- **Erkennbarkeit:** das Drittschutzinteresse muss für die haftende Vertragspartei beim Vertragsschluss erkennbar sein
- **Schutzbedürftigkeit:** für Ausdehnung des Vertragsschutzes muss effektiv ein Bedürfnis bestehen, weil dem Dritten keine eigenen vertraglichen Ansprüche zustehen, die denselben oder gleichwertigen Inhalt haben wie die Ansprüche, die ihm über die Drittschutzwirkung zukommen

III. Garantievertrag (Vertrag zu Lasten Dritter), Art. 111

1. Begriff und Erscheinungsformen

Garantievertrag nach Art. 111

Bestimmt, dass diejenige Person, die einer anderen die Leistung eines Dritten verspricht, schadenersatzpflichtig wird, wenn die Leistung nicht oder nicht vertragsgemäss erfolgt.

- Sinn: Garantin verpflichtet sich durch Ersatzleistung dafür einzustehen, dass der Dritte leisten werde → Garantin garantiert die Leistung des Dritten
- Vertragsparteien: Garantin und Begünstigter; der Dritte, dessen Leistung versprochen wird, ist nicht Vertragspartei
- Muss nicht ein selbstständiger Vertrag sein, kann auch Vertragsbestandteil (zB als Garantieabrede oder Garantieklausel) sein

Begriffe für die Rechtsbeziehungen

- Valutaverhältnis: Verhältnis zwischen dem Garantierauftraggeber (Dritter) und dem Begünstigten
- Deckungsverhältnis: Verbindung zwischen dem Garantierauftraggeber und der Garantin
- Garantieverhältnis: Verbindung zwischen Garantin und Begünstigten

Erscheinungsformen

- **Reine Garantie:** wenn Garant für einen von einem konkreten Schuldverhältnis unabhängigen Erfolg eintritt (zB Defizitgarantie für lokalen Fussballklub)
- **Bürgerschaftsähnliche Garantie:** Verpflichtungen, die sich in irgendeiner Weise auf ein Schuldverhältnis, das dem Begünstigten einen Anspruch auf Leistung eines Dritten gibt, beziehen → Risiko des Leistungsausfalls des Dritten soll abgedeckt werden (v.a. als Bankgarantie)

2. Rechtslage

Garantievertrag bindet nur die Garantin, nicht auch den Dritten → Garantin ist beim Ausbleiben der garantierten Leistung des Dritten (Garantiefall) **zum Ersatz des aus der Nichtleistung entstandenen Schadens verpflichtet** (Art. 111)

- Zu ersetzen ist das positive Vertragsinteresse
- Schadenersatzpflicht entsteht unmittelbar und sofort; es wird nicht vorausgesetzt, dass der Begünstigte zunächst den Dritten rechtlich belangt oder in Verzug setzt

Ob die Garantin auf den nicht leistenden Dritten **Regress** nehmen kann, hängt von ihrer Rechtsbeziehung ab; sofern der Dritte der Garantin nicht verpflichtet ist, steht ihr auch kein Regressanspruch zu. Hat die Garantin das Garantieverprechen im Auftrag des Dritten abgegeben (zB Bankgarantie), kann sie gestützt auf diese Vertragsverhältnis Regress nehmen. Die Subrogation nach Art. 110 ist in allen Fällen ausgeschlossen.

Garantievertrag ist nicht akzessorisch: im **Regelfall** ist die Garantieleistung auch dann geschuldet, wenn sich herausstellt, dass die Schuld des Dritten nicht entstanden, nichtig oder anfechtbar ist. Die nachträgliche Unmöglichkeit betrifft gerade den klassischen Fall der Garantie.

Im **Ausnahmefall des Einwendungsdurchgriffs** schlagen die Einwendungen aus dem Valutaverhältnis auf das Garantieverhältnis durch; nämlich wenn der Begünstigte weiss, dass er keinen Anspruch aus dem Valutaverhältnis hat, handelt er rechtsmissbräuchlich, wenn er sich trotzdem auf die Garantie beruft.

Forderung aus einem Garantievertrag **verjährt nach Art. 127 i.V.m. 130** (vertraglicher Erfüllungsanspruch).

3. Abgrenzung zur Bürgschaft und zum Schuldbeitritt

Gemeinsamkeit des (bürgerschaftsähnlichen) Garantievertrags mit Bürgschaftsvertrag und Schuldbeitritt: Zweck ist die Sicherung einer fremden Leistung = Sicherungsfunktion.

Unterschiede

Garantievertrag	Bürgschaftsvertrag	Schuldbeitritt
nicht akzessorisch	Akzessorisch	Nicht streng akzessorisch
Garantin verspricht fremde Leistung	Bürge verspricht fremde Leistung	Übernehmer verspricht eigene Leistung
insoweit subsidiär, als die Garantin erst in Anspruch genommen werden darf, wenn die Leistung des Dritten entfällt	insoweit subsidiär, als der Bürge erst in Anspruch genommen werden darf, wenn die Leistung des Dritten entfällt	Gläubigerin erhält unmittelbaren Zugriff auf den solidarisch haftenden Übernehmer

Formfrei gültig	Formzwang (Art. 493)	Formfrei gültig
-----------------	----------------------	-----------------

Faustregeln zur Abgrenzung

zwischen Garantie- und Schuldbeitritt einerseits und Bürgschaftsvertrag andererseits:

1. **Akzessorietät.** Bürgschaft ist von Bestand und Inhalt der Hauptschuld vollumfänglich abhängig, während Garantie und Schuldbeitritt formfrei gültig sind
2. **Wortlaut:** geschäftsgewandte Personen werden auf den klaren Wortlaut des Sicherungsversprechens behaftet
3. **Eigeninteresse des Sicherungsgebers am Gesamtgeschäft:** Bürgschaft ist typischerweise ein uneigennütziges Geschäft, das zu Gunsten von Personen aus dem sozialen Nahbereich abgeschlossen wird. Bei der kumulativen Schuldübernahme hat der Sicherungsgeber ein unmittelbares und materielles Interesse, in das Geschäft einzutreten und es zu seinem eigenen zu machen
4. **Sonderfälle:** Bei Banken, im internationalen Handel tätigen Unternehmen und bei Staaten wird eine Garantie angenommen, sofern nicht eindeutige Hinweise auf eine Bürgschaft vorliegen. Bei Familienkontext wird tendenziell eine (formnichtige) Bürgschaft angenommen

→ **Durch Auslegung der Willenserklärungen ermitteln! Im Zweifel ist grundsätzlich die mildere Verpflichtung (Bürgschaft) anzunehmen.**

§ 38 Bedingungen

I. Begriff

Bedingung

Liegt dann vor, wenn die Verbindlichkeit oder die Auflösung eines Vertrages vom Eintritt einer ungewissen Tatsache abhängig gemacht wird (Art. 151 Abs. 1, Art. 154 Abs. 1). Diese Abhängigkeit beruht auf Vereinbarung der Parteien, die auch stillschweigend getroffen werden kann.

- Tatsache ist ungewiss → bei Vertragsabschluss steht objektiv nicht fest, ob sie überhaupt eintreten werde oder nicht
- Bloss subjektive Unkenntnis der Parteien genügt nie für die Annahme einer Bedingung
- Machen die Parteien die Gültigkeit der Vereinbarung davon abhängig, ob eine ihnen unbekannte Tatsache wahr oder falsch ist, liegt keine Bedingung, sondern eine Voraussetzung für die Wirksamkeit des Geschäfts vor
- Es können auch nur einzelne Forderungen eines Vertrags von einer Bedingung abhängig gemacht werden

Sonderfälle

Bei einigen Gesetzesbestimmungen spielen ungewisse künftige Tatsachen eine Rolle, wobei sie einer Sonderregelung unterstehen

- Auslobung (bedingte Leistungspflicht, Belohnung) → Art. 8
- Vereinbarung einer Konventionalstrafe (bedingte Leistungspflicht des Schuldners) → Art. 160 ff.
- Eigentumsvorbehalt (Bedingung, dass Kaufpreis vollständig bezahlt wird) → ZGB 715

II. Erscheinungsformen

Übersicht

- Aufschiebende (Art. 151 Abs. 1) und auflösende Bedingungen (Art. 154 Abs.1)
- Potestative, kasuelle, gemischte Bedingungen
- Positive und negative Bedingungen

1. Aufschiebende und auflösende Bedingungen

Aufschiebende Bedingung, Art. 151 Abs. 1

Wenn von der Bedingung die Verbindlichkeit des Geschäfts abhängig gemacht wird (= **Suspensivbedingung**).

Auflösende Bedingung, Art. 154 Abs. 1)

Wenn von der Bedingung die Beendigung eines Geschäfts abhängig gemacht wird (= **Resolutivbedingung**).

Merke: Jede ungewisse künftige Tatsache kann sowohl als aufschiebende wie auch als auflösende Bedingung formuliert werden.

2. potestative, kasuelle, gemischte Bedingungen

Potestative Bedingung Willensbedingung)

Bedingungen, deren Eintritt oder Nichteintritt vom Willen einer Vertragspartei oder eines Dritten abhängig ist. Als auslösende Tatsachen kommen irgendwelche Handlungen in Frage. Sind es Willensbedingungen (zB Genehmigung der Kaufsache durch Käufer beim Kauf auf Probe, Art. 223 Abs. 1), spricht man von **Willensbedingungen**.

Kasuelle Bedingungen (zufällige Bedingungen)

Bedingungen, deren Verwirklichung oder Nichtverwirklichung nicht vom Willen der Vertragsparteien oder eines Dritten abhängig ist, wohl aber von andern Umständen (zB Schadensfalleintritt).

Gemischte Bedingungen

Bedingungen, deren Eintritt sowohl vom Willen einer Partei als auch von andern Umständen abhängig ist.

3. positive und negative Bedingungen

Positive Bedingungen

Liegen vor, wenn die ungewisse künftige Tatsache sich positiv verwirklichen muss (zB ungewisser Lottogewinn erzielen).

Negative Bedingungen

Zeichnen sich dadurch aus, dass sich die ungewisse künftige Tatsache nicht verwirklichen darf.

→ Unterscheidung hat rein klassifikatorische Bedeutung

III. Zulässigkeit und Unzulässigkeit von Bedingungen

Grundsätzlich sind Rechtsgeschäfte bedingungsfreundlich und können unter Bedingungen abgeschlossen werden. Es gibt aber auch bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte und Bedingungen, die verboten sind.

1. Grundsatz: Bedingungsfreundlichkeit

Im Regelfall können alle Rechtsgeschäfte, nicht nur Schuldverträge, unter eine Bedingung gestellt werden (auch schuldrechtliche Verfügungsverträge wie Abtretung, Schuldverlass und sogar einseitige Rechtsgeschäfte).

2. Ausnahme: Unzulässigkeit der Bedingung

Zu unterscheiden sind bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte und das Bedingungsverbot des Art. 157.

Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte

Können wirksam nicht unter einer Bedingung abgeschlossen werden; bei Bedingung ist entweder nur die Bedingung nichtig oder das bedingte Geschäft. Massgebend ist, ob die Parteien den Vertrag auch ohne die unzulässige Bedingung abgeschlossen hätten (analog Art. 20 Abs. 2).

- Zahlreiche *Geschäfte des Familienrechts* (Eheschliessung, Adoption etc.) und erbrechtliche Ausschlagung (ZGB 570 Abs. 2), nicht aber Verfügung von Todes wegen (ZGB 482)
- Grundbuchanmeldung als sachenrechtliches Verfügungsgeschäft
- *Wechsel- und checkrechtliche Erklärungen*
- *Gestaltungsgeschäfte* wie Kündigung, Rücktritt, Ausübung des Wahlrechts (Wahlobligation). Ausnahme: zulässig, wenn der Eintritt der Bedingung vom Willen des Erklärungsempfängers abhängt.
- *Prozesshandlungen* der Parteien

Bedingungsverbot des Art. 157

Verboten sind Bedingungen, die in der Absicht beigefügt werden, eine widerrechtliche oder unsittliche Handlung oder Unterlassung zu befördern. Der Anspruch ist nichtig. Art. 157 kommt ergänzende Funktion zu Art. 20 zu: Art. 20 richtet sich direkt gegen den Inhalt des Geschäfts und erklärt die Verpflichtung für nichtig, Art. 157 will ergänzend eine Umgehung der Nichtigkeitsnorm verhindern

IV. Rechtslage

Die Rechtsfolgen gültiger Bedingungen sind verschieden, je nachdem, ob das Geschäft aufschiebend oder auflösend bedingt ist. Für beide Fälle gelten auch gemeinsame Regeln.

1. Rechtslage beim aufschiebend bedingten Geschäft (Art. 151 ff.)

Das **Geschäft wird erst, aber dann doch voll wirksam, wenn die Bedingung in Erfüllung geht (Art. 151 Abs. 2)** und zwar mangels anderer Abrede genau in diesem Zeitpunkt. Vorbehalten bleibt Art. 153 Abs. 1. Genau mit Erfüllung der Bedingung entstehen die unbedingten Forderungen und Schulden (bei Schuldvertrag) bzw. die Rechtsänderung (bei Verfügungsgeschäft).

Wird nach Abschluss des Geschäfts gewiss, dass die Bedingung sich nicht mehr verwirklichen kann, ist es so zu halten, als hätten sich die Parteien nie gegenübergestanden. Haben die Parteien schon Leistungen erbracht, ist von einem vertraglichen Rückabwicklungsverhältnis auszugehen.

Bis zur Erfüllung der Bedingung (oder deren Ausfall) befindet sich das Geschäft in einem **Schwebezustand**. Dennoch besteht zwischen beiden ein Rechtsverhältnis, das man (vom jeweils Berechtigten aus betrachtet) als Anwartschaft bezeichnet.

Verschiedene konkretisierende Bestimmungen

- Art. 152 Abs. 1 als allgemeine Regel: der bedingt Verpflichtete darf, solange die Bedingung schwebt, nichts vornehmen, was die gehörige Erfüllung seiner Verbindlichkeit hindern könnte. Zuwiderhandlung führt zu einem sofort fälligen Schadenersatzanspruch wegen Vertragsverletzung.
- Art. 152 Abs. 2 befugt den bedingt Berechtigten bei Gefährdung seiner Rechte dieselben Sicherungsmassregeln zu verlangen, wie wenn seine Forderung eine unbedingte wäre (zB Arrestnahme auf Vermögenswerte des Verpflichteten (SchKG 271 ff.))
Bsp. Der bedingt berechtigte Mieter kann dem bedingt verpflichteten Vermieter untersagen, die Mietwohnung für seine eigenen Zwecke so umzugestalten, dass ein Mietverhältnis bei Eintritt des ungewissen Ereignisses nicht mehr möglich wäre.
- Art. 152 Abs. 3: Zwischenverfügungen (Verfügungen während der Schwebezeit) werden hinfällig, soweit sie sich nicht mit der mutmasslichen Rechtslage nach Eintritt der Bedingung vertragen.
- Art. 153 Abs. 1 und 2

2. Rechtslage beim auflösend bedingten Geschäft (Art. 154 ff.)

Ein auflösend bedingtes Geschäft ist **sofort voll wirksam. Es verliert aber seine Wirksamkeit mit dem Zeitpunkt, wo die Bedingung in Erfüllung geht ex nunc (Art. 154 Abs. 1)**. Mit Erfüllung der Bedingung wird der Vertrag auch ohne Wissen der Parteien hinfällig; die auflösend bedingte Forderung erlischt. Bei bedingtem Verfügungsgeschäft fällt das übertragene Recht (Forderung, Eigentum) ohne Weiteres an den Veräusserer zurück, ohne dass es einer Rückzession oder Rückübereignung bedürfte. Bedingt erlassene Schulden leben ipso iure wieder auf.

Mit **Ausfall der Bedingung wird das Geschäft zu einem unbedingten**; bedingte Verfügungen werden endgültig wirksam, der bedingt Verpflichtete wird endgültig verpflichtet.

Bis zur Erfüllung der Bedingung oder bis zu deren Ausfall befindet sich das resolutiv bedingte Geschäft im **Schwebezustand**, der sich auf den Fortbestand des Vertragsverhältnisses oder der Forderung bezieht, weil diese vor Eintritt der Bedingung schon besteht. Das Geschäft hat im Schwebezustand die gleiche Wirkung wie ein unbedingtes.

- Gläubigerin kann die Forderung geltend machen; Schuldner muss ohne Rücksicht auf die Bedingung bei Fälligkeit leisten
- Eigentum oder die Forderung geht bei einer auflösend bedingten Verfügung auf den Erwerber über

3. Gemeinsame Vorschriften

Art. 155: Ist die Bedingung auf eine Handlung eines der Vertragschliessenden gestellt, bei der es auf dessen Persönlichkeit nicht ankommt, so kann sie auch von seinen Erben erfüllt werden.

Art. 156: Eine Bedingung gilt als erfüllt, wenn ihr Eintritt von dem einen Teile wider Treu und Glauben verhindert worden ist.

- Eine Bedingung gilt als ausgefallen, wenn ihr Eintritt von dem einen Teil wider Treu und Glauben herbeigeführt worden ist (BGB 162 Abs. 2)

V. Abgrenzungen

1. Bedingungen im untechnischen Sinn

Das Wort Bedingung wird in der Rechtssprache oft zur Bezeichnung von Erscheinungen verwendet, die keine Bedingungen im umschriebenen Sinn sind:

- **Bedingungen als Ursachen.** «Bedingungen» bezeichnen oft Ursachen eines Geschehens, zB im Zusammenhang mit dem natürlichen Kausalzusammenhang.
- **Vertragsbedingungen.** Meint einzelne Abreden eines Vertrages, die als Klauseln den Geschäftsinhalt ausmachen.
- **Rechtsbedingungen.** Gemeint sind Voraussetzungen, welche kraft gesetzlicher Vorschrift zu den Willensäusserungen der Parteien hinzutreten müssen, damit das Rechtsgeschäft wirksam ist.
- **Bedingungen im Sinne von Voraussetzungen.** Gegenwärtige oder vergangene Sachverhalte, die nach dem Willen der Parteien Voraussetzungen der Gültigkeit des Geschäfts sein sollen, aber mindestens für eine Partei subjektiv ungewiss sind.
- **Bedingungen im Sinne von Auflagen.** Sie verpflichten die Empfänger einer Zuwendung zu einer Leistung, auf deren Erfüllung geklagt werden kann. Der Zuwendende kann die Auflage aber auch als Resolutivbedingung ausgestalten, womit die Zuwendung bei ausbleibender Erfüllung der Auflage entfällt.

2. Befristungen (Termine)

Die Parteien können den Beginn und das Ende (also Dauer) eines Rechtsgeschäfts nicht nur von einer Bedingung abhängig machen, sondern auch befristen (terminieren).

Befristetes Geschäft

Beginnt auf Grund der Vereinbarung der Parteien an einem bestimmten Zeitpunkt und dauert bis zu einem späteren Zeitpunkt, an dem es zu Ende geht → Dauer der Bindung ist festgelegt. Art. 163 BGB sieht die analoge Anwendung der Art. 151 ff. auf Termine vor.

Termin

Zeitpunkt, der sicher eintritt. Entweder als Kalendertag oder auf ein äusseres Ereignis abgestellt, von dem gewiss ist, dass es eintreten wird, aber ungewiss jedoch, wann dies der Fall sein wird.

Fehlt es an der Sicherheit, dass sich das Ereignis verwirklichen wird, liegt eine Bedingung vor.