



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.

1 - Einführung und Grundlagen

A) Einführung ins Obligationenrecht

1.) Schweizerische Privatrechtskodifikation im Allgemeinen

a) Vorbemerkung

Der Begriff des Obligationenrechts meint einerseits den 5. Teil des OR und andererseits das Recht der Obligationen, welches eine Gesamtheit von geschriebenen und ungeschriebenen Regeln darstellt. Diese Regelungen befassen sich mit der Entstehung, der Durchführung, dem Untergang und der Durchsetzung von schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Rechtssubjekten des Privatrechts.

b) Aufbau des Schweizer Privatrechts

Die Schweizerische Privatrechtskodifikation besteht aus zwei grossen Kodifikationen: Dem Schweizer Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB) und dem Obligationenrecht vom 30. März 1911 (OR).

- Materielle Einheit: Dabei handelt es sich um formell zwei separate Erlasse. Sie bilden jedoch eine materielle, innere Einheit. Die Normen des ZGB, besonders die Einleitungsartikel, die Artikel zu Rechts- und Handlungsfähigkeit, sowie zu den juristischen Personen, gelten auch für das OR. Umgekehrt finden gemäss Art. 7 ZGB die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts auch Anwendung auf andere zivilrechtliche Verhältnisse. Die Bestimmungen des OR können durch unmittelbare Verweisung gelten oder durch Analogie zum Zwecke der Lückenfüllung (Art. 1 Abs. 2 ZGB).
- Sondergesetze: Es bestehen zahlreiche Sondergesetze, die obligationenrechtliche Verhältnisse ordnen. Das Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), das Bundesgesetz über Pauschalreisen (PauRG), das Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht (PrHG), das Umweltschutzgesetz (USG), das Gentechnikgesetz (GTG), das Sprengstoffgesetz (SprstG), das Strassenverkehrsgesetz (SVG) sowie das Eisenbahngesetz (EBG).
- Anwendung im öffentlichen Recht: Sofern das öffentliche Recht auf das OR verweist oder wenn eine analoge Anwendung geboten ist, können Bestimmungen aus dem OR im öffentlichen Recht angewendet werden.
- Berührungspunkte mit zahlreichen öffentlich-rechtlichen Erlassen: Regeln des Kartellgesetzes, des Bundesgesetzes gegen den unterlauten Wettbewerb oder das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs können ebenfalls obligationenrechtliche Fragestellungen berühren.
- Handelsrecht im OR geregelt: In der Schweiz gibt es kein Handelsgesetzbuch. Die Regelung der handelsrechtlichen Verhältnisse erfolgt im OR (monistisches System). Existieren keine Sonderbestimmungen, gelten dieselben Vorschriften für den bürgerlichen und den kaufmännischen Verkehr.

c) Entstehung und Entwicklung

- Entstehung
Das Obligationenrecht von 1881 wurde am 14. Juni 1881 in Kraft gesetzt. Es konnte bereits in Kraft gesetzt werden, da mit Art. 64 BV 1874 eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes geschaffen wurde. Für die

Regelungsbereiche des ZGB erhielt der Bund die Legiferierungskompetenz erst im Jahre 1898.

Das Obligationenrecht von 1911 basiert auf jenem vom 1881, welches von verschiedenen Gesetzeswerken beeinflusst wurde. Von grosser Bedeutung war das zürcherische Privatrechtliche Gesetzbuch (PGB), wodurch sich der römisch-rechtliche Einschlag des Obligationenrechts erklärt. Dazu flossen auch naturrechtliche Gedanken in das Obligationenrecht ein. Der freiheitliche Geist des Code civil ist ebenfalls im OR spürbar. Zudem weist das Obligationenrecht viele Gemeinsamkeiten mit dem deutschen BGB auf. Mit dem Obligationenrecht von 1911 wurde das aOR nicht vollständig erneuert, sondern materiell und sprachlich so weit als möglichst belassen.

- Entwicklung inner- und ausserhalb des OR

Die erste grosse Revision des OR erfolgte im Jahre 1936. Das Wechsel- und Schenkrecht wurde bereits 1930/31 an die internationalen Abkommen angepasst. Im Verlaufe der Zeit erfolgten zahlreiche weitere Änderungen. Bedeutend war das Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO, in welcher nun alle prozessrechtlichen Vorschriften geregelt sind.

- Internationale Einflüsse

- EU-Recht:
Obwohl die Schweiz selbst nicht Mitglied ist, beeinflussen die europäischen Richtlinien das OR. Die Ausgestaltung des Obligationenrechts hat eurokompatibel zu erfolgen. Einige Richtlinien der EU sind unverändert in das OR integriert worden oder in einem obligationenrechtlichen Nebenerlass erlassen worden. Die rechtsvergleichende Auslegung orientiert sich ebenfalls an den europäischen Richtlinien.
- Internationale Konventionen:
Insbesondere das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Wareneinkauf (CISG), das UNCITRAL-Abkommen sowie die UNIDROIT-Konvention sind von grosser Bedeutung.
- Soft Law:
Bei Soft Law handelt es sich um Regeln ohne unmittelbare rechtliche Verbindlichkeit. Zumindest indirekt haben sie jedoch trotzdem einen Einfluss auf die Entwicklung des OR. Es besteht die Tendenz, dass Soft Law immer mehr zur Auslegung des OR herbeigezogen wird.
Beispiele sind die Unidroit Principles of Internationale Commercial Contracts (UP), die Grundregeln des Europäischen Vertragsrecht (PECL), sowie der Vorentwurf zu einem Europäischen Vertragsgesetzbuch.
- Unidroit Principles:
Die Unidroit Principles sind als wissenschaftlich reflektierte Beschreibung des Ist-Zustandes zu verstehen. Es handelt sich bei den UP um eine private Aufstellung von Grundregeln. Sie können als Auslegungshilfe oder als Vorbild für Gesetzgebungsverfahren verwendet werden. Die Parteien haben zudem die Möglichkeit, die UP in den Vertrag zu inkorporieren. Die UP sind relativ kurz und enthalten in 10 Kapiteln 185 Artikel. Neben allgemeinen Rechtsgrundsätzen enthalten die UP auch ganz konkrete Regeln mit einem fest umrissenen Anwendungsbereich.
- Grundregeln des Europäischen Vertragsrecht:
Sie sind zurückzuführen auf eine Initiative des dänischen Professors Ole Lando. Ziel ist die Befriedigung des Bedarfs einer gemeinschaftsweiten Infrastruktur des Vertragsrechts. Die rasch wachsende Menge an Gemeinschaftsrecht soll konsolidiert werden. Die Grundregeln des Europäischen Vertragsrecht sollen die Grundlage europäischer Gesetzgebung bilden und sie wollen eine moderne Formulierung einer lex mercatoria sein.
- Bestrebungen für ein Europäisches Zivilgesetzbuch:

Verschiedene Forschungsteams arbeiten an einem Erlass eines Europäischen Zivilgesetzbuchs. Dieser Privatrechtskodex soll die im OR geregelten Materien enthalten, daneben aber auch Bestimmungen zur Eigentumsübertragung, zu dinglichen Kreditsicherheiten sowie zum Trust aufnehmen. Ein Vorentwurf zu einem Europäischen Vertragsgesetzbuch wurde unter dem Namen Gandolfi bekannt. Ein Regelwerk wird vorgeschlagen, mit welchem der Vertrag ein wirksames Mittel zur Regelung der Rechtsbeziehungen im europäischen Binnenmarkt bildet und den Ansprüchen der Marktbeteiligten gerecht wird. Die EU-Kommission schlägt verschiedene Lösungsansätze vor, welche in den Aktionsplan für ein kohärentes Europäisches Vertragsrecht einfließen. Mit dem Aktionsplan soll ein besseres Zusammenwirken von EU-Recht und dem Recht der Mitgliedstaaten erzielt werden. Zudem soll die Qualität des EU-Rechts erhöht werden. Es bestehen 3 Regelungsansätze: Der gemeinsame Referenzrahmen, die Liste EU-weiter Standardvertragsklauseln und ein sog. Optionelles Instrument.

2.) Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) im Besonderen

a) Struktur und Inhalt

Das OR ist in 5 Abteilungen gegliedert.

1. Allgemeine Bestimmungen
2. Die einzelnen Vertragsverhältnisse
3. Die Handelsgesellschaften und die Genossenschaft
4. Handelsregister, Geschäftsfirmer und kaufmännische Buchführung
5. Die Wertpapiere

Das OR besitzt keine allgemeinen Bestimmungen für alle Rechtsgeschäfte. Die allgemeinen Bestimmungen sind im Wesentlichen auf den Vertrag ausgerichtet, beanspruchen aber auch Gültigkeit für andere Schuldverhältnisse. Sie können jedoch nicht unbesehen übernommen werden, sondern es muss durch Auslegung geprüft werden, ob sie angewendet werden können.

Die besonderen Vertragsverhältnisse werden als Nominatverträge bezeichnet. Aufgrund der Vertragsfreiheit können Vertragstypen aber abgeändert werden oder neu erschaffen werden (Grundsatz der Typenfreiheit). Es gibt zudem Innominatverträge (*Leasing, Factoring, Franchising, ...*), welche aus Bedürfnissen des Wirtschaftsverkehrs heraus entstanden sind.

Im Gesellschaftsrecht gilt der Grundsatz des *numerus clausus* (Typenzwang). Die Gesellschaftstypen des OR dürfen aus Gründen des Mitglieder- und Gläubigerschutzes weder durch neue Formen parteiautonom ergänzt noch in der inhaltlichen Ausgestaltung abgeändert werden.

Zudem gilt der Grundsatz „*lex specialis derogat legem generali*“, wonach besondere Regeln des BT den allgemeinen Regeln des AT vorgehen.

Im BT gibt es aber auch Wiederholungen oder Ergänzungen des AT.

b) Räumlicher Anwendungsbereich des OR

Das OR ist grundsätzlich nur innerhalb des schweizerischen Staatsgebiets anwendbar. Bei einem Bezug zum Ausland muss abgeklärt werden, welches Gericht zuständig ist und welches Recht anzuwenden ist. Dies kann dazu führen, dass ein Schweizer Gericht ausnahmsweise ausländisches Recht anwenden muss. Diese Zuständigkeitsfragen werden im IPRG beantwortet.

c) Vertragsfreiheit als Grundpfeiler des OR

- Allgemeines

Die Vertragsfreiheit ist ein elementares Grundprinzip des OR und geht auf das übergeordnete Prinzip der Privatautonomie zurück. Als Teil der Wirtschaftsfreiheit von Art. 27 BV hat die Vertragsfreiheit Verfassungsrang.

- Nach dem Neoliberalismus sind für die Marktwirtschaft Markteffizienz und Wettbewerbsfähigkeit zentral. Dabei geht der Neoliberalismus davon aus, dass die Staatstätigkeit die Effizienz behindert und die Marktkräfte verzerrt. Aktivitäten des Staates bedrohen die Freiheit und müssen deshalb eingedämmt werden.

- Die sozialliberale Position rückt den Schutz sozial Schwacher in den Vordergrund. Die Staatstätigkeit soll als Korrektiv des Marktes wirken.

Der Vertragsfreiheit liegt die liberale Überzeugung zugrunde, dass der Markt sich nach bestimmten Gesetzmässigkeiten selbst reguliert.

In vielen Bereichen besteht jedoch trotz Liberalisierungsfortschritten kein wirklicher Wettbewerb. Zwischen den Parteien besteht deshalb nicht generell ein Gleichgewicht. Zur Abhilfe dieses Problems befindet sich insbesondere im Mietrecht, im Arbeitsrecht und auch im Aktienrecht sozialpolitisch motivierte Schutzbestimmungen zugunsten der schwächeren Partei.

- Ausprägungen der Vertragsfreiheit



- Abschluss- und Partnerwahlfreiheit

Man besitzt die Freiheit, einen bestimmten Vertrag abzuschliessen (positive Abschlussfreiheit) oder auch nicht (negative Abschlussfreiheit). Zudem besteht die Freiheit, sich den Vertragspartner frei aussuchen zu dürfen (Partnerwahlfreiheit). Diese Freiheit wird eingeschränkt, wenn eine Verpflichtung zu einem Vertragsabschluss besteht durch einen Kontrahierungszwang. Eine vertragliche Kontrahierungspflicht kann sich aus einem Vorvertrag ergeben.

Bsp.: Architekten- und Unternehmerklauseln

Es gibt aber auch gesetzliche Kontrahierungspflichten. Eine solche besteht bspw. zwischen der Eisenbahn und ihren Passagieren oder zwischen der Post und ihren Kunden.

Ein Kontrahierungszwang lässt sich auch allgemein auf das Persönlichkeitsrecht (Art. 28 ff. ZGB) oder auf das Verbot sittenwidriger Schädigung nach Art. 41 Abs. 2 OR stützen. Die Abschluss- oder

Partnerwahlfreiheit darf nicht dazu missbraucht werden, um einer anderen Person eine Leistung ohne sachliche Rechtfertigung zu verweigern. Es geht hierbei um den Schutz vor Diskriminierung.

Ein Kontrahierungszwang ist begründet wenn

- 1) Ein Unternehmen seine Ware oder Dienstleistung allgemein und öffentlich anbietet;
- 2) Es sich um Güter des Normalbedarfs handelt,
- 3) Dem Nachfrager aufgrund der starken Marktstellung des Anbieters keine zumutbaren Alternativen zur Verfügung stehen und
- 4) Der Unternehmer keine sachlichen Gründe hat, welche die Weigerung zum Vertragsabschluss rechtfertigen.

- Typenfreiheit

Die Parteien können abweichende Vertragstypen schaffen bzw. Nominatverträge modifizieren oder verschiedene Typen miteinander kombinieren.

- Inhaltsfreiheit (OR 19 I)

Vertraglich kann ein beliebiger Inhalt festgelegt werden. Die Inhaltsfreiheit wird von Art. 19/20 OR begrenzt, indem der Vertrag keinen unmöglichen, widerrechtlichen oder sittenwidrigen Inhalt haben darf.

- Formfreiheit (OR 11 I)

Verträge können in beliebiger Form abgeschlossen, geändert oder aufgehoben werden. Vereinbarung oder Gesetz können aber eine bestimmte Form vorsehen.

- Aufhebungs- und Änderungsfreiheit

Die Parteien sind frei, einen abgeschlossenen Vertrag durch Vereinbarung aufzuheben. Die Aufhebungsfreiheit bedeutet jedoch nicht, dass eine Partei nach Belieben einseitig vom Vertrag zurücktreten dürfen (bspw. durch Kündigung). Bei einem Dauerschuldverhältnis hat jede Partei ein unentziehbares Recht auf Vertragsaufhebung, wenn die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zumutbar ist. Auch die Freiheit, den Vertrag zu ändern, besteht nur, wenn sich die Parteien einig sind. Nur aus dem Grund *clausula rebus sic stantibus* kann der Vertrag gegen den Willen einer Partei geändert werden.

B) Grundlagen des Obligationenrechts

1.) Begriff der Obligation

a) Definition

Als Obligation wird die Rechtsbeziehung zwischen Gläubiger und Schuldner verstanden. Der Schuldner wird zur Leistung verpflichtet und der Gläubiger daran berechtigt. Nicht beteiligte Personen können keine Rechte oder Pflichten ableiten, da die Obligation ein relatives Recht darstellt.

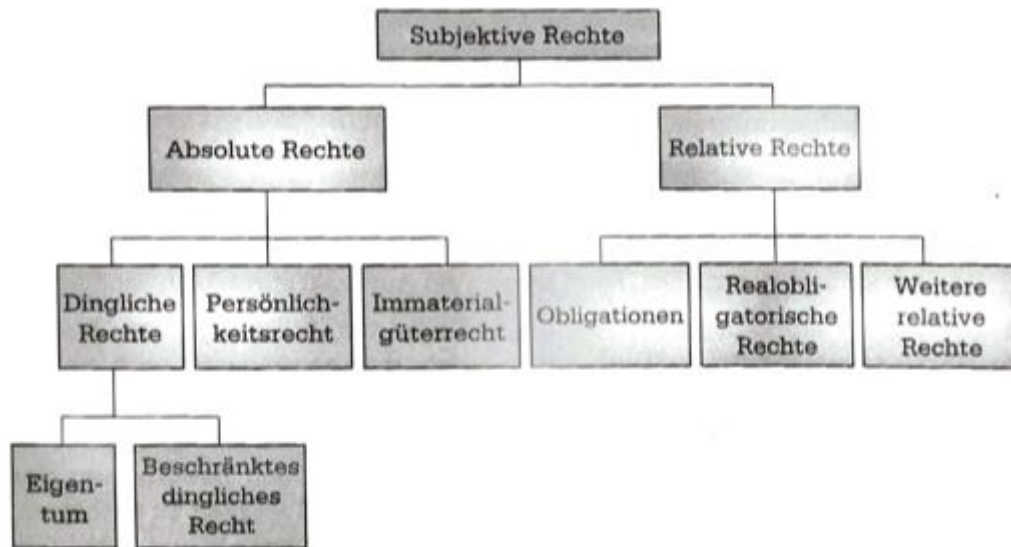
Inhalt der Obligation ist die Forderung des Gläubigers und die Verpflichtung des Schuldners. Die Begriffe Obligation, Forderung und Schuld beschreiben das Gleiche aus unterschiedlichen Perspektiven.

Der Begriff der Obligation wird zudem für das eine Forderung verkörpernde Wertpapier verwendet.

b) Obligation als relatives Recht

Ein relatives Recht ist eine Unterkategorie der subjektiven Rechte. Subjektive Rechte sind Berechtigungen eines Rechtssubjekts gegenüber einem anderen. Die Verletzung eines subjektiven Rechts löst Rechtsfolgen aus.

Neben den relativen stellen die absoluten Rechte eine wichtige Kategorie der subjektiven Rechte dar. Ein Recht gegenüber jedermann wird eingeräumt, während relative Rechte nur gegenüber einem eingeschränkten Personenkreis wirken.



c) Verpflichtung zur Leistung

Der Schuldner ist verpflichtet, dem Gläubiger eine Leistung zu erbringen. Die Leistung kann vom Gläubiger eingeklagt werden. Darauf fließt die Haftung des Schuldners. Er hat mit seinem Vermögen für die Erfüllung der Schuld einzustehen. Haftung bedeutet auch Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz oder Verantwortung für Mängel.

– Positive und negative Leistungen

Die Leistung kann in einem Tun (positive Leistung), einem Unterlassen oder Dulden (negative Leistung) bestehen.

- Positive Leistung: Eine Sach- oder Dienstleistung. Gemäss Art. 68 OR ist der Schuldner nur dann verpflichtet, die Leistung persönlich zu erbringen, wenn es bei der Leistung auf die Persönlichkeit ankommt (regelmässig bei Dienstleistungen der Fall).
- Negative Leistung: Unterlassungspflicht ist bspw. das Konkurrenzverbot. Duldungspflichten finden sich unter anderem im Sachenrecht.

Bsp.: Duldung einer nicht übermässigen Immission

– Haupt- und Nebenpflichten

- Hauptleistungspflichten sind jene Pflichten, welche ein Schuldverhältnis charakterisieren. Dies sind bspw. die Übergabe der Kaufsache und deren Eigentumsübertragung, sowie die Kaufpreiszahlung.
- Nebenpflichten lassen sich negativ dadurch definieren, dass sie nicht Hauptpflichten sind. Sie können ihren Entstehungsgrund entweder im Gesetz, im Vertrag oder aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben. Nach dem Inhalt können sie unterteilt werden in Schutz-, Obhuts-, Verschaffungs-, Mitteilungs-, Auskunfts- und Aufklärungspflichten. Man kann zudem zwischen selbstständigen und unselbstständigen Nebenpflichten unterscheiden.

– Primäre und sekundäre Leistungspflichten

Primäre Leistungspflichten sind grundlegende Pflichten. Werden die primären Pflichten nicht oder nicht richtig erfüllt, treten sekundäre Leistungspflichten (bspw. Schadensersatz) neben sie oder an ihre Stelle.

– Abgrenzung zu den Obliegenheiten

Obliegenheiten haben ein bestimmtes Verhalten einem anderen gegenüber zum Inhalt. Sie sind nicht gerichtlich durchsetzbar und ihre Verletzung bewirkt

keinen Schadensersatzanspruch. Der Verstoss führt bloss zu einem Rechtsnachteil.

d) Forderung / Anspruch

Forderung und Anspruch beschreiben beide das Recht des Gläubigers, vom Schuldner die vertraglich vereinbarte Leistung zu verlangen. Durch die Einziehungsbefugnis darf die Leistung bei Fälligkeit verlangt werden. Zur Durchsetzung seiner Rechte darf der Gläubiger staatliche Hilfe beanspruchen (Klagbarkeit der Forderung). Zudem darf durch die Vollstreckbarkeit auch auf staatliche Zwangsvollstreckungsmassnahmen zurückgegriffen werden. Der Schuldner kann sich durch Einwendungen und Einreden verteidigen.

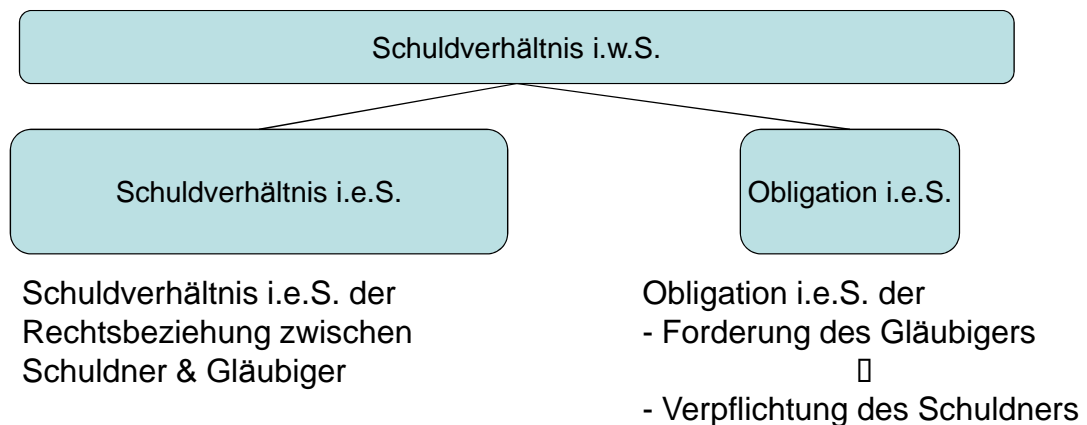
- Einwendungen richten sich gegen den Bestand der Forderung und sind vom Gericht von Amtes wegen zu beachten. Es können rechtshindernde oder rechtsvernichtende Einwendungen gemacht werden.
- Einreden richten sich gegen die Durchsetzbarkeit der Forderung. Man unterscheidet zwischen dauernden Einreden (Verjährung), aufschiebenden Einreden (Stundung) sowie anspruchsbeschränkenden Einreden.

e) Abgrenzung zur unvollkommenen Obligation

Die unklagbare Forderung ist eine unvollkommene Obligation. Der gerichtliche Rechtsschutz ist bei unvollkommenen Obligationen verweigert.

- Naturalobligation: Der Gläubiger kann vom Schuldner die Erfüllung verlangen, diese aber nicht gerichtlich durchsetzen. (Bsp.: Forderung aus Spiel und Wette)
- Verjährte Forderung: Die Verjährung bewirkt nicht den Untergang der Obligation aber hindert ihre Durchsetzbarkeit.
- Forderungen aus sittlicher Pflicht: Wer sich nur aus sittlichen oder moralischen Gründen zu einer Leistung bereit erklärt, kann nicht auf dem Rechtsweg zu dieser Leistung gezwungen werden.

2.) Obligation als Teil des Schuldverhältnisses i.w.S.



Das Schuldverhältnis i.w.S. umfasst alle Rechte und Pflichten zwischen den Beteiligten und ist nicht auf die einzelne Obligation beschränkt.

Bsp.: *Der Kaufvertrag ist ein Schuldverhältnis i.w.S., welches aus 2 Obligationen besteht: Übergabe und Eigentumsverschaffung durch den Verkäufer & die Kaufpreiszahlung durch den Käufer.*

Das Schuldverhältnis i.w.S. erlöscht erst, wenn alle zwischen den Parteien bestehende Obligationen erfüllt sind.

3.) Obligation als Rechtsgeschäft

a) Begriff des Rechtsgeschäfts

Es gibt keine allgemeinen Regelungen zum Rechtsgeschäft. Der Vertrag als wichtigsten Typus des Rechtsgeschäfts wird jedoch geregelt. Seine Bestimmungen können *mutatis mutandis* auch auf andere Rechtsgeschäfte angewendet werden. Das Rechtsgeschäft besteht aus einer oder mehrere Willenserklärungen, durch welche eine Rechtsfolge eintritt.

Der Wille, ein Rechtsverhältnis zu begründen, abzuändern oder aufzuheben, wird als Rechtsfolgewillen bezeichnet. Dieser Wille muss geäußert werden (Äusserungswille) und muss dazu führen, dass die Rechtsfolgen eintreten (Bindungswille). Empfangsbedürftige Willenserklärungen benötigen zudem die Annahme durch eine andere Partei.

Manchmal müssen noch zusätzliche Wirksamkeitsvoraussetzungen erfüllt sein, um die gewünschten Rechtsfolgen herbeizuführen. Für die Eigentumsverschaffung braucht es bspw. den Realakt der Besitzübertragung.

b) Arten

– Ein-, zwei- und mehrseitige Rechtsgeschäfte

- Einseitige Rechtsgeschäfte bestehen aus einer einzigen Willenserklärung. Das Gestaltungsrecht ist die Befugnis, durch eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung die Rechtsstellung eines anderen zu verändern. Es gibt rechtsbegründende, rechtsändernde, rechtsausfüllende und rechtsaufhebende Gestaltungsrechte. Die Ausübung des Gestaltungsrechts ist bedingungsfeindlich, unwiderruflich und unverjährbar. Für die Ausübung eines Gestaltungsrechts bestehen zudem Verwirkungsfristen.
- Ein zweiseitiges Rechtsgeschäft entsteht durch den Austausch übereinstimmender Willenserklärungen.
 - Bei den einseitigen Verträgen verpflichtet sich nur eine Partei zu einer Leistung. Es bedarf jedoch dazu ein Einverständnis der anderen Partei. (Bsp.: *Schenkung*)
 - Bei den zweiseitigen Verträgen verpflichten sich beide Parteien zu einer Leistung. Unvollkommen zweiseitig ist ein Vertrag, wenn die Leistungen der Parteien nicht in einem Austauschverhältnis stehen. (Bsp.: *zinsloses Darlehen*). Vollkommen zweiseitig ist ein Vertrag, wenn Leistung und Gegenleistung in einem Austauschverhältnis stehen. (Bsp.: *Kaufvertrag*)
- Bei mehrseitigen Rechtsgeschäften lösen mehr als nur zwei Willenserklärungen die Rechtsfolge aus. (Bsp.: *Vereinsbeschluss*) Bei dem Beschluss genügt eine Mehrheitsentscheidung. Durch den Mehrheitsentschluss werden auch jene verpflichtet, die nicht mit der Entscheidung einverstanden waren.

– Einmalige Austausch- und Dauerschuldverhältnisse

- Bei einmaligen Austauschverhältnissen hängen Umfang der Leistung und zeitliche Dauer des Schuldverhältnisses nicht voneinander ab. Sobald die Leistungen ausgetauscht sind, ist der Vertrag beendet.
- Bei Dauerschuldverhältnissen hängt der Umfang der Leistung von der Länge der Zeitspanne ab. Massgebend ist die vertragstypische Hauptleistung. Der Vertrag besteht somit trotz der Erfüllung einzelner Leistungen solange, bis er durch Zeitablauf oder Kündigung beendet wird. Die Kündigung des Vertrags wirkt nur für die Zukunft. Bereits erbrachte Leistungen bleiben beim jeweiligen Empfänger. Auch Dauerschuldverhältnisse können aus wichtigen Gründen vorzeitig aufgelöst werden, bspw. wenn die Fortsetzung des Schuldverhältnisses aus Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann.

– Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft

- Durch das Verpflichtungsgeschäft entstehen eine oder mehrere Obligationen. Das Verpflichtungsgeschäft vermindert nicht unmittelbar die Aktiven, sondern vermehrt die Passiven.
- Das Verfügungsgeschäft führt zu einer definitiven Änderung in Bestand oder Inhalt eines dem Verfügenden zustehenden Rechts. Es ist auf die Änderung, Übertragung, Belastung oder Aufhebung eines Rechts gerichtet. Das Verfügungsgeschäft vermindert unmittelbar die Aktiven des Verfügenden. Das Verfügungsgeschäft setzt die Verfügungsmacht des Handelnden voraus. Im Konkurs verliert der Gemeinschuldner die Verfügungsmacht über sein Vermögen. Ausnahmsweise entfaltet auch die Verfügung des Nichtberechtigten Wirkung, aus Gründen der Verkehrssicherheit. Es besteht jedoch kein genereller Gutgläubensschutz bei der Übertragung von Forderungen. Hat der neue Gläubiger die Forderung im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis erworben oder handelt es sich um ein Inhaberschuldbrief, kann ihm die mangelnde Verfügungsbefugnis nicht entgegeng gehalten werden.

Grundsätzlich folgt jedem Verpflichtungsgeschäft ein Verfügungsgeschäft. Bei einem Handgeschäft wird hingegen ohne vorgängiges Verpflichtungsgeschäft verfügt. (Bsp.: *Schenkung einer Tafel Schokolade ans Nachbarskind*)

Der Schuldner kann sich mehrfach zur gleichen Leistung verpflichten. Bei den Verfügungsgeschäften gilt hingegen der Grundsatz der zeitlichen Priorität. Wird mehrfach über dasselbe Recht verfügt, ist nur die erste Verfügung wirksam.

– Kausale und abstrakte Rechtsgeschäfte

- Bei kausalen Rechtsgeschäften hat jede Zuwendung einen Zweck bzw. einen Rechtsgrund (causa) und die Gültigkeit der Zuwendung ist vom Bestand der causa abhängig. Bei Ungültigkeit des Rechtsgrundes ist auch die Verfügung unwirksam.
 - Die Zuwendung hat häufig den Zweck, eine Verpflichtung zu erfüllen (causa solvendi). (Bsp.: *Übertragung der Kaufsache*)
 - Der Zweck kann auch im Erhalt einer Gegenleistung liegen (causa credendi). (Bsp.: *Anspruch auf den Kaufpreis*)
 - Der Zweck der Zuwendung kann zudem darin bestehen, einem anderen das Vermögen zu vermehren, ohne eine Gegenleistung zu erhalten (causa donandi). (Bsp.: *Schenkung, Vermächtnis*)
- Bei abstrakten Rechtsgeschäften ist das Verfügungsgeschäft auch bei fehlender causa wirksam. Nach herrschender Lehre gilt das Abstraktionsprinzip bei der Abtretung von Forderungen. Auch wenn die causa unwirksam ist, geht die Forderung auf den Erwerber über.

c) **Abgrenzung zu den Gefälligkeiten**

Bei den Gefälligkeitsgeschäften fehlt es an einem Rechtsbindungswillen. Die jeweils andere Partei erkennt, dass dem Gegenüber dieser Bindungswille fehlt. Ein Rechtsbindungswille ist regelmässig zu verneinen bei Hilfeleistungen des täglichen Lebens, bei Zusagen im gesellschaftlichen Bereich oder bei Vorgängen, die diesen Sachlagen ähneln. Die blosser Unentgeltlichkeit spricht jedoch noch nicht für eine Gefälligkeit (siehe OR 394 III).

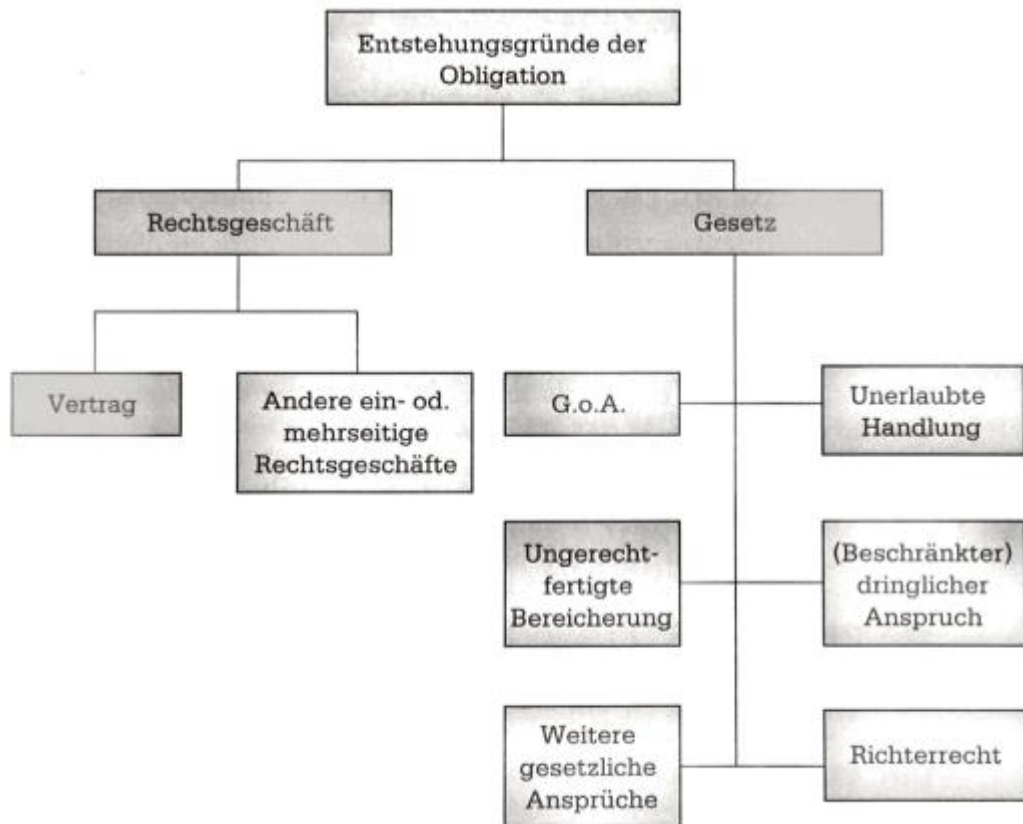
Auch wenn mangels Rechtsbindungswillens eine Gefälligkeit angenommen wird, bedeutet dies noch nicht, dass der Erbringer der Leistung nicht für allfällige Schäden haften muss. Eine solche Haftung kann sich aus analoger Anwendung der Geschäftsführung ohne Auftrag (OR 422 I) oder aus der richterrechtlich entwickelten Vertrauenshaftung ergeben.

4.) **Entstehungsgründe der Obligation**

a) Übersicht

Obligationen entstehen durch

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



b) Im Einzelnen

– Entstehung durch Rechtsgeschäft

Obligationen entstehen aus Rechtsgeschäften, weil dies von den beteiligten Parteien so gewollt ist. (Bsp.: Vertrag)

– Entstehung durch Gesetz

Der Entstehungsgrund liegt nicht mehr im Willen der Parteien, sondern im Gesetz. Folgende Gründe führen zu einer Obligation durch Gesetz:

- Verletzung absoluter Rechte (Bsp.: sachenrechtliche Vindikations- und Eigentumsfreiheitsklage)
- Ausservertragliche Schadenszufügung
- Ungerechtfertigte Bereicherung
- Geschäftsführung ohne Auftrag
- Richterliche Lückenfüllung (Bsp.: Ansprüche aus culpa in contrahendo, aus faktischen Vertragsverhältnisses und aus Vertragshaftung)
- viele weitere Gründe

– Deutsches Recht

Aus der deutschen Lehre stammt die Konstruktion des einheitlichen gesetzlichen Schuldverhältnisses. Es geht von auf dem Gesetz beruhenden Pflichten aus, die jedes durch Vertrag begründete Rechtsverhältnis untermauern. Es umfasst vor- sowie nachvertragliche Pflichten. Rechtsgrund ist eine rechtliche Sonderverbindung.

Durch das einheitliche gesetzliche Schuldverhältnis wird das Schuldverhältnis in mehrere Schichten eingeteilt:

- 1) Haupt(leistungs)pflichten

- 2) Nebenpflichten (Unselbstständige & selbstständige)
- 3) Verhaltenspflichten aus der Konkretisierung von Treu und Glauben. Werden auch als Schutzpflichten bezeichnet.

Für das schweizerische Recht ist diese dogmatische Konstruktion abzulehnen. Im schweizerischen Recht kann die Problematik der reinen Vermögensschäden bereits mit einer Rückbesinnung auf OR 41 deliktsrechtlich gelöst werden. Es ist sinnvoll zu entscheiden, ob die Anwendung vertrags- oder deliktsrechtlicher Regelungen zu sachgerechten und angemessenen Lösungen führt.

c) Konkurrenzen

Eine Obligation kann unterschiedliche Entstehungsgründe haben. Verschiedene Ansprüche (*kaufvertragliche und ausservertragliche Ansprüche*) können in Anspruchskonkurrenz zueinander geraten. Sie haben nebeneinander Bestand und kein Anspruch verdrängt den anderen. Der Gläubiger hat das Recht, sich auf die für ihn günstigere Anspruchsgrundlage zu berufen (Grundsatz der Alternativität).

d) Beweislast des Gläubigers

Der Gläubiger hat prozessual die anspruchsbegründenden Tatsachen vorzutragen, für die er die Beweislast trägt. Trotz der grundsätzlichen Alternativität können die konkurrierenden Ansprüche aufeinander einwirken. Eine vertragliche Freizeichnung kann somit auch die Wegbedingung der deliktischen Haftung zur Folge haben. Dies gilt jedoch nicht bei Personenschäden.

2 - Obligation und Willenserklärung

A) Überblick

Der Begriff des Rechtsgeschäfts ist gesetzlich nicht definiert. Das Rechtsgeschäft besteht aus einer oder mehreren Willenserklärungen, welche darauf gerichtet sind, eine dem erklärten Willen entsprechende Rechtsfolge eintreten zu lassen. Ein Rechtsverhältnis soll begründet, abgeändert oder aufgehoben werden. Das wichtigste Rechtsgeschäft ist der Vertrag.

B) Die Obligation: Inhalt und Ausgestaltung

1.) Überblick

Die zwei Entstehungsgründe einer Obligation sind Rechtsgeschäft und Gesetz. Weitere Entstehungsgründe bestehen nicht.

Eine Person kann ihrer Verpflichtung zu Erfüllung einer Obligation nur dann nachkommen, wenn sie über alle erforderlichen Informationen verfügt. Die Einzelheiten der Leistungspflicht müssen bekannt sein.

Mit der rechtsgeschäftlich begründeten Obligation verpflichtet sich eine Person gegenüber einer anderen obligatorisch. Der entsprechende Wille muss in einer Willenserklärung kundgegeben werden. Die zwei Beteiligten werden im Folgenden „Erklärender“ und „Erklärungsempfänger“ genannt.

Grundsätzlich muss der Erklärungsempfänger der Willenserklärung zustimmen, damit die Parteien verpflichtet werden. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz bildet das einseitige Rechtsgeschäft.

2.) Gegenstand und Modalitäten der Obligation

a) An der Obligation beteiligte Personen

Sowohl auf der Seite des Schuldners wie auch des Gläubigers können mehrere Personen beteiligt sein.

Es ist zu beachten, dass allenfalls eine persönliche Leistungspflicht (OR 68) besteht.

b) Zu erbringende Leistung

- Allgemeines

Der Schuldner muss Gewissheit über den Gegenstand und den Umfang seiner Leistungspflicht haben. Oft lässt sich das gesamte Leistungsversprechen erst aus der Entstehungsgeschichte des Vertrags, aus den Vertragsverhandlungen und den dazugehörigen Dokumenten erschliessen.

Bsp.: Im Restaurant empfiehlt der Kellner den Hauswein. Man bestellt diesen, ohne seinen Preis zu kennen.

Das schwierigste Problem ist der Nachweis, was denn wirklich Gegenstand der Vereinbarung war. Das Gesetz enthält nur wenige Anhaltspunkte für die Bestimmung der Leistungspflicht. Lehre und Rechtsprechung haben daraus verschiedene Grundsätze der Vertragsauslegung entwickelt. Im BT werden verschiedene Einzelfragen geklärt.

Die Vertragsparteien können auch selbst die Art der Bestimmung einer Leistungspflicht vertraglich vereinbaren.

- Arten der Umschreibung der zu erfüllenden Obligation

• Stückschuld und Gattungsschuld

Eine Stückschuld (Speziesschuld) liegt vor, wenn eine einzige, individuell bestimmte Sache Gegenstand der Obligation ist. Das Interesse der Vertragspartei besteht an einer ganz konkreten Sache.

Bsp.: Kunstgegenstand, Gegenstände mit einem Affektionswert, elterliche Ferienwohnung, gesamte Ladung Erdöl aus dem Tanker MT.

Eine Gattungsschuld ist gegeben, wenn der Leistungsinhalt nur der Gattung nach beschrieben ist. Im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses müssen mehrere Exemplare oder eine grössere Menge vorliegen. Für die Gattungsschuld steht dem Schuldner ein Recht auf Auswahl zu (OR 71), wobei eine mittlere Qualität der Gattungsware eingehalten werden muss.

Bsp.: 20 Flaschen Eichhof Klosterbräu.

Eine begrenzte Gattungsschuld liegt vor, wenn die Menge begrenzt ist.

Bsp.: 2 Handpuppen von Paul Klee, Erdöl aus dem Tanker MT.

Diese Unterscheidungen ergeben sich nicht aus der Natur der Sache, sondern aus der Perspektive des jeweiligen Parteiwillens.

- Vertretbare Sachen und nicht vertretbare Sachen

Vertretbare Sachen werden im Verkehr nach Zahl, Mass oder Gewicht bestimmt.

Bsp.: Geld, Agrarprodukte, Industrieprodukte. Nicht aber Grundstücke oder Kunstwerke!

- Wahlobligation und Alternativermächtigung

Dem Schuldner oder dem Gläubiger kann ein Wahlrecht betreffend der zu erfüllenden Obligation eingeräumt werden.

- Bei der Wahlschuld besteht die Obligation in der Erfüllung einer von (mindestens) zwei Leistungen. Nach OR 72 steht das Wahlrecht dem Schuldner zu. Meist ergibt sich aber aus den Umständen oder aus Parteivereinbarung ein Wahlrecht für den Gläubiger. So kann der Gläubiger nach Einwurf seines Geldes in einen Automaten entscheiden, welches Getränk er nun beziehen möchte. Wurde eine der Leistungen unmöglich, wird nur noch die mögliche Leistung geschuldet.
- Bei der Alternativermächtigung wird grundsätzlich nur eine Leistung geschuldet. Der Schuldner besitzt jedoch das Recht, diese eine Leistung durch eine andere, alternative Leistung zu ersetzen.

- Besonderheiten der Erfüllung von Geldschulden

Da Tauschgeschäfte heutzutage nur noch selten sind, spielen Geldschulden bei fast allen Verträgen eine zentrale Rolle. Geldschulden sind den Gattungswaren ähnlich, sind aber trotzdem als eigenständige Schuld-kategorie zu verstehen.

- Geldentwertung: Grundsätzlich findet keine Anpassung an die Geldentwertung statt. In langfristigen Verträgen finden sich jedoch teilweise Indexklauseln, womit die vertraglich vereinbarten Beträge an die Teuerung angepasst werden.
- Fremdwährungen: Verträge können in jeglicher Währung abgeschlossen werden. Der Schuldner ist damit berechtigt, in der Landeswährung zu bezahlen. Seine auf eine Fremdwährung lautende Schuld kann er auch in Schweizer Franken erfüllen, sofern dies nicht ausdrücklich durch Effektivklauseln ausgeschlossen ist.
- Zinsen: Es handelt sich dabei um eine Nebenleistung einer Kapitalforderung.

c) Erfüllungsort

Der Erfüllungsort ist der Ort der Leistungserbringung.

- Holschuld ist die Verpflichtung des Gläubigers, die Leistung selber abzuholen.

Die Ware ist am Lagerort oder am Ort des Schuldners abzuholen.

⇒ Speziesschulden, OR 74 II 2. Dieser Grundsatz gilt nur wenn (1) der Lageort dem Sitz des Gläubigers entspricht oder (2) der abweichende Lagerort dem Gläubiger bekannt war.

- Bringschuld ist die Verpflichtung des Schuldners, die Leistung am Ort des Gläubigers zu erbringen, bspw. auf einer Baustelle.

⇒ Geldschulden, OR 72 II 1. Bei einer Banküberweisung muss das Geld auf dem Konto des Gläubigers eingetroffen sein. Wählt man die Post als Zahlungsstelle, genügt die Übergabe des Geldes an die Post.

- Schickschuld ist die Verpflichtung des Schuldners, die Ware dem Gläubiger zuzusenden. Dabei handelt es sich um einen Versendungs- oder Distanzkauf. Der Ort der Leistungserbringung hat nur dann einen Einfluss auf den Preis der gekauften Sache, wenn die Transportkosten einen spürbaren Anteil an den Gesamtkosten ausmachen.

Der Erfüllungsort ist rechtlich von grosser Bedeutung:

Der Schuldner hat nur dann richtig erfüllt und sich von seiner Leistungspflicht befreit, wenn er am Erfüllungsort geleistet hat. Mit der Erfüllung am Erfüllungsort geht die Preisgefahr auf den Käufer über, der damit das Risiko des Totalverlusts der gekauften Ware trägt (OR 185 I). Nach dem Erfüllungsort können sich in internationalen Sachverhalten der Gerichtsstand sowie das anwendbare Recht bestimmen.

Jedoch knüpfen nicht zwingend alle Rechtsfolgen an den Erfüllungsort an. Nach OR 74 I geht eine Parteivereinbarung dem gesetzlich geregelten Erfüllungsort vor. Im Handelsverkehr haben sich Vertragsklauseln eingebürgert, welche den Erfüllungsort genau beschreiben (Incoterms). Der Ort der Erfüllung kann sich aber auch aus den Umständen ergeben.

Bsp.: Die Reparatur der Heizung kann nur im betroffenen Haus erfolgen.

Das Gesetz enthält im BT und damit subsidiär zu Parteivereinbarungen Regeln bezüglich des Erfüllungsortes.

d) Erfüllungszeit

Es muss zwischen der Phase der Erfüllbarkeit und der Phase der Fälligkeit unterschieden werden:

- Phase der Erfüllbarkeit: Die Forderung ist erfüllbar, wenn sie von dem Gläubiger entgegengenommen werden muss, ohne dass dieser bereits die Erfüllung verlangen könnte.
- Phase der Fälligkeit: Der Gläubiger hat das Recht, die Erfüllung zu verlangen. Der Schuldner ist dann zur Erfüllung verpflichtet und gerät bei Nichtleistung in Schuldnerverzug.

Gemäss OR 75 ist eine Forderung grundsätzlich sofort fällig und erfüllbar.

Die Parteien können die Leistungszeit vertraglich beliebig vereinbaren und eine Frist oder einen Termin vereinbaren.

Bsp.: Vereinbarung, dass Lieferung der Ware am 5. Januar 2017 erfolgt. (Termin)

Bsp.: Vereinbarung, dass Lieferung bis spätestens Mitte Monat erfolgt. (Frist)

Die Frist kann sich nach OR 76-80 ergeben, wonach die Herstellungszeit oder die Interessenlage massgeblich ist.

Bsp.: Ein Auftragsbild muss zuerst noch gemalt werden.

Bsp.: Darlehensgeber hat aufgrund Zinszahlungen noch kein Interesse an einer vorzeitigen Rückzahlung des Darlehens.

e) Weitere Modalitäten

Die Obligation kann durch weitere Vereinbarungen konkretisiert oder eingeschränkt werden.

- Bedingungen

Ist eine Obligation bedingt, hängt die Geltendmachung der Forderung von einem zukünftigen, ungewissen Ereignis ab (OR 151 I). Zukünftig ist ein Ereignis, wenn dieses im Zeitpunkt der Festlegung der Bedingung nicht bereits objektiv feststeht oder feststand. Ungewiss ist ein Ereignis, wenn unklar ist, ob es in Zukunft eintritt oder nicht. Wissen die Parteien nicht wann ein Ereignis eintritt, stellt dies keine Bedingung mehr dar. Der Tod einer Person ist bspw. gewiss, bloss der genaue Zeitpunkt nicht.

- Aufschiebende und auflösende Bedingungen

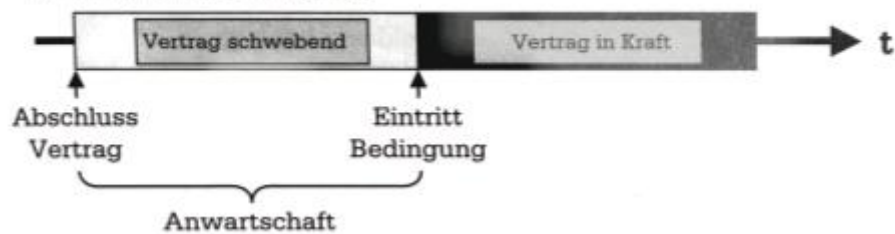
Bei einem auflösend bedingten Geschäft entfaltet der Vertrag volle Rechtswirkung bis zum Zeitpunkt des Eintretens der sog. Resolutivbedingung. Verhindert eine Partei den Eintritt der Bedingung, findet OR 156 die Erfüllung der Bedingung. Bei der auflösenden Bedingung findet keine Rückvergütung statt (OR 154 II).

Bsp.: *Arbeitsverhältnis wird aufgelöst, wenn der Student sein Masterstudium nicht erfolgreich beendet.*

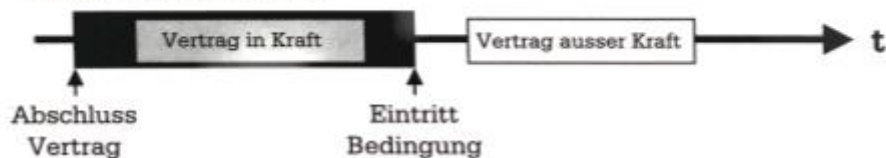
Bei einem aufschiebend bedingten Geschäft entfaltet der Vertrag erst nach Eintritt der sog. Suspensivbedingung volle Rechtswirkung. Bis zu diesem Zeitpunkt befindet sich der Vertrag in einem Schwebestadium. Der bedingt Verpflichtete darf nichts unternehmen, was die Vermögensverhältnisse der anderen Partei beeinflussen könnte.

Bsp.: *Kaufvertrag wird unter der Bedingung abgeschlossen, dass der Käufer eine Einfuhrbewilligung für den Kaufgegenstand erhält.*

- **Aufschiebende Bedingung:**



- **Auflösende Bedingung:**



Die Unterscheidung ist nicht immer einfach zu treffen. Massgebend soll sein, ob die vertraglichen Vereinbarungen bis zum Eintritt der Bedingung Geltung haben sollen oder nicht.

- Willkürliche und zufällige Bedingungen

Bei einer willkürlichen Bedingung können die Parteien den Eintritt der Bedingung bewirken.

Bsp.: *Bedingung, dass X innert 3 Monaten aufhört zu rauchen.*

Bei einer zufälligen Bedingung haben die Parteien keinen Einfluss auf den Eintritt der Bedingung. Die Bedingung hängt von Dritten oder vom Zufall ab.

Bsp.: *Gärtner soll Garten pflegen, sofern es innerhalb der nächsten zwei Wochen nicht regnet.*

- Zulässigkeit von Bedingungen

Gewisse Rechtsgeschäfte sind bedingungsfeindlich.

Bsp.: *Eheschliessung nach OR 101 f., Adoption nach OR 264 ff., erbrechtliche Ausschlagung nach OR 570, ...*

Die Ausübung eines Gestaltungsrechts kann nur dann an eine Bedingung geknüpft werden, wenn es dem Empfänger der Willenserklärung offensteht, die Bedingung zu erfüllen.

OR 157 verbietet widerrechtliche oder unsittliche Bedingungen.

- Teilleistungen

Grundsätzlich muss der Gläubiger nach OR 69 I eine Teilleistung nicht akzeptieren. Eine Teilleistung muss jedoch in gewissen Ausnahmefällen akzeptiert werden:

- Bei Vereinbarung der Teilleistung durch die Parteien

- Bei Anerkennung eines Teils der Forderung des Schuldners, nicht aber eines anderen Teils.
- Wenn die Ablehnung der Teilleistung Treu und Glauben widerspricht.

C) Entstehung der Obligation - die Willenserklärung als Kernelement des Vertrages

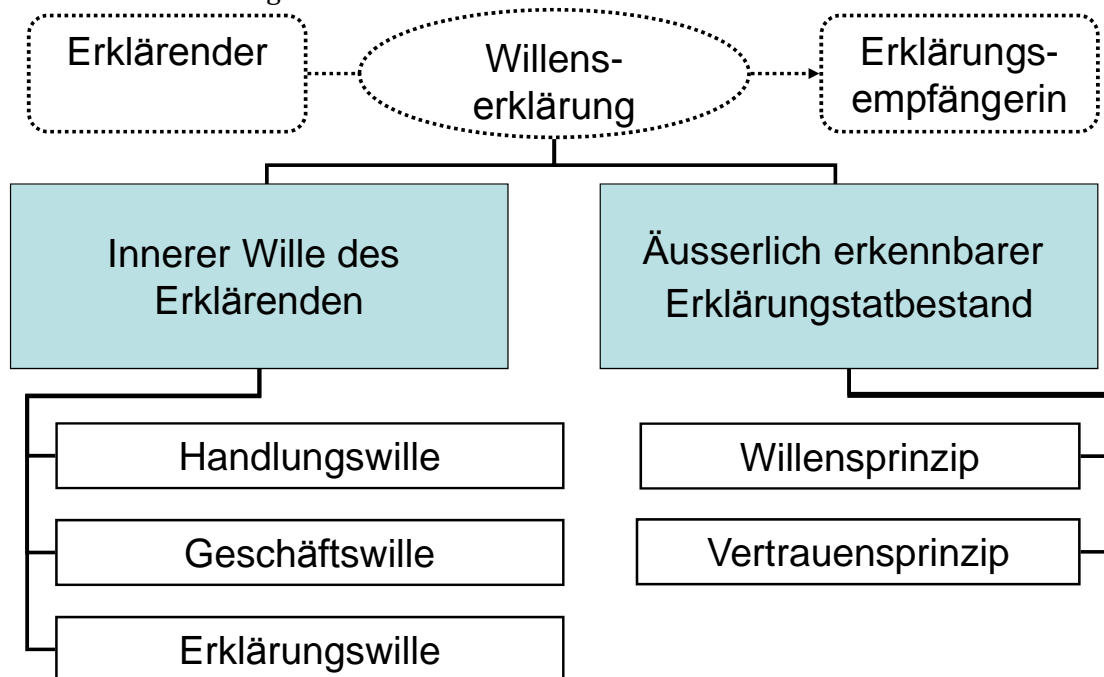
1.) Überblick

Eine Obligation kann unter anderem durch den Abschluss eines Vertrages entstehen. Für den Abschluss eines Vertrages benötigt es nach OR 1 I eine übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung der Parteien. Mit Ausnahme des einseitigen Rechtsgeschäfts bedürfen alle Rechtsgeschäfte mind. zwei Willenserklärungen. Jede Willensäußerung hat einen Sender (Erklärender) und einen Empfänger (Erklärungsempfänger).

Neben Willenserklärungen können auch Handlungen Rechtsfolgen auslösen. Diese Handlungen werden als Realakte bezeichnet.

Oft missverstehen sich die Menschen, weshalb bereits im Rahmen der Entstehung eines Vertrages angemessene Rechtsfolgen an die verschiedenen Arten von Missverständnissen angeknüpft werden sollen.

Eine Willenserklärung besteht aus verschiedenen Elementen:



Jede Willenserklärung muss daraufhin untersucht werden, was der Erklärende tatsächlich wollte und zum anderen, was der Erklärungsempfänger tatsächlich verstehen konnte. Dadurch ist zu analysieren, ob die Parteien denselben Willen hatten.

Stimmen sie überein, besteht ein Konsens. Stimmen sie jedoch nicht überein, liegt ein Dissens vor und die rechtlichen Konsequenzen müssen weiter untersucht werden.

Zudem ist eine Abgrenzung zwischen den Willenserklärungen und den rechtsgeschäftlichen Handlungen vorzunehmen. Bspw. ergibt sich aus der Mahnung automatisch die Rechtsfolge des Verzugs (OR 102 I). Die Rechtsfolgen treten unabhängig vom Willen des Erklärenden ein.

2.) Die Bildung des inneren Willens des Erklärenden und seine Auslegung

- Handlungswille: Zuerst muss sich ein Handlungswille bilden. Ein solcher rechtserheblicher Wille fehlt, wenn der Erklärende bloss im Schlaf spricht ohne wirklich handeln zu wollen.

- Geschäftswille: Der Erklärende muss zudem den Willen besitzen, eine Rechtsfolge zu bewirken. Er muss daher einen Geschäftswillen bilden.
- Erklärungswille: Schliesslich muss der Erklärende auch den Willen haben, dem Dritten zu erklären, dass er eine Rechtsfolge bewirken möchte. Ein Erklärungswille muss gegeben sein.

Handlungswille, Geschäftswille und Erklärungswille bilden zusammen den inneren Willen. Er bewirkt erst dann Rechtsfolgen, wenn er einem Dritten kundgetan wird. Dabei ist aus Sicht des Erklärenden massgeblich, was er wirklich wollte. Es ist nach dem tatsächlichen Willen des Erklärenden zu suchen, eine falsche Bezeichnung schadet dabei nicht.

Gemäss OR 18 I muss bei der Auslegung des Willens auch berücksichtigt werden, wie die Erklärung vom Erklärungsempfänger in guten Treuen verstanden werden konnte.

3.) Arten der Willenserklärung und ihre Abgabe

OR 1 II unterscheidet zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärungen. Diese Unterscheidung macht wenig Sinn, Es ist heute allgemein anerkannt, dass Schweigen keine Willenserklärung darstellt. Nonverbales schlüssiges (konkludentes) Verhalten kann jedoch als Willenserklärung verstanden werden.

- Ausdrückliche Willenserklärung
Eine ausdrückliche Willenserklärung umfasst den Handlungs-, Geschäfts- und Erklärungswillen und macht sowohl den Verkaufsgegenstand wie auch den Verkaufspreis deutlich. Sie können schriftlich oder durch klare Körpersignale (Nicken, Kopfschütteln, verabredete Handzeichen) ausgedrückt werden.
- Konkludente Willenserklärung
Willenserklärungen, bei welchem der Handlungs-, Geschäfts- und Erklärungswille aus dem Verhalten der Person abgeleitet wird. Man muss aus Treu und Glauben auf eine Willenserklärung schliessen dürfen.
- Schweigen i.d.R. keine Annahme
Ohne weitere Hinweise ist ein Schweigen nicht als Willenserklärung aufzufassen. Gemäss OR 6, 6a und 395 gilt ein Vertrag nur dann trotz Schweigen als abgeschlossen, wenn die Rechtswirkung wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen zu erwarten war.
- Unmittelbare Willenserklärung (OR 4)
Als solche gilt das direkte Wort: gesprochen im unmittelbaren Verkehr oder über das Telefon, geschrieben, sprachähnlich in einem Chat oder einer vergleichbaren Online-Kommunikation.
- Mittelbare Willenserklärung (OR 5)
Schriftliche Willenserklärung, die zuerst übermittelt werden muss: Mitteilungen über Boten, Briefe, E-Mails oder SMS.
- Empfangsbedürftigkeit der Willenserklärung
Eine empfangsbedürftige Willenserklärung muss von dem Empfänger wahrgenommen werden. Meist wird vom Empfänger eine Reaktion verlangt. Nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen liegen vor, wenn der Erklärende die Rechtslage bereits einseitig ändern kann.
Bsp.: Errichtung einer Stiftung, eines Testaments, ...
Bsp.: Plakat mit Versprechen auf Finderlohn für vermisste Katze wird aufgehängt.
- Zeitpunkt der Willensabgabe
Als abgegeben gilt:
 - Eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung im Zeitpunkt der Äusserung
 - Eine empfangsbedürftige Willenserklärung, wenn der Erklärende mit ihrem Zugang beim Empfänger rechnen muss.
 - Bei der unmittelbaren Willenserklärung, sobald der Wille für den Empfänger verständlich formuliert wurde
Bsp.: Bei Telefonkonferenz gilt Erklärung als zugegangen, sobald sie gegenüber dem richtigen Empfänger geäussert wurde.

- Bei der mittelbaren Willenserklärung, sobald der Zugang nicht mehr unterbrochen werden kann
Bsp.: Einwurf des Briefes in den Briefkasten.

4.) Zugang der Willenserklärung ("Zugangsprinzip")

- Bedeutung
Die Bestimmung des Zeitpunktes des Zugangs ist wichtig für
 - Bestimmung der Einhaltung von Fristen
 - Bestimmung des Zeitpunktes, ab wann und bis wann ein Erklärender an seine Erklärung gebunden ist.
 - Frage, ob eine Willenserklärung widerrufen werden kann.
- Begriff
Eine Willenserklärung gilt als zugestellt, wenn sie gemäss OR 5
 - in den Machtbereich des Empfängers gelangt und
Damit ist jeder Ort oder jede Einrichtung gemeint, auf den der Empfänger grundsätzlich jederzeit und selbstständig zugreifen kann: Wohnung, Geschäftsräume, Briefkasten, Postfach, Anrufbeantworter, Faxgerät, E-Mail im Postfach.
 - der Erklärende unter normalen Umständen davon ausgehen konnte, dass der Empfänger davon Kenntnis nehmen kann. (Zugangstheorie)
Unter der Möglichkeit der Kenntnisnahme ist diejenige Zeitspanne zu verstehen, in welcher der Erklärungsempfänger unter normalen Umständen Kenntnis von der zugegangenen Willenserklärung erhalten kann. Es sind sowohl die konkreten Kenntnisse des Erklärenden sowie der normale Lauf der Dinge zu berücksichtigen.
- Praxis
 - Privater Brief gilt als zugegangen, wenn dieser in den Briefkasten eingeworfen oder ins Postfach gelegt wurde, sobald damit gerechnet werden kann, dass der Briefkasten bzw. Das Postfach geleert wird. Brief gilt als nicht zugegangen, wenn Empfänger noch im Urlaub ist.
 - Beauftragt der Empfänger einen Dritten mit der Leerung des Briefkastens und leitet diese Person den Brief nicht weiter, gilt er trotzdem als zugestellt.
 - Der eingeschriebene Brief erfolgt mittels Zustellnachweis. Die Zustellung kann damit jederzeit rechtskräftig nachgewiesen werden.
 - Eine Obliegenheit, den elektronischen Briefkasten regelmässig zu leeren, besteht nur dann, wenn die E-Mail-Adresse einem grösseren Personenkreis bekannt gemacht wurde.
 - Fax gilt als zugestellt, wenn Druckvorgang beim Empfänger abgeschlossen ist.
 - Mitteilung auf dem Anrufbeantworter gelten mit dem Ende der Aufzeichnung als zugestellt.
 - Es ist unerheblich, ob eine Willenserklärung direkt beim Empfänger oder seinem Vertreter eintrifft.
 - Auch der berechtigte Empfangsbote kann eine Willenserklärung entgegennehmen.
- Zugangshindernisse
Der Erklärungsempfänger kann geneigt sein, den Zugang der Willenserklärung zu behindern bzw. zu verweigern.
War der Erklärungsempfänger berechtigt, den Zugang der Willenserklärung zu behindern, gilt die Willenserklärung als nicht zugestellt.
Bsp.: Brief war nicht hinreichend frankiert.
War der Erklärungsempfänger nicht zur Verweigerung berechtigt, wird die Zustellung fingiert.
- Vorrang der Parteivereinbarung

Die vorstehenden Regeln sind dispositiv. Die Parteien können jederzeit eine andere Vereinbarung treffen.

- Konsumentenschutz

Das Konsumentenrecht enthält 3 Ausnahmen vom Zugangsprinzip:

- OR 40e IV für Haustürgeschäfte
- OR 406e I für Partnervermittlung
- KKG 16 II für Konsumkreditvertrag

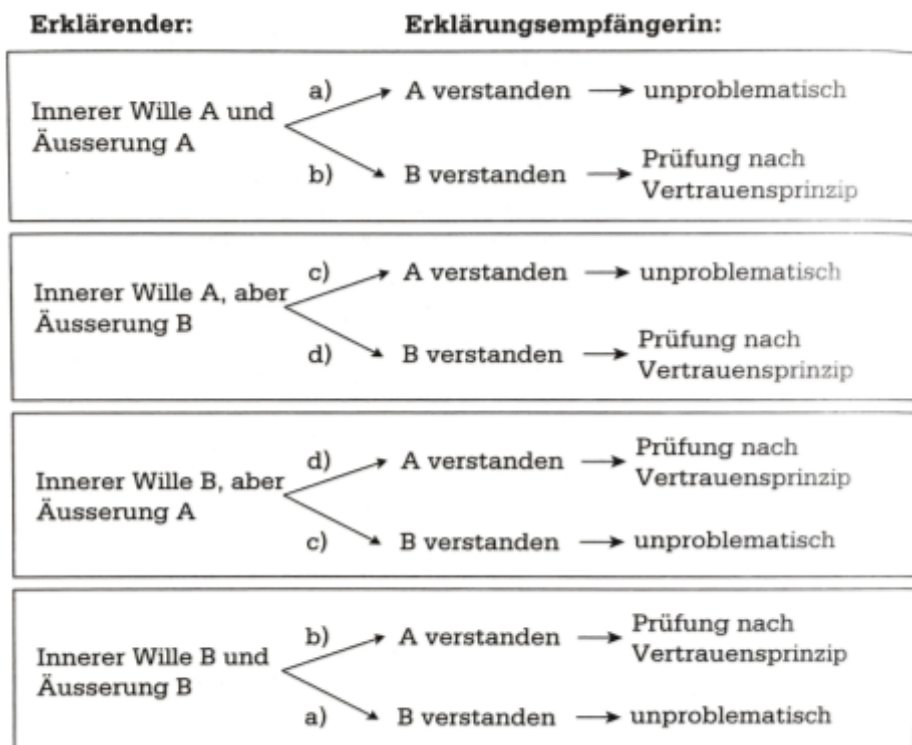
In diesen drei Fällen wird auf den Zeitpunkt abgestellt, in dem die Erklärung zur Absendung aufgegeben wurde.

5.) Auslegung des äusserlich erkennbaren Erklärungsstatbestands (Vertrauensprinzip)

Es besteht die Gefahr, dass eine geäusserte Erklärung anders verstanden wird, als sie vom Erklärenden gemeint war.

Entscheidend bei der Ermittlung des tatsächlichen Willens des Erklärenden ist der Erklärungshorizont. Massgebend ist alleine das, was der Erklärende wollte. Auch auf Seiten des Empfängerhorizonts gibt es 2 mögliche Optionen.

Es ergeben sich daraus folgende Fallkonstellationen:



Unproblematisch sind jene Fälle, in welchen der innere Wille des Erklärenden mit dem Verständnis des Erklärungsempfängers übereinstimmt. Zwischen den Parteien besteht damit ein Konsens.

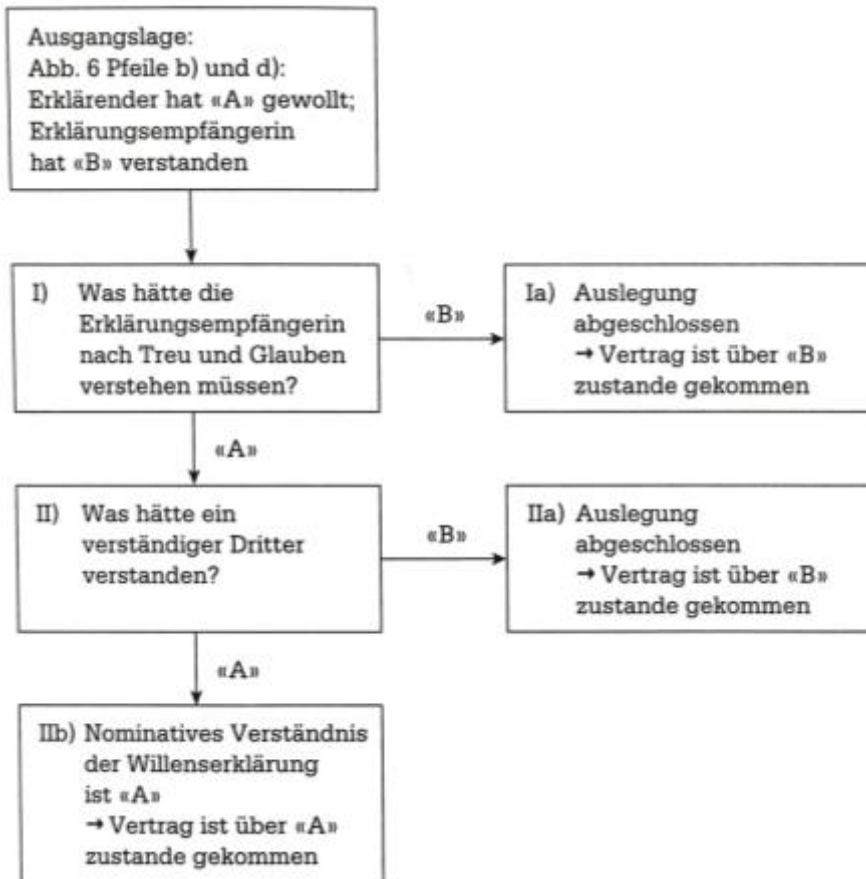
In allen anderen Fällen ist zu untersuchen, wie der Erklärungsempfänger die Willenserklärung verstehen durfte. Grundlage dafür ist das Vertrauensprinzip, das in der Rechtsprechung und Lehre anerkannt ist. Das Vertrauensprinzip kommt demnach immer dann zur Anwendung, wenn eine Divergenz besteht.

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

Kommt das Vertrauensprinzip zur Anwendung wird somit nicht mehr aus das vom Erklärenden tatsächlich Gewollten abgestellt. Der Empfängerhorizont des konkret betroffenen Empfängers ist massgebend. Dies führt zu einer „versubjektivierten“ objektiven Betrachtungsweise.

Es bestehen demnach 2 Prüfschritte:

- 1) Hat der Erklärungsempfänger alles ihm unter Würdigung von Treu und Glauben Zumutende getan, um den Erklärenden richtig zu verstehen?
⇒ Subjektive Betrachtungsweise
- 2) Wie konnte der Erklärungsempfänger die Willenserklärung als vernünftig denkender und redlich urteilender Mensch unter Berücksichtigung seiner Fachkenntnisse verstehen?
⇒ Objektive Betrachtungsweise



Mentalreservation bezeichnet den Fall, in dem der Erklärende seine Willenserklärung unter einem Vorbehalt abgibt, der die Bindungswirkung seiner Erklärung relativiert, ohne jedoch diesen Vorbehalt dem Empfänger kundzutun.

Bsp.: Schenkung unter der unausgesprochenen Bedingung, dass Schenkungsempfänger in die Heirat einwilligt.

Auch bei der Scherzerklärung fehlt es an einem Bindungswillen.

In beiden Fällen ist jedoch der Empfängerhorizont massgebend, weshalb die Erklärungen nach dem Vertrauensprinzip auszulegen sind.

3 - Vertragsschluss

A) Der Abschluss des Vertrages

1.) Überblick: Angebot und Annahme - Konsens und Dissens

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

Bsp.: Für einen einseitigen Schuldvertrag braucht es 2 Willenserklärungen, die jedoch nur eine Obligation entstehen lassen. Bei einer Schenkung muss das Geschenk noch angenommen und akzeptiert werden.

Bsp.: Bei einem zweiseitigen Schuldvertrag entstehen durch 2 Willenserklärungen 2 Obligationen. Bspw. bei einem Autokauf.

Für jede Willenserklärung muss eine eigenständige Auslegung vorgenommen werden. Die Vorphase des Vertragsverhältnisses besteht aus den Vertragsverhandlungen. Bei einem Handgeschäft (*Kauf einer Zeitung*) ist umstritten, ob neben einem Verfügungsgeschäft überhaupt ein Verpflichtungsgeschäft entsteht. Die Vorphase kann jedoch auch aus mehreren Äusserungen der Parteien bestehen. Dabei muss jene Äusserung bestimmt werden, mit welcher ein Angebot unterbreitet wird. Wird dieses Angebot durch ein Akzept angenommen, ist der Vertrag zustande gekommen. Das Angebot gilt nur dann als angenommen, wenn zwischen den Parteien ein Konsens besteht. Entspricht die Annahme nicht dem Angebot, besteht keine gemeinsame übereinstimmende Willenserklärung. Es herrscht ein Dissens. Der Konsens muss stets alle Vertragsparteien sowie alle wesentlichen Leistungen und Gegenleistungen umfassen.

2.) Angebot und Annahme

a) Das Angebot (Offerte)

Mit dem Angebot unterbreitet der Antragssteller dem Angebotsempfänger seinen Willen zum Abschluss eines Vertrages. Es handelt sich dabei um eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Das Angebot muss so klar und deutlich ausgestaltet sein, dass der Angebotsempfänger den Vertrag durch seine schlichte Zustimmung abschliessen kann. Jede weiter gehende Äusserung des Angebotsempfängers bildet ein neues Angebot, womit die Rollen der Parteien vertauscht werden.

- Eine Willensäusserung ist nur ein Angebot, wenn ein Bindungswille besteht.
 - In einem letter of intent können die Parteien erklären, dass sie bereit sind, in die Vertragsverhandlungen einzusteigen und sich aber bei einzelnen Zugeständnissen noch nicht umfassend binden wollen.
 - Durch invitatio ad offerendum kann ein Unternehmen eine oder mehrere Parteien zur Offertenstellung auffordern. Nach OR 7 I ist er dann grundsätzlich frei, ob und welches Angebot er annehmen möchte.
 - Das Versenden von Tarifen, Preislisten und dergleichen stellt nach OR 7 II ebenfalls eine invitatio ad offerendum dar. Gleichgestellt sind Prospekte, Inserate, Werbespots Videotext und Teleshopping.
 - OR 7 III bestimmt hingegen, dass die Auslage von Waren mit Preisangaben unmittelbar als Angebot anzusehen ist.
 - Ist eine Webseite so aufgebaut, dass der Anbieter sein Angebot jederzeit und vergleichbar zu einer Auslage aus dem Netz nehmen kann, ist dieses Angebot ebenfalls als Auslage im Sinne von OR 7 III zu qualifizieren. Handelt es sich jedoch um eine allgemeine Anpreisung von Leistungen, greift OR 7 II.
 - OR 6a regelt die Zusendung unbestellter Waren. Es besteht eine rechtliche Fiktion, dass die unbestellte Ware kein Angebot darstellt. Der Empfänger

kann die Ware nach seinem Willen wegwerfen, nutzen oder zurücksenden. Davon zu unterscheiden sind die offensichtlich irrtümlich zugesandten Waren, OR 6a III.

- Bestimmtheit des Angebots:

Das Angebot muss nicht alle Einzelheiten des Geschäfts enthalten, sondern nur alle *essentialia negotii*; alle wesentlichen Vertragspunkte. Dazu gehören

- die Person des Angebotsempfängers, (in Ausnahmefällen jedoch ein unbestimmter Adressatenkreis möglich, bspw. bei der Auslage von Waren)
- der Vertragstypus und
- Leistung und Gegenleistung (zumindest bestimmbar)

- Unwiderruflich und unabänderlich

Ein einmal geäußertes Angebot kann während der Dauer der Bindung nicht mehr widerrufen oder abgeändert werden.

- Bindungsdauer

- Mit Fristansetzung: Der Anbieter ist nach OR 3 an seine selbstgesetzte Frist gebunden. Innerhalb dieser Frist muss ein Akzept eintreffen. Die Frist kann sich auch aus den Umständen ergeben.
- Ohne Fristansetzung:
 - Unter Anwesenden: Der Antrag muss nach OR 4 sogleich angenommen werden. Die Annahme muss noch während des Gesprächs geäußert werden.
 - Unter Abwesenden: Der Anbieter ist nach OR 5 I so lange gebunden, wie er den Eingang eines Akzeptes bei der ordnungsgemässen Absendung durch den Angebotsempfänger erwarten darf. Dabei umfasst die Frist beide Transportwege sowie eine Bedenkzeit. Die Dauer der beiden Transportwege hängt dabei von der Art der gewählten Übertragung ab. Die Bedenkzeit hängt von den konkreten Umständen ab. Unter anderem von der Komplexität des Angebots, der Tragweite der Bindung, den Branchengewohnheiten und dem Informationsbedarf des Angebotsempfängers. VGG 1 I enthält für den Versicherungsnehmer eine Frist von 14 Tagen.
- Keine Bindung: Gemäss OR 7 I kann der Anbieter eine Bindung ganz ausschliessen, indem er sich den Widerruf des Antrags vorbehält. („Nur solange Vorrat reicht“)

- Erlöschen des Angebots

Lehnt der Antragsempfänger das Angebot ab oder läuft die Frist ab, erlischt das Angebot. Wird das Akzept rechtzeitig abgesandt, trifft es jedoch zu spät ein, trifft den Anbieter nach OR 5 III die Obliegenheit, denn Angebotsempfänger unverzüglich zu informieren, wenn er nicht mehr gebunden sein möchte. Eine verspätet eintreffende Annahmeerklärung bildet grundsätzlich ein neues Angebot.

b) Die Annahme (Akzept)

Mit dem Akzept teilt der Angebotsempfänger mit, mit dem angebotenen Vertragsschluss einverstanden zu sein. Auch die Annahme stellt eine empfangsbedürftige Willenserklärung dar.

- Inhalt des Akzepts

Das Akzept muss alle subjektiven und objektiven wesentlichen Vertragspunkte umfassen. Nach OR 2 I wird vermutet, dass eine Uneinigkeit über Nebenpunkte das Zustandekommen eines Vertrages nicht verhindert. Streiten die Parteien bereits während den Vertragsverhandlungen über einen Punkt, kann vermutet werden, dass dieser Punkt zumindest für eine Partei subjektiv wesentlich ist und dies für die Gegenpartei erkennbar war. Erkennen die Parteien erst nach

Vertragsabschluss, dass sie sich in einem Punkt uneinig waren, hat der Richter den Vertrag zu ergänzen (OR 2 II).

Dies bedeutet eine Beweislast zulasten des Antragsempfängers. Er muss beweisen, dass ein objektiv unwesentlicher Vertragspunkt für ihn subjektiv wesentlich ist und daher der Vertrag ohne Einigung nicht zustande kommen kann.

- Form des Akzepts

Die Annahme kann ausdrücklich oder konkludent (Realakzept) erfolgen. Das Akzept unterliegt dabei keiner besonderen Form. Stillschweigen gilt jedoch grundsätzlich nicht als Akzept. In OR 395 oder VVG 2 I sind gesetzliche Fiktionen enthalten, die eine Zustimmung annehmen, sofern kein Widerruf erfolgt. Gemäss OR 6 kann sich aus den Geschäftsbeziehungen, den Gepflogenheiten oder den Umständen ein stillschweigendes Akzept ergeben.

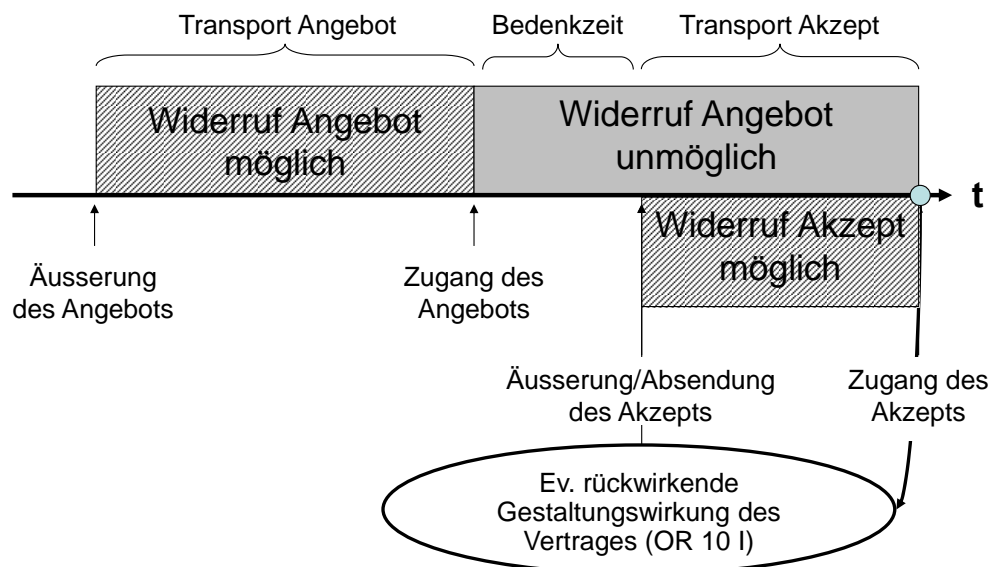
Bsp.: Akzept wird gemäss OR 6 fingiert, wenn der Vertrag dem Angebotsempfänger nur Vorteile bringt (Schenkung).

- Zustandekommen des Vertrags

Der Vertrag kommt zustande, wenn Angebot und Akzept in den wesentlichen Vertragspunkten übereinstimmen. Der entscheidende Zeitpunkt ist dabei der Zugang des Akzepts. Wenn die Zustimmung einer dritten Person oder der Behörde notwendig ist, kommt der Vertrag erst mit dieser Zustimmung zustande. Das Zustandekommen des Vertrags fällt jedoch nicht zwingend mit der Gestaltungswirkung des Vertrags zusammen. Die Gestaltungswirkung des Vertrags kann nach OR 10 zurückdatiert werden auf den Zeitpunkt der Absendung des Akzepts. Dies hat vor allem Bedeutung, wenn die Leistung unmöglich wird oder für die Bestimmung der Fälligkeit.

- Bedeutung des Zugangs des Willenserklärung

Der Zeitpunkt des Zugangs einer Willenserklärung ist von entscheidender Bedeutung für die Unwiderruflichkeit eines Angebots und den Vertragsabschluss. Treffen Angebot und Akzept und der entsprechende Widerruf gleichzeitig ein, gilt das Angebot bzw. das Akzept als nicht erfolgt.



3.) Konsens und Dissens

- Konsens:

Liegen übereinstimmende Willenserklärungen vor, besteht ein Konsens und der Vertrag kommt zustande. Ob ein solcher Konsens vorliegt, ist durch Auslegung der Willenserklärungen zu ermitteln. Wollten die Parteien tatsächlich das Gleiche, besteht ein natürlicher (tatsächlicher) Konsens. Wenn kein tatsächlicher Konsens

nachweisbar ist, aber das dem Erklärungsempfänger unterstellte (normative) Verständnis massgebend ist und daher von einer übereinstimmenden Willenserklärung ausgegangen werden kann, liegt ein normativer (rechtlicher) Konsens vor.

- Dissens:
Ist gegeben, wenn ein natürlicher oder rechtlicher Konsens noch nicht zustande gekommen ist. Er kann offen oder versteckt auftauchen.
- Mentalreservation & Scherzerklärung
In beiden Fällen fehlt es an einem Bindungswillen. Die Erklärungen sind jedoch trotzdem verbindlich, wenn der Erklärungsempfänger diesen Vorbehalt nach dem Vertrauensprinzip nicht erkennen musste.
- Scheingeschäft
Bei einem Scheingeschäft werden beide Willenserklärungen ohne Bindungswillen abgegeben. Der Abschluss eines Vertrages wird bloss simuliert. Mit einem solchen simulierten Geschäft werden Dritte, wie ein Kreditgeber oder die Steuerbehörde, getäuscht. Liegt hinter dem simulierten Geschäft ein zweites, reales Geschäft, wird dieses als dissimuliertes Geschäft bezeichnet. Das simulierte Geschäft ist nach OR 18 I unwirksam. Das dissimulierte Geschäft ist hingegen verbindlich. Verstösst es jedoch gegen Formvorschriften, ist auch das dissimulierte Geschäft ungültig.
Bsp.: Grundstück wird angeblich für 300'000 CHF verkauft (simuliertes Geschäft), tatsächlich aber für 500'000 CHF (dissimuliertes Geschäft).
Nach OR 18 II kann zum Schutz eines Dritten die Einrede der Simulation nicht gegenüber dem Dritten entgegengesetzt werden, welcher im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis eine Forderung erworben hat.

B) Sonderfälle des Vertragsschlusses

1.) Vorvertrag - OR 22

In einem Vorvertrag verpflichten sich die Vertragsparteien zum Abschluss eines Hauptvertrages. Dabei unterliegt der Vorvertrag denselben Formvorschriften wie der Hauptvertrag.

Nach traditionellem Verständnis muss bereits der Vorvertrag alle wesentlichen Vertragspunkte enthalten, wobei diese zumindest bestimmbar sein müssen. Der Vorvertrag begründet somit die Pflicht, einen entsprechenden Vertrag abzuschliessen. Wenn der Vorvertrag alle Elemente des abzuschliessenden Hauptvertrages enthält, kann direkt auf Leistung geklagt werden, ansonsten benötigt man zuerst einen abgeschlossenen Hauptvertrag.

Vorverträge können in verschiedenen Fallkonstellationen sinnvoll sein. Durch einen Vorvertrag verpflichtet sich eine Partei, einen Vertrag mit einer dritten Partei abzuschliessen, bspw. bei einer Bürgschaft (OR 493 VI). Aber auch Architekten- und Unternehmensklauseln stellen Vorverträge dar. Zu beachten ist jedoch OR 112.

≠ Der Vorvertrag ist vom Optionsvertrag, von Verhandlungen in Stufen, vom Rahmenvertrag und vom letter of intent abzugrenzen!

2.) Rahmenvertrag

Es handelt sich um Verträge, in denen sich die Parteien auf einzelne Bedingungen für künftig abzuschliessende Verträge einigen. Der Rahmenvertrag beinhaltet jedoch grundsätzlich keine Abschlusspflicht der zukünftigen Verträge. Durch Rahmenverträge können Geschäftsbeziehungen rationalisiert werden.

Der Rahmenvertrag kann eine inhaltslose Absichtserklärung zur Zusammenarbeit darstellen oder aber ein eng gefasster Vertrag, in welchem die zukünftige Zusammenarbeit detailliert geregelt wird.

3.) Kontrahierungszwang

Eine oder beide Vertragsparteien sind verpflichtet, mit einer bestimmten Person einen Vertrag abzuschliessen. Damit kann die Partei nicht mehr frei über den Vertragsschluss entscheiden, da sie den Vertrag auch gegen ihren ausdrücklichen Willen abschliessen muss.

Die Kontrahierungspflicht beruht auf Gesetz oder auf einem Vertrag.

- Vertraglicher Kontrahierungszwang: Vertraglich kann die Kontrahierungspflicht in einem Vor- oder Rahmenvertrag vereinbart werden.
- Gesetzlicher Kontrahierungszwang: Die gesetzliche Vorschrift eines Kontrahierungszwangs stellt einen weitgehenden staatlichen Eingriff in die Vertragsfreiheit dar. Der gesetzliche Kontrahierungszwang muss rechtspolitisch gut begründet werden. Der Anwendungsbereich ist zudem sehr eng auszulegen.
 - Öffentliches Transportwesen: Nach Art. 12 Personenbeförderungsgesetz muss jedes Unternehmen des öffentlichen Verkehrs den Transport ausführen. Die SBB muss daher mit allen Bürgern einen Transportvertrag abschliessen. Die Weigerungsgründe sind sehr stark eingeschränkt.
 - Bewirtungszwang und Beherbergungspflicht: Einige Kantone sehen eine Verpflichtung vor, im Rahmen der Kapazitäten Gäste zu bewirtschaften und zu beherbergen.
 - Kartellrecht: Ein Kartell oder ein marktbeherrschendes Unternehmen kann verhindern, dass neue Marktteilnehmer einen Markt erobern können, weil die notwendigen Ausgangsprodukte nicht bezogen werden können. Dieses Verhalten ist nach KG 7 verboten.
 - Strafrecht: Nach StGB 261bis darf ein Abschluss eines Vertrages nicht von der Hautfarbe des Vertragspartners abhängig gemacht werden.
 - Persönlichkeitsrecht und Sittenwidrigkeit: Eine Verweigerung eines Vertragsabschlusses kann nach ZGB 28 und 28a eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts darstellen.

4.) Kaufmännisches Bestätigungsschreiben

Das schweizerische Recht kennt kein Handelsgesetzbuch. Das Gesetz enthält aber an verschiedenen Orten Sonderbestimmungen für den kaufmännischen Verkehr, bspw. in OR 215 I. Darüber hinaus haben sich in der Praxis Regeln für den kaufmännischen Verkehr entwickelt.

Mit dem kaufmännischen Bestätigungsschreiben bestätigt eine Vertragspartei der anderen den Inhalt eines Vertrages, der vorher mündlich vereinbart wurde.

Widerspricht der Empfänger innerhalb angemessener Frist dem Inhalt, so gilt das Schreiben als nicht genehmigt. Der mündliche Vertrag gilt dann als nicht zustande gekommen. Wird kein Widerspruch erhoben, verschiebt das kaufmännische Bestätigungsschreiben die Beweislast zulasten des Empfängers. Der Empfänger hat zu beweisen, dass mündlich etwas anderes vereinbart wurde. Andererseits kann ein Bestätigungsschreiben auch konstitutive Wirkung entfalten. Dann ist ein Gegenbeweis einer abweichenden mündlichen Vereinbarung unmöglich und der Inhalt des Bestätigungsschreibens geht vor. Dies gilt dann, wenn der Bestätigende vom Empfänger nach Treu und Glauben erwarten durfte, dass er dem Schreiben widersprechen würde, wenn das Schreiben das mündlich Bestätigte nicht richtig wiedergeben sollte. Es greift der Vertrauensschutz. Massgebend ist dabei nicht der subjektive Eindruck der Erheblichkeit einer Abweichung, sondern die objektive Beurteilung der Differenz. Diese Auslegung kann auf OR 6 gestützt werden.

5.) Option

Eine Partei besitzt die Möglichkeit, durch einseitige Willenserklärung einen Vertrag zu begründen, abzuändern oder zu beenden. Es handelt sich um ein Gestaltungsrecht dieser berechtigten Partei.

Über die Ausübung eines Optionsrechts kann ein Vertrag nur zustande kommen, wenn die andere Vertragspartei diese Option eröffnet oder das Gesetz dies vorsieht, bspw. wie in OR 682 I.

6.) Auslobung und Preisausschreiben – OR 8

- Auslobung

Der Auslober verspricht durch Auskündigung eine Belohnung für die Vornahme einer Leistung.

Bsp.: Finderlohn für vermisste Katze.

Bsp.: Verein erlässt die Jahresgebühr bei Mithilfe bei der Reinigung des Clubhauses.

Die Auskündigung erfüllt die Funktion des Angebots. Sie kann gegenüber jedermann oder nur gegenüber einem bestimmten Personenkreis erfolgen. Bei der Auskündigung handelt es sich um eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung. Daher braucht die Auskündigung keine Annahme.

Bsp.: Auch der Finder der Katze, der nicht von der Belohnung weiss, hat Anspruch auf diese.

- **Versprochene Leistung:**

Die versprochene Leistung kann in einer Geldzahlung, einem Erlass von Schulden oder einer eigenen Leistung bestehen. Sie kann jedermann oder nur dem Ersten versprochen werden. Die Auslobung kann zudem zeitlich begrenzt werden.

- **Zu erbringende Leistung:**

Die zu erbringende Leistung kann im gesetzlichen Rahmen frei definiert werden. Ein allfälliger Aufwendungsersatz steht nur demjenigen zu, der die Aufwendungen im Wissen um die Auslobung und zu ihrer Erfüllung erbracht hat.

Bsp.: Für die Suche der Katze kaufte man eine teure Taschenlampe. Diese muss nur entschädigt werden, wenn sie für die Suche notwendig war.

- **Dauer der Bindung:**

Gemäss OR 8 II kann eine Auslobung jederzeit widerrufen werden. Dabei hat der Auslober demjenigen Ersatz zu leisten, der in guten Treuen Aufwendungen zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung erbracht hat.

- **Bedingtes Leistungsversprechen:**

Diese Forderung entsteht im Zeitpunkt, indem die zu erbringende Leistung erbracht wird.

- Preisausschreiben

Im Rahmen eines Wettbewerbs wird eine Leistung ausgelobt. Der Veranstalter erwartet zwar mehrere Leistungen, doch wird nur eine einzige Leistung, die beste, oder eine beschränkte Anzahl Leistungen prämiert.

Bsp.: Luzern schreibt den Neubau der Uni Luzern als Architekturwettbewerb aus.

Eine Teilnahme am Preisausschreiben ist nur durch eine Anmeldung möglich. Diese kann mit der Eingabe selbst oder bereits im Vorfeld eingereicht werden. Durch die Anmeldung besteht ein vertragliches Verhältnis, das die Teilnahmebedingungen enthält.

7.) Submission – Ausschreibung

Auch durch Submission kann ein Vertrag herbeigeführt werden. Bei umfangreichen Projekten, wie in der Baubranche, möchte der Bauherrn für die Gesamtleistung oder für Teilleistungen das jeweils beste Angebot ermitteln. Daher werden Anbieter eingeladen, ein schriftliches Angebot für eine Sach- oder Dienstleistung einzureichen. Die Einladung erfolgt entweder offen für alle Anbieter oder beschränkt für einen Kreis von Anbietern.

- Verfahren

Die interessierten Unternehmen beantragen die Teilnahme an der Ausschreibung, womit der Auswahlprozess beginnt. Der Ausschreibende entscheidet mit Hilfe eines objektiven Katalogs von Kriterien, welche Anbieter zur Submission zugelassen werden. Nur den Auserwählten werden die detaillierten Ausschreibungsunterlagen

zugestellt. Auf dieser Grundlage unterbieten die Unternehmen dann ihr konkretes Angebot. Nur eines dieser Angebote wird dann akzeptiert, womit der Vertrag zustande kommt.

- Unterschied zur Auslobung
Das privatrechtliche Submissionsverfahren ist gesetzlich nicht geregelt. Nach dem Vorverfahren ist der Kreis der Anbieter bestimmt, wodurch sich die Submission von der Auslobung unterscheidet.
- Submissionsbedingungen
Die Einschränkung auf wenige Anbieter rechtfertigt sich durch die hohen Aufwendungen der Submittenten, ein detailliertes Angebot auszuarbeiten. Es muss klargestellt werden, ob und in welchem Umfang die Submittenten für diesen Aufwand entschädigt werden. Zudem muss sichergestellt sein, dass die Auswahl nach festgelegten und gerechten Kriterien erfolgt.
- Pflichten der Beteiligten
Alle Beteiligten treffen im Submissionsverfahren Pflichten, die sich aus Treu und Glauben ergeben. Der Ausschreiber ist verpflichtet, sich an das Verfahren zu halten, Transparenz im Verfahren zu wahren und die Anbieter gleich zu behandeln. Eine Kontrahierungspflicht ergibt sich nur, wenn eine solche vertraglich festgelegt ist. Die Submittenten sind ebenfalls zu einem fairen Verhalten verpflichtet.
- Öffentliche Ausschreibung
Im öffentlichen Beschaffungswesen muss der Ausschreiber zusätzliche Pflichten erfüllen. Damit soll ein nationaler / internationaler Wettbewerb geschaffen werden.

8.) Faktischer Vertrag

Fälle, in denen die Anwendung vertraglicher Regelungen gerechtfertigt ist, obwohl streng genommen kein Vertrag existiert, weil es an einer übereinstimmenden Willenserklärung fehlt oder weil die Parteien ein Dauerschuldverhältnis erfüllen und erst später deutlich wird, dass der Vertrag nichtig ist.

- Vertragsschluss
Es muss sorgfältig abgeklärt werden, ob nicht aus den Umständen eine übereinstimmende Willenserklärung abgeleitet werden kann.
Bsp.: Eine Person stellt ihren Wagen auf einen privaten Parkplatz und verwahrt sich schriftlich gegen einen Vertragsschluss. Ein (tatsächlicher) Vertrag ist trotzdem gültig zustande gekommen, es handelt sich bloss um eine zum Verhalten widersprüchliche Erklärung, die unbeachtlich ist.
- Nichtige Dauerschuldverhältnisse
Die Anwendung des faktischen Vertrags beschränkt sich auf 2 Fälle:
 - Die Vertragsparteien entdecken erst im Laufe der Vertragserfüllung, dass ein versteckter Dissens den Vertragsabschluss verhindert hat, der auch durch das Vertrauensprinzip nicht zu heilen ist.
 - Die Vertragsparteien wollten ein Dauerschuldverhältnis begründen und erfüllen es auch, bis sie die Nichtigkeit ihres Vertragsverhältnisses entdeckten.
*Bsp.: Es stellt sich heraus, dass Arbeitnehmer keine Arbeitsbewilligung hat.*In diesen Fällen hatten die Parteien einen übereinstimmenden Willen für den Vertragsabschluss. Dieser führte jedoch nicht zu einem rechtsgültigen Vertrag. In diesen Fällen ist die analoge Anwendung der vertraglichen Regeln gerechtfertigt. Dies lässt sich dogmatisch entweder durch Lückenfüllung oder durch eine teleologische Reduktion der Ungültigkeit von Dauerschuldverhältnissen auf eine Wirkung ex nunc begründen.

9.) Abstraktes Schuldbekenntnis (OR 17)

Der Schuldner anerkennt den Bestand einer Forderung des Gläubigers, ohne dass aus diesem Schuldbekenntnis der Rechtsgrund für diese Forderung genannt oder ersichtlich ist. Ein solches Schuldbekenntnis ist gültig, daher rechtmässig und vollstreckbar. Es

handelt sich um einen einseitigen Vertrag, da die Gegenseite das Schuldbekenntnis annehmen muss, ohne aber eine Gegenleistung zu erbringen.

Bsp.: Handwerker, der bei der Reparatur der Waschmaschine den Parkettboden beschädigte, erklärt sich bereit, CHF 500 als pauschale Entschädigung zu zahlen.

In der Regel beruht ein abstraktes Schuldbekenntnis auf einer bestehenden Schuld. Diese konkrete Schuld wird durch das abstrakte Schuldbekenntnis abgelöst. Damit beginnt auch die Verjährung neu zu laufen (OR 135 Ziff. 1). Die beiden Schulden sind kausal miteinander verbunden, was zwei Schlussfolgerungen ergibt:

- Dem Schuldner obliegt die Beweislast der Verbindung zwischen dem abstrakten Schuldverhältnis und der ursprünglichen Schuld.
- Gelingt dem Schuldner dieser Beweis, so kann er alle Einwendungen und Einreden geltend machen, die ihm auch gegenüber der ursprünglichen Schuld zustanden.

C) Vertragsschluss bei Konsumentenverträgen

1.) Überblick

Der schweizerische Konsumentenschutz ist bescheiden ausgestaltet. Das umfangreiche Verbraucherschutzrecht der EU wurde nur teilweise in das schweizerische Recht übernommen. Übernommen wurden:

- Haustürwiderruf (OR 40 bis 40g)
- Produkthaftung (PrHG)
- Verbraucherkredit (KKG)
- Pauschalreise (PauRG)

Demgegenüber wurden die Richtlinie über missbräuchliche Klauseln, Richtlinie über Timesharing, Fernabsatzrichtlinie sowie Richtlinie über Verbrauchsgüter und Garantien nicht in das schweizerische Recht übernommen.

Soweit die Schweiz ihr Recht an das Recht der EU angleichen wollte, ist die Rechtsprechung der Mitgliedsstaaten sowie des EuGH in der Auslegung zwingend zu berücksichtigen.

Im Rahmen des Vertragsabschlusses stehen insbesondere 3 zivilrechtliche Schutzinstrumente des Konsumentenrechts im Vordergrund:

- Formvorschriften
- Vorschriften über den Inhalt des Vertrages
- Vorschriften, die dem Konsumenten eine Bedenkfrist einräumen
 - Der Vertrag tritt dann entweder erst zeitverzögert in Kraft.
 - Oder dem Konsumenten wird ein zeitlich beschränktes Widerrufsrecht eingeräumt.

2.) Der Anwendungsbereich des Konsumentenschutzrechts

Ob der Vertragspartei ein Konsument darstellt, und damit das Konsumentenschutzrecht anwendbar ist, hängt von 3 Faktoren ab:

- Vertragsschliessende Personen
- Vertragsgegenstand
- Umstände des Vertragsschlusses

3.) Haustürgeschäft (OR 40a ff.)

Die Konsumenten sollen vor einem überraschenden Vertragsangebot in Situationen, in denen sie darauf nicht vorbereitet sind, geschützt werden. Ein Schutz vor Überrumpelung soll gewährleistet werden. Der Konsument soll die Möglichkeit haben, den Vertragsschluss während einer gewissen Frist zu widerrufen.

– Anwendungsbereich

Die Schutzbestimmungen von OR 40a ff. greifen unter folgenden Voraussetzungen:

- Vertragsbeteiligte (OR 40a I):

Der Kunde muss die Sache für seinen persönlichen oder familiären Gebrauch gekauft haben. Der Anbieter muss im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit gehandelt haben.

- Umstände des Vertragsschlusses (OR 40b):
Das Angebot muss dem Konsumenten an seinem Arbeitsplatz, in seiner Wohnung oder der unmittelbaren Umgebung, in öffentlichen Verkehrsmitteln, auf öffentlichen Strassen oder Plätzen oder auf Werbeveranstaltungen, die mit anderen Leistungen gekoppelt sind, unterbreitet worden sein.
- Ausschluss der Anwendung, wenn:
 - Warenwert <CHF 100 (OR 40a I lit. b)
 - bei Versicherungsverträgen (OR 40a II)
 - Wenn Kunde die Vertragsverhandlungen in dieser Situation gewünscht hat (OR 40c lit. a)
 - Wenn Kunde die Erklärung an einem Markt- oder Messestand abgegeben hat (OR 40c lit. b)

– Widerrufsrecht

Liegt ein Haustürgeschäft nach OR 40a ff. vor, steht dem Kunden ein Widerrufsrecht zu, das er dem Anbieter schriftlich zu erklären hat. Das Widerrufsrecht hat zur Folge, dass der Vertrag rückwirkend (ex tunc) aufgelöst wird (OR 40f I). Beide Parteien können ihre bereits erbrachten Leistungen zurückfordern. Wurde die Sache bereits benutzt, ist ein Mietzins fällig.

– Information über Widerrufsrecht

Nach OR 40d muss der Anbieter den Kunden schriftlich über das Widerrufsrecht informieren. Es muss nachgewiesen werden, wann informiert wurde, dass der Kunde davon auch wirklich Kenntnis genommen hat und er auch weiss, an wen er den Widerruf zu richten hat. Die Beweislast liegt beim Anbieter (OR 40e III).

– Form

Durch die schriftliche Informationspflicht über das Widerrufsrecht hat der Gesetzgeber faktisch die Schriftlichkeit des Vertrages vorgeschrieben.

– Frist

Der Kunde muss seinen Widerruf nach OR 40e I innerhalb von sieben Tagen erklären. Die Frist beginnt mit der Beantragung oder Annahme des Vertrages und der erfolgten Information über das Widerrufsrecht zu laufen.

4.) Partnerschaftsvermittlung (OR 406a ff.)

Konsumenten, die in einem emotional aufgewühlten Bereich unter seelischem Druck ohne nähere Prüfung unfairen Vertragsbestimmungen zustimmen, sollen geschützt werden. Ihnen wird eine Bedenkzeit eingeräumt, bevor der Vertrag seine Wirkung entfaltet.

Der Schutzbereich umfasst jeden Abschluss eines Ehe- oder Partnerschaftsvermittlungsvertrages.

– Form und Inhalt:

Ein solcher Vertrag benötigt Schriftlichkeiten (OR 406d). Er muss Angaben enthalten, die in OR 406d aufgelistet sind. Der Anbieter muss den Kunden über das Rücktrittsrecht aufklären und darf keine Zahlungen in den ersten 7 Tagen nach Vertragsabschluss entgegennehmen.

– Widerrufsrecht:

Der Vertrag tritt erst nach 7 Tagen in Kraft (OR 406e I) und ist damit aufschiebend bedingt abgeschlossen. Im Falle eines Rücktritts ist keine Entschädigung geschuldet (OR 406e III).

– Frist:

Die Frist ist gewahrt, wenn die Rücktrittserklärung innerhalb von 7 Tagen nach Inkrafttreten des Vertrags der Post übergeben wird.

5.) Pauschalreise

Konsumenten sollen bei der Buchung einer Pauschalreise geschützt werden. Der Schutz rechtfertigt sich durch die Abhängigkeit des Reisenden während der Reise. Im Vorfeld der Reise stehen Informationspflichten im Vordergrund, nach der Reise Schadensersatzansprüche.

- Anwendungsbereich
Gemäss PauRG 1 und 2 müssen mindestens zwei Dienstleistungen als Gesamtleistung angeboten werden, wobei entweder Beförderung oder Unterkunft zwingend enthalten sein muss. Die Reise muss zudem länger als 24 Stunden dauern oder eine Übernachtung im Angebot einschliessen. Der Anbieter muss zudem mehr als nur gelegentlich solche Reisen organisieren.
Konsumenten können die Rechte aus dem Vertrag auch geltend machen, wenn sie den Pauschalreisevertrag nicht selber abgeschlossen haben (PauRG 2 III).
- Form und Inhalt
Durch die Informationspflichten des Anbieters vor der Reise (PauRG 4 und 5) sowie die genaue Umschreibung des Inhalts (PauRG 6) ist faktisch ein schriftlicher Vertrag vorausgesetzt.
- Widerrufsrecht
Dem Konsumenten steht kein allgemeines Widerrufsrecht zu, da keine Gefahr der Überrumpelung besteht. Ändert der Anbieter sein Angebot erheblich (PauRG 9), kann der Konsument entschädigungslos vom Vertrag zurücktreten (PauRG 10 I). Diesen Rücktritt kann der Anbieter umgehen, indem er ein gleichwertiges Angebot unterbreitet.

6.) Konsumkredit

Das Konsumkreditgesetz (KKG) will die Gefahr einschränken, dass sich die Konsumenten verschulden. Diese Gefahr besteht bei der Gewährung von Krediten, beim Konsumgüterleasing sowie bei Überziehungskrediten auf Bank- oder Kreditkartenkonti. Deshalb besteht ein Schriftformerfordernis der Verträge sowie ein zeitlich limitiertes Widerrufsrecht.

- Anwendungsbereich
 - Als Konsumkredit gelten ein Kredit in Form eines Zahlungsaufschubs, eines Darlehen oder einer anderen Finanzierungshilfe, Leasingverträge sowie Konti, Kredit- und Kundenkarten, soweit sie mit einer Kreditoption versehen oder in Raten abzahlbar sind.
 - Dem KKG unterliegen Anbieter, welche Kredite gewerbsmässig anbieten, sowie auch die gewerbsmässigen Kreditvermittler.
 - Der Kunde muss den Kredit zu einem Zweck aufnehmen, der weder seiner beruflichen noch seiner gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.
- Form und Inhalt
Nach KKG 9 I, 11 I und 12 I ist für alle Konsumkreditverträge die Schriftlichkeit erforderlich. Eine Verletzung dieser Formvorschrift führt zur Nichtigkeit des Vertrages (KKG 15 I).
- Widerrufsrecht
Dem Konsumenten steht gemäss KKG 16 ein Widerrufsrecht zu. Der Vertrag tritt sofort in Kraft, ist aber während 7 Tagen resolutiv bedingt.
- Frist
Die Frist beträgt 7 Tage. Fristbeginn ist die Übergabe des schriftlichen Vertrages.

7.) Weitere punktuelle Vorschriften zum Schutz der schwächeren Vertragspartei

Das Arbeitsrecht regelt sowohl den Vertragsabschluss wie auch den Vertragsinhalt. Dasselbe gilt für den Mietvertrag oder für die Bürgschaft. Diese Regelungen bilden Gegenstand des Besonderen Teils des OR.

4 - Vertragsauslegung - allgemeine Geschäftsbedingungen

A) Die Auslegung eines Vertrages

1.) Überblick

Jeder Vertrag ist lückenhaft. Meist wird dies jedoch nicht erkannt, weil diese Lücken im Rahmen der Vertragserfüllung keine Rolle spielen. Das Vertragsverhältnis kann unproblematisch durch Erfüllung aufgehoben werden.

Sind sich die Parteien jedoch uneinig über den Vertragsinhalt, ist der Vertrag auszulegen, wobei die übereinstimmenden Willenserklärungen massgebend sind. Diese sind nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.

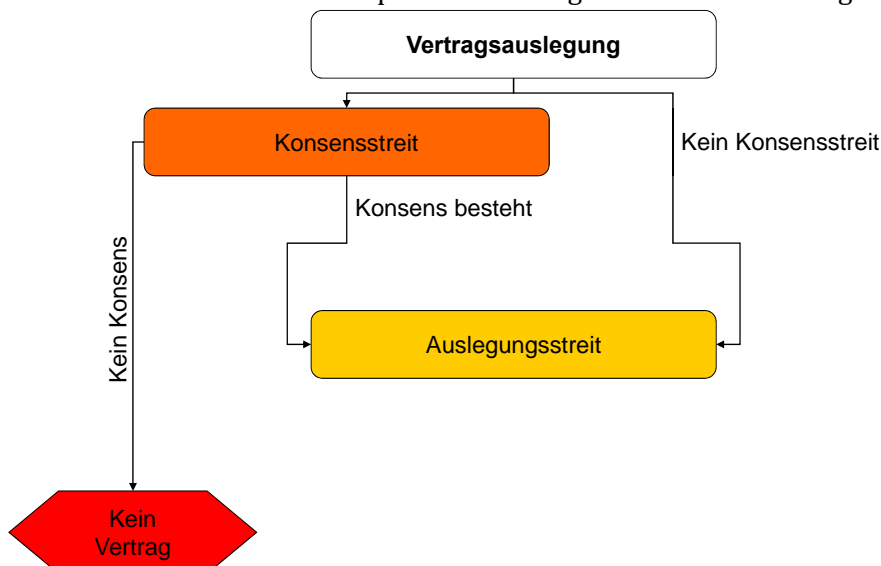
In der Dogmatik wird zwischen der Vertragsauslegung, der Vertragsergänzung und der Vertragsanpassung unterschieden. In der Praxis ist es aber oft schwierig, diese 3 Arten der Auslegung voneinander abzugrenzen. Diese dogmatische Struktur soll eine Argumentationsstruktur bieten und die Auslegungsfreiheit dabei begrenzen.

Letztendlich bleibt der Entscheid aber ein subjektiver, der vom eigenen Wertesystem geprägt ist. Die auslegende Person spielt daher eine entscheidende Rolle in Vertragsauslegung, -ergänzung und -anpassung.

2.) Grundlage: Auslegung der Willenserklärung

Das Vertragsverhältnis kommt aufgrund einer übereinstimmenden Willenserklärung zustande. Diese Willenserklärungen müssen ausgelegt werden, um die einzelnen obligatorischen Verpflichtungen der Parteien festzustellen.

Bei der Auslegung von Verträgen geht es um das Zusammenwirken unterschiedlicher Willenserklärungen. Erst daraus wird ersichtlich, wie in einem synallagmatischen Vertrag die verschiedenen versprochenen Leistungen ineinandergreifen. Das Verständnis des Gesamtkonzeptes des Vertrages bildet daher massgebende Grundlage.



3.) Auslegungstreit vs. Konsensstreit

a) Abgrenzung

Ein Vertrag kommt zustande, wenn die Parteien einen übereinstimmenden Willen zum Abschluss eines Vertrages äussern. Es gibt zwei mögliche Streitvarianten nach Vertragsabschluss:

- Konsensstreit
Die Parteien bemerken, dass ein versteckter Dissens vorliegt. Dies kann dazu führen, dass gar kein Vertrag abgeschlossen wurde.
- Auslegungsstreit
Die Parteien haben zwar einen Vertrag abgeschlossen, sind sich jedoch über deren Vertragsinhalt uneinig. Die Existenz des Vertrages wird dabei nicht in Frage gestellt.

Es liegt an den Parteien, welchen Streit sie führen möchten. Die beiden Auseinandersetzungen können auch kombiniert werden. Stellt das Gericht fest, dass der Vertrag trotz Konsensstreit gültig zustande gekommen ist, wird der Vertragsinhalt verbindlich festgelegt.

Zur Wahl ihrer Strategie müssen die Parteien verschiedene Kriterien beachten:

- Das Gericht wird weniger wahrscheinlich ein Dissens annehmen, umso fortgeschrittener die Vorbereitungs- oder Erfüllungshandlungen sind.
- Der Fortfall eines Vertrages kann bei teilweiser Erfüllung unbefriedigend sein.
- Dritte können sich auf den Bestand des Vertrages verlassen haben und deshalb Schadensersatzansprüche besitzen.
- Die Parteien können ein Interesse an der Fortführung des Vertrages haben, da bspw. ein Haus fertig gebaut werden soll.

b) Konsensstreit im Besonderen

Eine Partei macht geltend, der Vertrag sei aufgrund eines Dissenses nicht zustande gekommen. Dabei muss sich der Dissens auf die Hauptpunkte des Vertrages beziehen. Nebenpunkte können die Wirksamkeit eines Vertrages nicht verhindern. Im Konsensstreit geht es damit um die Auslegung der ausgetauschten Willenserklärungen.

Die Willenserklärung ist so auszulegen, wie sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses verstanden werden konnte. Man untersucht, wie der Erklärungsempfänger die Erklärung nach Treu und Glauben verstehen konnte und welche Nachfragepflichten bestehen. Anschliessend fragt man, wie ein Dritter die Erklärung unter denselben Umständen verstanden hätte.

Haben die Parteien noch nicht mit der Erfüllung des Vertrages begonnen, entstehen bei dessen Wegfall keine weiteren Probleme. Wurden jedoch bereits Aufwendungen getätigt oder der Vertrag erfüllt, muss für diese Zeit ein faktisches Vertragsverhältnis angenommen werden. Nach OR 107-109 ändert sich das faktische Vertragsverhältnis in ein Rückabwicklungsverhältnis. Die Parteien haben Anspruch auf Rückgabe der bereits geleisteten Leistungen bzw. auf Schadensersatz.

Die Annahme eines Dissenses soll die Ausnahme bleiben und wird nicht leichthin angenommen, wenn die Vorbereitungs- und Erfüllungsphase fortgeschritten ist.

c) Auslegungsstreit im Besonderen

- Überblick
Besteht ein gültiger Vertrag, ist dessen Inhalt zu klären durch Auslegung. Die reine Auslegung führt aber nicht immer zur Klärung der aufgeworfenen Rechtsfragen. Wurde ein spezifischer Punkt gar nicht geregelt, muss das Gericht den Vertrag ergänzen. Eine Anpassung des Vertrages muss erfolgen, wenn sich die Verhältnisse seit Vertragsschluss stark geändert haben.
- Subjektive und normative (objektive) Vertragsauslegung
 - 1) Anhand der Willenserklärungen ist zuerst der wirkliche Wille der Parteien zu ermitteln (subjektive Vertragsauslegung).
 - 2) Kann der tatsächliche Wille nicht ermittelt werden, ist festzustellen, was vernünftig und korrekt handelnde Parteien unter den gegebenen persönlichen Umständen gewollt haben würden. (normative

Vertragsauslegung). Die Ermittlung der mutmasslichen Parteiwillen bildet eine Rechtsfrage, welche in freier Kognition untersucht werden kann.

– Auslegungsmittel

Ziel von Auslegungsmitteln und -regeln ist es, die Interessen und das Vorverständnis der Parteien weit möglichst zurückzudrängen. Die Objektivierung der Vertragsauslegung führt zu einer besseren Überprüfbarkeit und Akzeptanz bei den Parteien.

Es wird festgestellt, woran eine Auslegung geknüpft wird.

• Wortlaut

Der Wortlaut bildet das primäre Auslegungsmittel. Eine rein grammatikalische bzw. formalistische Auslegung ist jedoch unzulässig. Entscheidend ist der tatsächliche oder normativ ermittelte Wille der Parteien, welcher auch vom Wortlaut abweichen kann.

- Wortsinn: Es muss entschieden werden, ob der allgemeine Sprachgebrauch massgebend ist oder ob die Worte im Sinne einer Fachsprache zu verstehen sind. Dies ist vor allem problemhaft, wenn nur eine Partei aus dem Fachkreis stammt. In einem solchen Fall ist abzuklären, ob sich die Vertragspartei nach dem besonderen Sinn der Wörter erkundigen hätte müssen. Bei mehreren Sprachen ist zu entscheiden, ob eine massgebliche Vertragssprache vereinbart wurde. Komplexere Verträge verfügen oft über einen einleitenden Katalog von Wortdefinitionen, wobei diese Definitionen massgebend sind.
- Systematik: Die entsprechenden Worte und Satzteile müssen in die Gesamtsystematik des Vertrages eingebettet werden. Der Sinngehalt eines Wortes wird häufig durch seine Stellung im Vertrag bestimmt.

• Umstände

Der Verlauf der Vertragsverhandlungen, der Ort und Zeitpunkt des Vertragsschlusses, die Interessenlage und das Verhalten der Parteien muss analysiert werden. Zudem können vorbereitende Dokumente zur Auslegung herangezogen werden.

• Verkehrsauffassung

Die Verkehrssitte und -übung dient der Auslegung von unklaren Vertragsklauseln oder von im Vertrag nicht erwähnten Punkten und Fragestellungen. Dabei spielt das fachspezifische Vorverständnis der Parteien eine wichtige Rolle. Es kann meist angenommen werden, dass die Parteien nicht von der Verkehrsauffassung abweichen wollen.

– Auslegungsregeln

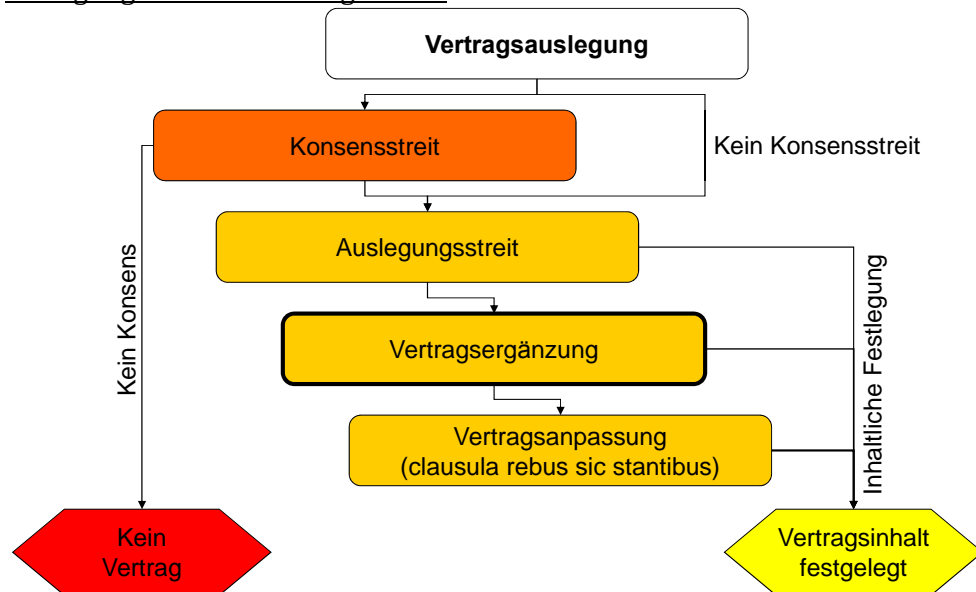
Mit Auslegungsregeln werden Argumentationslinien vorgezeichnet, wie die Auslegungsmittel auszulegen sind. Die Auslegungsregeln dürfen jedoch nicht rein mechanisch angewandt werden.

- Zeitpunkt des Vertragsschlusses, ex tunc: Es ist immer auf den Zeitpunkt des Zustandekommens des Vertrages abzustellen, auch wenn das Gericht die nachfolgende Entwicklung des Vertragsverhältnisses kennt.
- Treu & Glauben: Ein Vertragsverhältnis gründet immer auf einem gewissen Vertrauensverhältnis. Die einzelnen Willenserklärungen sind daher nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Ein ungerechter Vertrag kann jedoch nicht über die Vertragsauslegung korrigiert werden.
- Keine formalistische Auslegung: Man darf sich nicht auf Formalitäten beschränken, sondern hat den Geist des Vertrages zu erfassen.
- Vertraglicher Gesamtkontext: Die Parteien können unter Umständen einen zu engen oder zu breiten Wortlaut verwendet haben. Der Gesamtzusammenhang ist immer zu beachten und die einzelnen Bestimmungen müssen nach ihrem konkreten Sinngefüge beurteilt werden.

Der Vertragszweck kann aus Präambeln, aus der Systematik des Vertrages, den verwendeten Begriffen und der Schwerpunktsetzung ermittelt werden.

- Zwingendes & dispositives Recht: Der Vertrag darf nicht gegen zwingende Bestimmungen verstossen. Das dispositive Recht bildet eine Art Leitlinie, wobei die Partei, welche davon abweichen möchte, dies mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen muss.
- Auslegungsregeln der Parteien: Die Vertragsparteien können die Auslegung selbst einschränken, indem sie gewisse Begriffe definieren oder regeln, wie Widersprüche zwischen einzelnen Vertragsbestandteilen zu lösen sind. Ausgeschlossen ist die vertragliche Ausschliessung von Auslegungsmitteln und -regeln ausserhalb des Wortlauts, Vereinbarungen, welche die Auslegungshoheit einer Vertragspartei überlassen oder eine Rangordnung von Auslegungsmitteln und -regeln.

– Auslegung über den Vertrag hinaus



• Vertragsergänzung:

Der Vertrag ist lückenhaft und muss deshalb ergänzt werden. Der mutmassliche Parteiwillen muss auf dem Vertrag und den gesamten Umständen hergeleitet werden und es muss verbindlich festgelegt werden, was zwischen den Vertragsparteien gelten soll. Dabei unterliegt das Gericht einem Entscheidungszwang.

Die wichtigste Leitlinie bildet das dispositive Gesetzesrecht. Es ist zu klären, ob eine dispositive Norm zur Anwendung gelangt oder der Vertrag davon abweichen wollte. Die Anwendung der dispositiven Normen ist selbstverständlich, wenn diese Normen unmittelbar auf das Vertragsverhältnis Anwendung finden. Es gilt die Vermutung, dass das dispositive Recht einen ausgewogenen Interessenausgleich zwischen den Parteien darstellt. Bei der Prüfung der Anwendbarkeit von dispositiven Regeln ist der hypothetische Vertragswille massgebend.

Enthält das dispositive Recht jedoch keine einschlägige Regel, hat das Gericht die Lücke durch eine selbst zu schaffende Regel zu füllen. Auch hier bildet der hypothetische Wille der Parteien die Leitlinie. Es geht also um eine Fortentwicklung des Vertrags im Sinne der in ihm angelegten Strukturen und Ideen und um eine Realisierung der hinter diesem Vertrag stehenden Zielsetzung.

In gewissen Ausnahmefällen hat das Gericht den Vertrag mit einer generellen Regel zu ergänzen. Diese Pflicht liegt nach ZGB 1 II vor allem vor, wenn sich Vertragstypen herausgebildet haben, welche Grundfragen modellhaft auf die

gleiche Art und Weise regeln. Damit entstehen Innominatkontrakte, die als standardisierte Vertragsergänzung (mittelbare Vertragsergänzung) dienen. Es bestehen jedoch gewisse Grenzen der Vertragsauslegung.

- 1) So darf ein Vertrag nicht ohne nachvollziehbare Gründe gegen unmittelbar anwendbares dispositives Recht ausgelegt werden.
- 2) Die Ergänzung darf sich zudem nicht auf einen objektiv wesentlichen Vertragspunkt beziehen, da ansonsten gar kein Konsens vorliegen würde und der Vertrag daher nicht zustande gekommen wäre.
- 3) Zudem muss aber auch ein scheinbar nicht zustande gekommener Vertrag ergänzt werden, solange die Parteien keinen Konsensstreit führen. Es muss also vom Bestand des Vertrags ausgegangen werden.
- 4) Die Vertragsergänzung bei Dauerschuldverhältnissen kann sich nur auf die Vergangenheit beziehen. Einigen sich die Parteien nicht für die Zukunft, ist von einem Dissens auszugehen.
- 5) Es ist zu prüfen, ob Formvorschriften verletzt wurden.

- Vertragsanpassung (clausula rebus sic stantibus):

Die Verhältnisse seit dem Vertragsabschluss haben sich dermassen verändert, dass eine Anpassung unumgänglich erscheint. Der Vertrag an sich ist jedoch weder auslegungsbedürftig noch lückenhaft.

Die Vertragsanpassung ist ein sehr einschneidendes Instrument, aber im Vergleich zur Vertragsauflösung das mildere. Es liegt in der Natur der Sache, dass eine Partei von den veränderten Umständen profitiert und die andere nicht. Die Voraussetzungen der Anpassung eines Vertrages an veränderte Umstände sind deshalb sehr hoch anzusetzen.

Es ist jedoch nicht ganz geklärt, auf welche Rechtsgrundlage sich die Vertragsanpassung stützen kann. Es bestehen 2 Theorien.

- Lückenfüllungstheorie: Ein Teil der Lehre vertritt die Auffassung, dass die Vertragsanpassung nur nötig sei, weil es die Parteien unterlassen haben, die Umstände selbst zu regeln. Deshalb stelle die Vertragsanpassung eine Unterkategorie der Vertragsergänzung dar. Aus der Lückenfüllungstheorie ergeben sich die Anhaltspunkte, wie die Vertragsanpassung inhaltlich vorgenommen werden soll.
- Rechtsmissbrauchsgedanken: Ein anderer Teil der Lehre meint jedoch, die Vertragsanpassung lasse sich durch den Grundsatz von Treu und Glauben und durch die Rechtsmissbrauchstheorie rechtfertigen. Aus dem Rechtsmissbrauchsgedanken sind die Voraussetzungen abzuleiten, wann überhaupt eine Vertragsergänzung vorgenommen werden kann.

Für die Vertragsanpassung müssen 2 Voraussetzungen erfüllt sein:

- 1) Fehlende Voraussehbarkeit: Die Veränderung der Umstände darf für die Partei nicht voraussehbar gewesen sein.
- 2) Äquivalenzstörung zwischen den Austauschleistungen des Vertrags: Die Veränderung der Umstände muss zu einer gravierenden Äquivalenzstörung führen.

Sind die Voraussetzungen erfüllt, kann der Vertrag aufgelöst werden, die Dauer des Vertrages kann verkürzt oder verlängert werden oder aber der Vertrag kann inhaltlich angepasst werden. Die Rechtsfolgen müssen dabei in Einklang mit dem hypothetischen Vertragswillen stehen.

- Auswirkungen auf formbedürftige Verträge

Auch bei formbedürftigen Verträgen kann eine Vertragsauslegung, -ergänzung und -anpassung notwendig sein. Ist ein Vertrag jedoch formungültig (OR 11 II), ist jede Vertragsergänzung ausgeschlossen.

Das Gericht hat den Vertrag in einem ersten Schritt auszulegen, zu ergänzen oder anzupassen. Erst danach stellt sich die Frage, ob dieses Ergebnis den Formvorschriften noch genügt. Dabei wird ein grosszügiger Massstab angewendet. OR 11 und 12 greifen grundsätzlich nur bei Abschluss und

Änderung durch die Parteien und deshalb nicht bei der Vertragsauslegung, -ergänzung oder -anpassung durch das Gericht.

B) Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

1.) Überblick

Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen vor, wenn die Vertragsbedingungen

- für eine Vielzahl von Verträgen geschaffen sind,
- von einer Partei vorformuliert sind, und
- der anderen Partei einseitig gestellt worden sind.

Der Bedarf nach solcher standardisierter Vertragsgestaltung wuchs mit der industriellen Revolution und der Produktion von Massengütern. Das Vertragswesen soll rationalisiert werden. Mit den AGBs können Geschäftsbeziehungen vereinfacht werden, weil der Abschluss und Handhabung vieler Rechtsbeziehungen durch eine Standardisierung vereinfacht werden kann.

Mit den AGB kann eine Vertragspartei

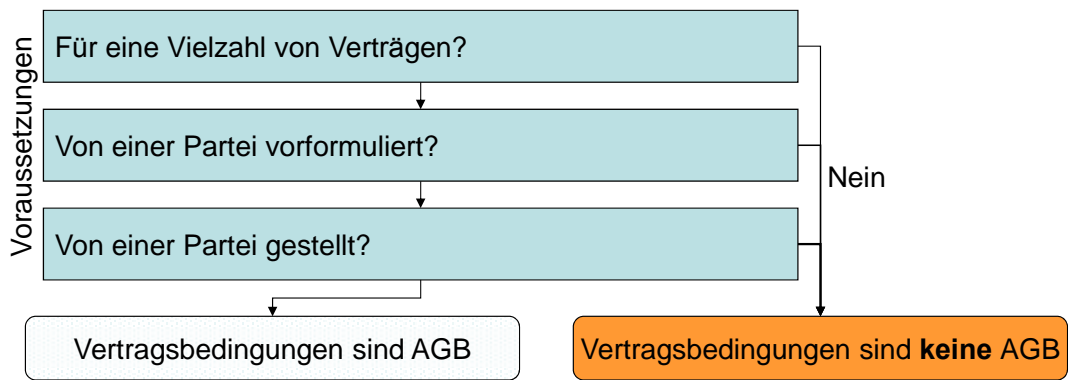
- ihre Geschäftsbeziehung rationalisieren;
- ihre Vertragsbeziehungen umfassend und nach ihren Interessen regeln;
- ihre Interessen durchsetzen und Risiken auf Vertragspartner abwälzen.

Dies kann sich vor allem dann zulasten der Vertragspartei auswirken, wenn zwischen den Parteien ein Macht- und/oder Informationsungleichgewicht besteht. Der Verwender kann seine Interessen dann über die AGB unwidersprochen durchsetzen. Dieses Marktungleichgewicht zeigt sich darin, dass der Verwender auf den Vertragsabschluss verzichtet, wenn die Gegenpartei die AGB nicht akzeptiert.

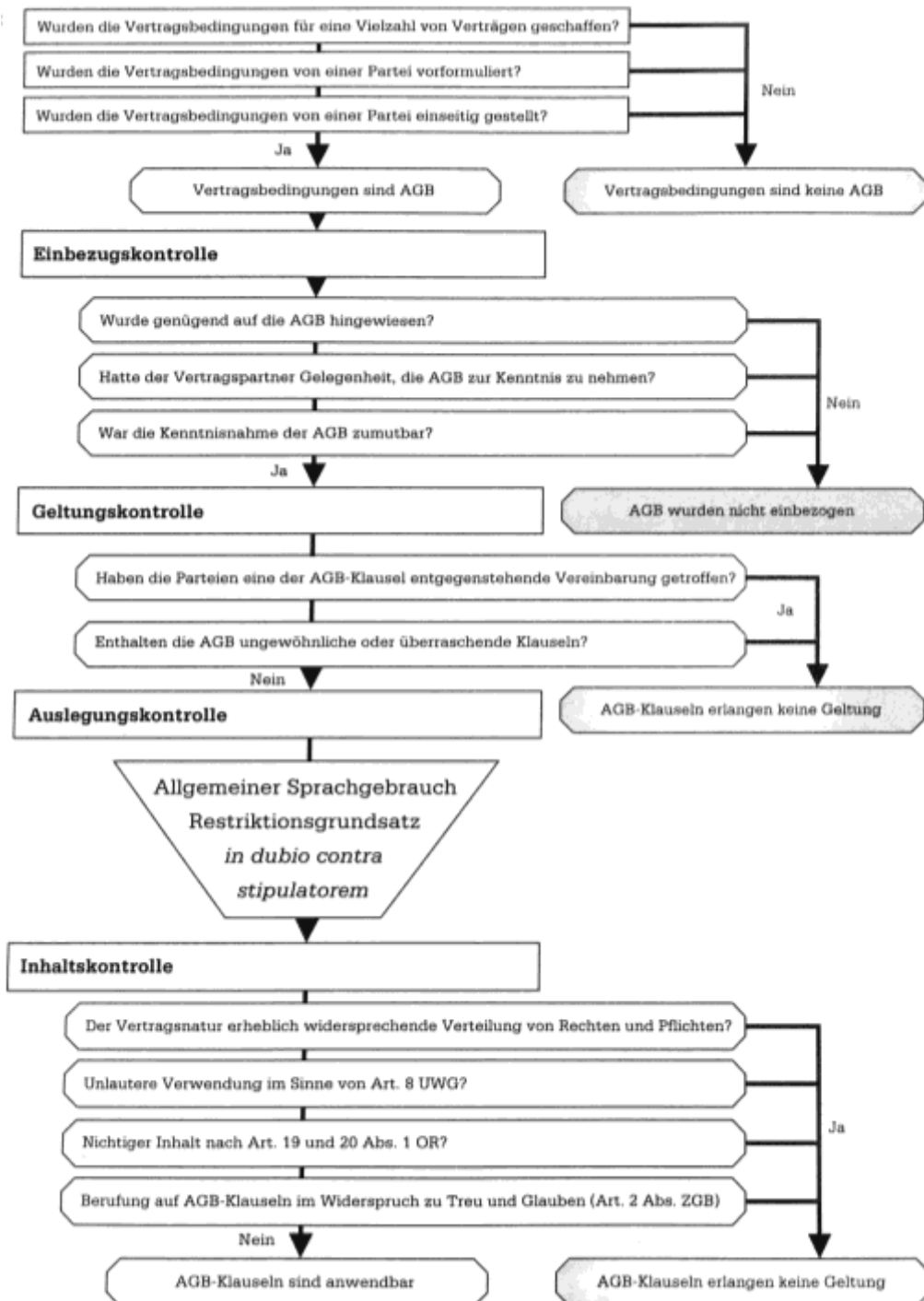
Da AGBs nur von einer Partei vorbereitet werden und bei Verhandlungen nicht zur Disposition stehen, sind sie anders als Verträge auszulegen. In vielen europäischen Staaten wurden deshalb Sondernormen erlassen. Die Schweiz verfügt hingegen nicht über eine eigenständige AGB-Gesetzgebung. UWG 8 beschäftigt sich mit den AGB aber weicht dabei vom europäischen Standard ab.

2.) Die einzelnen Begriffselemente der AGB

- Form
In der Regel sind die AGB schriftlich, ihre Form ist jedoch nicht entscheidend.
- Vielzahl von Verträgen
Sie dürfen nicht lediglich für einen einzigen konkreten Vertrag ausgearbeitet sein. Sie müssen jedoch noch nicht für eine Vielzahl von Verträgen Anwendung gefunden haben. Entscheidend ist bloss der Wille des Verwenders, diese Bestimmungen in mehreren Vertragsbeziehungen einzusetzen.
- Vorformuliert
Die Bedingungen können vom Verwender selbst oder aber von einem Dritten vorformuliert worden sein. Interessenverbände stellen oft vorgefertigte Verträge zur Verfügung oder Konzernmütter vereinheitlichen Bedingungen auch für ihre Tochtergesellschaften.
- Einseitig gestellt
Die AGB wurden nicht im Einzelnen ausgehandelt. Die Vertragspartei wird vor vollendete Tatsachen gestellt und hat keine Möglichkeit, den Vertragsinhalt abzuändern. Dieses Kriterium ist auch dann erfüllt, wenn der Vertragspartner in einem Formular zwischen Spezifikationen der Vertragsleistung wählen konnte.



3.) Überprüfung der AGB in vier Stufen



a) Einbezug der AGB in das Vertragsverhältnis

Es ist zu klären, ob die Parteien die Anwendung der AGB vereinbart haben. Bei einer Abweichung vom ordentlichen Gerichtsstand muss der Vertragspartner ausdrücklich, durch eine auffällig gestaltete grafische Darstellung in den AGB, darauf aufmerksam gemacht werden.

Die Einbezugskontrolle ist das sanfteste Mittel der Controller, da sie unmittelbar an den Konsens und damit an OR 1 anknüpft.

Das Kriterium der Kenntnisnahme ist flexibel ausgestaltet und hängt davon ab, wie rechtskundig die Gegenpartei ist. Die Anforderungen sind im kaufmännischen Verkehr geringer anzusetzen als im Verkehr mit Konsumenten.

Es gibt mehrere Kriterien für die Beurteilung des Einbezugs:

– Wurde der Vertragspartner auf die AGB hingewiesen?

Es kann notwendig sein, dass der Verwender ausdrücklich auf die AGB verweist. Je nach Umständen kann aber auch ein schriftlicher Hinweis auf der Vorderseite genügen, dass die AGB rückseitig abgedruckt sind.

– Hatte der Vertragspartner vor Vertragsschluss die Möglichkeit, die AGB zur Kenntnis zu nehmen?

Diesem Kriterium werden AGB nicht gerecht, die auf Rechnungen oder Quittungen abgedruckt sind. In solchen Fällen ist jedoch zu prüfen, ob der Vertragspartner diesen Bedingungen durch Schweigen zugestimmt hat (siehe OR 6). Eine Ausnahme dieses Grundsatzes ist anzunehmen, wenn die Kenntnisnahme der AGB unmöglich war.

Bsp.: Bei der Einfahrt in ein Parkhaus können die Nutzungsbestimmungen nicht gelesen werden.

– War die Kenntnisnahme der AGB für den Vertragspartner zumutbar?

Die Zumutbarkeit hängt von der Verfügbarkeit, der drucktechnischen Gestaltung oder der örtlichen Gestaltung ab. Nicht entscheidend ist jedoch, ob die Bestimmungen tatsächlich zur Kenntnis genommen wurden, die bloße Möglichkeit dazu genügt.

Die genannten Kriterien sind insbesondere im Bereich des E-Commerce nur mit besonderen technischen Vorrichtungen einzuhalten. Der Internetnutzer muss die AGB ohne grossen Aufwand zur Kenntnis nehmen, die AGB und den Vertrag heruntergeladen und abspeichern können und der Vertragsschluss muss eine Warnung enthalten, dass man in diesem Augenblick den Vertrag schliessen wird.

Möchten beide Vertragsparteien ihre AGB einbeziehen, können sich diese Klauseln widersprechen, wodurch ein battle of forms entsteht. Die Vertreter der "Theorie des letzten Wortes" wollen die zuletzt angerufene AGB gelten lassen. Der überwiegende Teil der Lehre verneint jedoch einen Konsens in den widersprüchlichen Teilen, womit die Lücken geschlossen werden müssen.

b) Geltungskontrolle / Ungewöhnlichkeitsregel

Es ist zu prüfen, ob die einzelnen Bestimmungen Geltung erlangen konnten.

– Individualvereinbarung

Die Geltung ist ausgeschlossen, wenn die Parteien eine abweichende Vereinbarung getroffen haben. Eine solche abweichende Vereinbarung geht der AGB-Klausel vor.

– Ungewöhnlichkeitsregel

Es kann geltend gemacht werden, dass eine Einzelbestimmung der AGB so ungewöhnlich und überraschend ist, dass der vernünftige Vertragspartner nicht damit rechnen musste. Die AGB-Klausel bleibt unverbindlich, wenn der AGB-Empfänger nicht mit dieser Klausel rechnen musste. Die Ungewöhnlichkeitsregel entwickelte sich aus dem Vertrauensprinzip. Aussergewöhnliche Klauseln kommen nur zur Anwendung, wenn die erfahrenere Vertragspartei die schwächere Partei ausdrücklich darauf hinweist. Es ist objektiv zu analysieren,

inwiefern die Klausel eine wesentliche Änderung des vertragstypischen Inhalts bewirkt. Kommt es zu keiner wesentlichen Änderung, greift die Ungewöhnlichkeitsregel nicht.

c) Auslegungskontrolle

Die AGB sind nach den allgemeinen Grundsätzen auszulegen, wobei jedoch einige AGB-Besonderheiten zu beachten sind. Dabei haben sich 3 Auslegungsgrundsätze etabliert:

- Branchentypisch: Die AGB-Klausel ist nach dem allgemeinen Sprachgebrauch auszulegen. Dieser wird aber nicht nach dem Empfängerhorizont definiert, sondern durch das Verständnis eines branchentypischen Vertragspartners.
- Restriktionsgrundsatz: Das Gericht hat sich am dispositiven Recht zu orientieren, wobei der AGB-Empfänger nicht schlechter gestellt werden darf im Vergleich zum dispositiven Recht.
- in dupio contra stipulatorem: Bei Zweifeln ist diejenige Auslegungsvariante zu wählen, die den AGB-Empfänger besserstellt.

Unter der Anwendung des Vertrauensprinzips wird der Klausel ein spezifischer Inhalt zugerechnet, was eine weitere inhaltliche Gestaltung des Vertrags darstellt.

d) Inhaltskontrolle

Viel Zurückhaltung ist bei der direkten inhaltlichen Kontrolle der AGB geboten. Je stärker das Markt- und Informationsungleichgewicht zwischen den Parteien ist, desto grösser ist die Gefahr, dass der Verwender die vertraglichen Risiken auf den Vertragspartner abwälzt und die AGB somit missbraucht.

- Richtlinie 93/13/EWG
In einer Negativliste werden exemplarische Klauseln angeführt, welche typischerweise einen Vertragspartner ungebührlich bevorzugen. Zudem werden typische Merkmale angeführt, bei deren Vorliegen von einer Ausnutzung einer Ungleichgewichtslage ausgegangen werden kann. Die Richtlinie gilt für alle EU-Mitgliedsstaaten.
- Rechtslage in der Schweiz
Gemäss OR 20 dürfen AGB-Klauseln nicht zwingendem Recht widersprechen. Eine weitergehende inhaltliche Kontrolle wird aber mehrheitlich abgelehnt. Die Inhaltskontrolle wird versteckt aber auch in der Schweiz praktiziert. Einerseits durch eine weite Auslegung der Ungewöhnlichkeitsregel, andererseits durch den UWG 8.
- UWG 8
AGB-Klauseln sind unlauter, wenn sie in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen. In der Revision wurde das dispositive Recht zwar als Referenzrahmen gestrichen, die Gerichte werden sich jedoch wohl weiterhin daran orientieren.
- Kritik
Die Schweiz hat versäumt, sich an dem dogmatisch durchdrungenen und sich durch eine ausgefeilte Rechtsprechung auszeichnenden europäischen Standard zu orientieren.

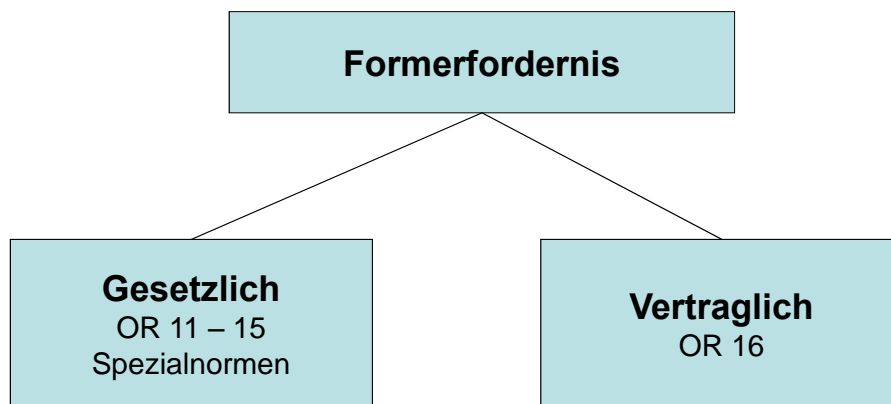
5 - Gültigkeitsvoraussetzungen (Form und Inhalt) - Übervorteilung

A) Form des Vertrages

1.) Grundsatz der Formfreiheit

Der Wille zum Vertragsabschluss kann ausdrücklich geschrieben oder gesprochen werden, oder aber konkludent geäußert werden, indem sich der Wille aus dem Verhalten der Person ergibt. Die Willenserklärung kann auch durch blosses Schweigen abgegeben werden.

Gemäss OR 11 I besteht der Grundsatz der Formfreiheit. Eine Formvorschrift kann sich jedoch aus Gesetz ergeben oder die Parteien haben eine solche vorbehalten (OR 16).



2.) Gesetzliche Formvorschriften

a) Allgemeines

- Zession im OR AT
Im OR AT ist bloss die Abtretung (Zession) formbedürftig. Für das Verfügungsgeschäft ist nach OR 165 die einfache Schriftlichkeit gefordert. Das Verpflichtungsgeschäft ist hingegen formfrei gültig.
- Bestimmungen des OR AT und Spezialgesetze
 - Grundstückkauf (OR 216)
 - Schenkungsversprechen (OR 243 I und II)
 - Handelsreisendenvertrag (OR 347a I)
 - Konsumkreditgeschäft (KKG 8)
- Nachträgliche Änderungen
Nachträgliche Änderungen benötigen nach OR 12 dieselbe Form, wie für den betreffenden Vertrag vorgeschrieben ist.
- Vorvertrag
Gemäss OR 22 II muss der Vorvertrag dieselbe Form haben wie der Hauptvertrag, wenn die Form zum Schutz der Vertragsabschliessenden vorgeschrieben ist.

b) Zweck der besonderen Formvorschrift

- Sicherungsfunktion
Die Form dient als Beweismittel für Abschluss und Inhalt eines Rechtsgeschäfts. Die Form dient damit der Rechtssicherheit.

- Warnfunktion
Parteien sollen vor einem übereilten Handeln bzw. vor eigener Unachtsamkeit und Sorglosigkeit geschützt werden.
- Klarstellungsfunktion
Besitzt der Vertrag qualifizierte Wirkung, trägt die Form zur Klarstellung der Rechtsverhältnisse bei. Der Vertrag kann bspw. Grundlage für die Eintragung in einem Register sein, welchem nach ZGB 9 verstärkte Beweiskraft zukommt.
- Präzisierungsfunktion
Die Parteien schliessen durch die Formvorschrift den Vertragsinhalt präziser ab.

3.) Arten gesetzlicher Formvorschriften

a) Einfache Schriftlichkeit – OR 13-15

- Allgemeines
Die Willenserklärung muss in Schriftform abgegeben werden und vom Erklärenden unterzeichnet werden. Die einfache Schriftlichkeit ist die schwächste der gesetzlich vorgesehenen Formvorschriften. Ihr kommt vor allem Sicherungsfunktion und Warnfunktion zu.
- Erklärung in Schriftform
Die Willenserklärung muss in Schriftzeichen auf einem körperlichen Gegenstand dauerhaft aufgezeichnet werden. Dabei ist jedoch keine Handschriftlichkeit erforderlich. Ein Ton- oder Datenträger erfüllt hingegen die Voraussetzung der Dauerhaftigkeit nicht, da sie ohne weiteres abgeändert werden können. Die Anforderungen der Schriftlichkeit muss nur erfüllen, wer sich verpflichtet. Die Annahme eines einseitig verpflichtenden Rechtsgeschäfts ist formfrei. Verpflichten sich mehr als eine Partei, ist nicht erforderlich, dass die Willenserklärungen auf dem gleichen Schriftstück erfolgen müssen. Es muss jedoch ersichtlich sein, dass sie sich auf denselben Vertragsschluss beziehen.
- Unterzeichnung
Die Unterzeichnung dient der Identifikation der Person des Erklärenden, welcher durch seine Signatur auch die Anerkennung des Inhalts und seinen Bindungswillen ausdrückt.
Nach OR 13 ff. genügt die Angabe des vollen Namens.
Die Unterzeichnung mit blossem Vor- oder Nachnamen oder mit Abkürzungen ist nur zulässig, wenn die Person eindeutig identifiziert werden kann.
Die Unterschrift muss nicht lesbar sein, aber es müssen mindestens einzelne Buchstaben erkennbar sein.
Anstelle der verpflichtenden Person kann auch ein Vertreter unterschreiben. Das Vertretungsverhältnis muss jedoch klar zum Ausdruck kommen, bspw. durch die Abkürzung „i.A.“ (Im Auftrag) oder „ppa.“ (per procura).
Die Unterschrift muss eigenhändig geschrieben werden. Mechanische oder technische Nachbildungen genügen nicht. Es bestehen jedoch Ausnahmen vom Prinzip der Eigenhändigkeit:
 - Eine mechanische Nachbildung (bspw. Stempel) ist nach OR 14 II zulässig, wenn dies verkehrsmässig ist.
 - Die qualifizierte elektronische Signatur ist gemäss OR 14 II bis der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt. Die elektronische Signatur erlaubt, sowohl die Herkunft eines elektronischen Dokuments zu ermitteln (Authentizität), sowie auch sicherzustellen, dass dieses unverändert geblieben ist (Integrität). Näher geregelt wird die elektronische Signatur im ZertES.
 - Die Unterschrift eines Blinden ist gemäss OR 14 III nur wirksam, wenn sie amtlich beglaubigt ist oder nachgewiesen wird, dass der Blinde den Urkundeninhalt kannte.

- Kann jemand nicht schreiben, ist nach OR 15 anstelle der Unterschrift ein beglaubigtes Handzeichen oder eine öffentliche Beurkundung gestattet. Der Telefax genügt dem Erfordernis der Schriftlichkeit, wenn er die Unterschrift desjenigen trägt, der sich verpflichtet. Eine E-Mail genügt den Formerfordernissen der eigenhändigen Unterschrift nur dann, wenn die Anforderungen der qualifizierten elektronischen Signatur erfüllt sind. Gleiches gilt für andere elektronische Messaging Services.

b) Qualifizierte Schriftlichkeit

Die einfache Schriftlichkeit wird mit zusätzlichen Anforderungen ergänzt. Bspw. wird eine vollständige Eigenhändigkeit gefordert (beim Testament, OR 505 I), oder bestimmte Vertragselemente müssen eigenhändig verfasst werden (OR 493 II) oder die Urkunde muss bestimmte Angaben enthalten (KKG 9 ff.).

c) Öffentliche Beurkundung

Eine Urkundsperson bestätigt, dass eine Erklärung oder eine Tatsache von einer bestimmten Person abgegeben worden ist. Die öffentliche Beurkundung ist „die Aufzeichnung rechtserheblicher Tatsachen oder rechtsgeschäftlicher Erklärungen durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betraute Person, in der vom Staat geforderten Form und in dem dafür vorgesehenen Verfahren“.

Rechtsgeschäfte, welche Grundlage für eine Eintragung in einem öffentlichen Register bilden, müssen in der Regel öffentlich beurkundet werden. Zudem wird die Form der öffentlichen Beurkundung bei risikoanfälligen Rechtsgeschäften vorgesehen.

Das Verfahren der öffentlichen Beurkundung wird durch die Kantone geregelt (SchlT ZGB 55 I). Sie sind der Ausgestaltung grundsätzlich frei, dürfen jedoch die bundesrechtlichen Mindestanforderungen nicht unterschreiten.

Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung sind:

- Äusserungen der Parteien müssen wahrheitsgetreu und vollständig festgehalten werden
 - Parteien müssen den Text persönlich zur Kenntnis bringen
 - Der Text muss durch die Parteien genehmigt werden
 - Die Urkunde muss mit Angabe von Ort und Datum versehen, unterschrieben und gesiegelt werden.
- ≠ Mit der amtlichen Beglaubigung wird bestätigt, dass die Unterschrift von einer bestimmten Person stammt. Es wird jedoch keine Aussage gemacht, ob der Unterzeichnende den Text der Urkunde kennt.

4.) Umfang des Formzwangs

In bestimmten Fällen umschreibt das Gesetz selbst die formbedürftigen Teile eines Rechtsgeschäfts. In den meisten Fällen werden die formbedürftigen Teile jedoch nicht vom Gesetz umschrieben.

Dem Formzwang unterliegen die objektiv wesentlichen Vertragspunkte. Dies sind grundsätzlich die Parteien, die Kaufsache und der Kaufpreis. Subjektiv wesentliche Vertragspunkte sind nur dann zu beurkunden, wenn sie vertragstypisch sind. Wird hingegen durch die betreffende Leistung das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung nicht berührt, entfällt die Beurkundungspflicht.

5.) Rechtsfolgen eines Formmangels

a) Nichtigkeit

Ein Formmangel führt gemäss der Gültigkeitsvorschrift von OR 11 II zur Mangelhaftigkeit und damit Nichtigkeit des Vertrages.

Ein Teil der Lehre möchte jedoch Teilnichtigkeit in Analogie zu OR 20 II annehmen, wenn nur einzelne Bestimmungen dem Formerfordernis nicht genügen. Dies soll jedoch nur gelten, wenn anzunehmen ist, dass die Parteien den Vertrag auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen hätten. Nach der restlichen Lehre und Rechtsprechung ist ein Vertrag jedoch immer insgesamt ungültig und deshalb absolut nichtig.

Bei Dauerschuldverhältnissen wird die Nichtigkeit auf die Zukunft beschränkt, der Vertrag wird daher ex nunc aufgehoben. Dies hat zur Folge, dass die Parteien nicht mehr an den Vertrag gebunden sind. Vertragsleistungen, die bereits erbracht wurden, müssen jedoch nicht zurückerstattet werden.

Die Nichtigkeit ist vom Gericht von Amtes wegen zu berücksichtigen. Auch am Vertrag nicht beteiligte Personen können die Nichtigkeit geltend machen, sofern sie ein eigenes Rechtsschutzinteresse haben.

b) Verbot des Rechtsmissbrauchs

Die Folge der absoluten Nichtigkeit wird durch das Rechtsmissbrauchsverbot (ZGB 2 II) stark eingeschränkt. Eine Berufung auf den Formmangel ist rechtsmissbräuchlich, wenn dies gegen das Prinzip von Treu und Glauben verstößt. Der Vertrag wird in Folge so behandelt, als ob er gültig wäre.

Die Berufung auf den Formmangel ist vor allem dann rechtsmissbräuchlich, wenn beide Parteien den Vertrag freiwillig und irrtumsfrei sowie in Kenntnis des Formmangels und seiner Folgen vollständig erfüllt haben. Hauptanwendungsfall ist der Grundstückskauf mit Schwarzzahlung. Das simulierte Geschäft wäre mangels wirklichem Willen nach OR 18 unwirksam, das dissimulierte Rechtsgeschäft wäre zufolge Formmangels nichtig (OR 216 I).

Es kann auch rechtsmissbräuchlich sein, sich auf den Formmangel zu berufen, wenn die Parteien den Vertrag zur Hauptsache erfüllt haben.

c) Konversion

Die Konversion ist nicht gesetzlich verankert, aber von Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich anerkannt.

Das formungültige Rechtsgeschäft wird in ein Ersatzgeschäft mit ähnlichem Zweck umgedeutet, bei welchem die Form gewahrt ist. Dafür ist vorausgesetzt, dass die Parteien das Ersatzgeschäft auch bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt hätten. Zudem muss das Ersatzgeschäft inhaltlich im formungültigen Geschäft enthalten sein. Das Ersatzgeschäft braucht einen inhaltlich deckungsgleichen Zweck und Erfolg wie das nichtige Geschäft.

d) Rückabwicklung bei Formungültigkeit

Sind Formvorschriften verletzt, liegt kein Rechtsmissbrauch vor und kommt eine Konversion nicht in Betracht, wird der Vertrag rückabgewickelt. Die Rückabwicklung erfolgt gleich wie beim Vertrag, der aufgrund OR 20 nichtig ist.

e) Haftung bei Formungültigkeit

Eine Schadensersatzklage kann nach den Regeln der *culpa in contrahendo* geltend gemacht werden.

6.) Vertraglich vereinbarte Form

a) Allgemeines

Neben gesetzlichen Formvorschriften können die Parteien nach OR 16 I auch selbst vereinbaren, den an sich formfrei gültigen Vertrag einer bestimmten Form zu unterstellen. Die gesetzlichen Formvorschriften müssen aber mindestens eingehalten werden. Sie können aber verstärkt oder ergänzt werden.

Die Abrede des Formvorbehalts ist Vertragsbestandteil. Die Parteien müssen sich über diesen Punkt deshalb bei Vertragsschluss einig sein (OR 1 I). Eine nachträgliche vereinbarte Formerfordernis tangiert die Wirksamkeit des Vertrages nicht.

b) Zwei Vermutungen in OR 16

- Vermutung der Gültigkeitsform (OR 16 I)
Es wird davon ausgegangen, dass die Parteien, die einen Formvorbehalt vereinbaren, nicht gebunden sein wollen, bevor der Vertrag in der entsprechenden Form abgeschlossen wird. Der Vertrag wird damit erst wirksam, wenn er der vereinbarten Form entspricht.
- Vermutung der einfachen Schriftlichkeit (OR 16 II)
Vereinbaren die Partei die schriftliche Form, wird angenommen, dass die einfache Schriftlichkeit gemäss OR 13-15 vereinbart wurde.

c) Änderung und Aufhebung der vertraglich vorbehaltenen Form

Die Formabrede kann von den Parteien jederzeit formfrei geändert oder aufgehoben werden, da OR 12 nur für gesetzliche Formvorschriften gilt.

B) Schranken der Inhaltsfreiheit (OR 19 und 20)

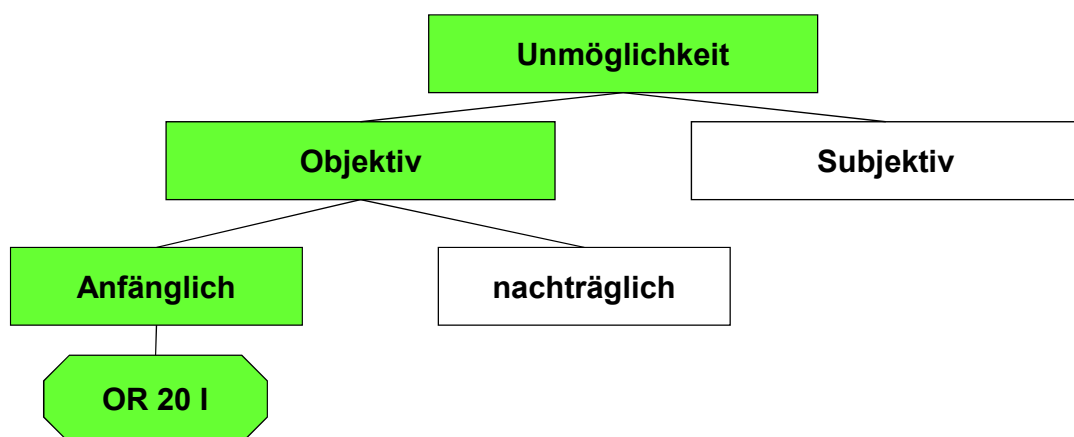
1.) Grundsatz

Die Inhaltsfreiheit von OR 19 I besteht nur innerhalb der Schranken des Gesetzes. Es bestehen folgende Kriterien für die Inhaltskontrolle:

- OR 19 II: Unabänderliche Vorschriften, öffentliche Ordnung, gute Sitten und das Persönlichkeitsrecht (ZGB 27).
- OR 20 I: Unmöglichkeit der Leistung, Widerrechtlichkeit und gute Sitten.
- OR 27 II

Ein Vertrag ist nichtig, wenn dessen Inhalt unmöglich oder widerrechtlich ist oder wenn er gegen die guten Sitten verstösst. Es ist widerrechtlich, wenn er von zwingenden Vorschriften abweicht oder gegen die öffentliche Ordnung verstösst. Der Vertrag ist sittenwidrig, wenn er gegen das Persönlichkeitsrecht verstösst.

2.) Unmöglichkeit



a) Arten der Unmöglichkeit

- Tatsächliche Unmöglichkeit
Eine Leistung kann aufgrund der Naturgesetze nicht (mehr) erbracht werden. Dies kommt vor allem bei Speziesschulden vor.
- Rechtliche Unmöglichkeit
Der Vertrag führt eine vom Gesetz nicht zugelassene Rechtsfolge herbei.
Bsp.: Vertrag auf Übertragung eines Wohnrechts

- Wirtschaftliche Unmöglichkeit
Nach Vertragsschluss ändern sich die Umstände derart, dass die Leistung sich für den Schuldner verteuert. Wirtschaftliche Unmöglichkeit wird jedoch erst angenommen, wenn es für den Schuldner unzumutbar ist, die Leistung zu erbringen, weil ein krasses Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung entstanden ist.
- Objektive Unmöglichkeit
Die versprochene Vertragsleistung kann von niemanden, weder vom Schuldner noch von einem Dritten, erbracht werden.
Bsp.: Verkauf einer Vase, welche zerstört wurde.
Bei höchstpersönlichen Leistungen wird auch objektive Unmöglichkeit angenommen, da keine andere Person den Vertrag an Stelle des bestimmten Schuldners erfüllen kann.
Bei absoluten Fixgeschäften führt bereits die nicht termingerechte Leistung zur objektiven Unmöglichkeit.
- Subjektive Unmöglichkeit
Die Leistung ist nur für den betroffenen Schuldner nicht mehr möglich.
Bsp.: Ein Doppelverkauf hat stattgefunden.

b) Geltungsbereich von OR 20 I

- Anfängliche objektive Unmöglichkeit
Die anfängliche subjektive Unmöglichkeit sowie die nachträgliche subjektive und objektive Unmöglichkeit werden nicht nach OR 20 I beurteilt, sondern nach anderen Bestimmungen.
Auf die anfängliche subjektive Unmöglichkeit sind die Regeln der Vertragsverletzungen nach OR 97 ff. anzuwenden, da ein rechtsgültiger Vertrag zustande kommt, wenn nur gerade der Schuldner die Leistung nicht erbringen kann. Die Rechtsfolgen bei der nachträglichen Unmöglichkeit richten sie bei fehlendem Verschulden nach OR 119 & bei gegebenem nach OR 97 ff.
- Ausnahmen vom Geltungsbereich von OR 20 I
Die anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit können in unterschiedlichen Rechtsfolgen enden, was zu stossenden Ergebnissen führen kann. Es ist oft zufällig, ob eine Unmöglichkeit vor oder nach Vertragsschluss eintritt. Deshalb wurden bestimmte Fälle vom Geltungsbereich von OR 20 I ausgeschlossen.
 - Wird bei Vertragsschluss eine nicht bestehende Forderung verkauft, haftet der Verkäufer nach OR 171 I und OR 173 I. Der Verkauf ist daher nicht gemäss OR 20 I nichtig, obwohl eine anfängliche objektive Unmöglichkeit vorliegt.
 - Sichert der Verkäufer dem Käufer bestimmte Produkteigenschaften zu, die das Produkt nicht hat, haftet er nach OR 197 ff.
 - Haftung für den Verkauf eines nichtigen Patents richtet sich nach OR 192 ff.
 - Die Nichtigkeit nach OR 20 tritt auch dann nicht ein, wenn eine Partei das Unmöglichkeitsrisiko vertraglich übernommen hat.

3.) Widerrechtlichkeit

a) Begriff der Widerrechtlichkeit

Widerrechtlichkeit nach OR 19 und 20 ist gegeben, wenn der Vertrag gegen zwingende Normen des Privatrechts oder der öffentlichen Ordnung verstösst. Eine widerrechtliche Vereinbarung kann nach Vertragsschluss, aber vor gerichtlicher Beurteilung durch eine Gesetzesänderung rechtmässig werden. In diesem Fall besteht die Nichtigkeit jedoch weiterhin und kann nicht nachträglich geheilt werden.

Ist der Vertrag im Augenblick des Vertragsabschlusses gültig, zum Zeitpunkt der richterlichen Beurteilung jedoch widerrechtlich, steht der Nichtigkeit das Rückwirkungsverbot entgegen. Eine Ausnahme ist gemäss SchlT ZGB 2 I bei Bestimmungen zu machen, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen erlassen wurden.

Ein Teil der Lehre sieht auch Verstösse gegen das Persönlichkeitsrechte als widerrechtlich an. Hier werden sie jedoch als Verstoss gegen die guten Sitten angesehen.

Ein Verstoss gegen ausländische Normen führt grundsätzlich nicht zur einer Widerrechtlichkeit, kann aber ein Grund sein, dass der Vertrag sittenwidrig ist. Der Begriff der Widerrechtlichkeit nach OR 19 und 20 ist von demjenigen im Deliktsrecht (OR 41 I) zu unterscheiden.

b) Zwingendes und teilzwingendes Privatrecht

Der zwingende Charakter einer Norm kann direkt durch den Gesetzeswortlaut zum Ausdruck kommen (bspw. OR 34 II, 100, 101, 314 III). Er kann sich aber auch aus Spezialnormen ergeben, die auf zwingende bzw. teilzwingende Normen verweisen. Von teilzwingenden Normen darf nur zugunsten der schutzbedürftigen Person abgewichen werden. Der zwingende Charakter kann sich zudem auch durch Auslegung ergeben. Weicht ein Vertrag von zwingendem oder teilzwingendem Recht ab, ist er widerrechtlich.

Die Gesetzesauslegung dient der wahren Erfassung des Gesetzesinhalts. Dabei stehen verschiedene Auslegungsmethoden zur Verfügung:

- sprachlich-grammatikalisch (Wortlaut und Wortsinn)
- teleologisch (Sinn und Zweck einer Norm)
- systematisch
- historisch (Absicht des historischen Gesetzgebers)

Es besteht ein Methodenpluralismus!

c) Normen der öffentlichen Ordnung

Verstösse gegen die öffentliche Ordnung können widerrechtlich sein. Die öffentliche Ordnung nach OR 19 II besteht aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften. Dazu gehören Verfassungs-, Straf-, Verwaltungs- und Prozessrecht, sowohl im Rahmen des Bundesrechts als auch im Rahmen des kantonalen Rechts.

d) Gründe

Es gibt verschiedene Gründe für die Widerrechtlichkeit:

- Vereinbarte Leistung oder Vertragsgegenstand ist widerrechtlich
Bsp.: Verkauf von Betäubungsmittel
- Vertragsabschluss ist widerrechtlich
Bsp.: Vereinbarung, auf den Widerruf der Vollmacht zu verzichten.
- Der mittelbare Vertragszweck ist widerrechtlich
Bsp.: Darlehen wird aufgenommen, um Rauschgiftgeschäft abzuwickeln.

Hingegen liegt KEINE Widerrechtlichkeit vor wenn:

- Nur die subjektive Beteiligung eines Vertragspartners verboten ist. Ein solcher Vertrag ist nur nichtig, sofern vom Gesetz vorgesehen oder durch Sinn und Zweck der Verbotsnorm gerechtfertigt.
Bsp.: Verkauf von Alkohol an einen Minderjährigen.
- Der Vertrag gegen ein Verbot verstösst, welches sich auf die äusseren Umstände des Vertragsschlusses richtet.
Bsp.: Kauf nach Ladenschluss, unerlaubte Sonntagsarbeit.
- Forderungsrechte Dritter verletzt werden. Allenfalls können solche Verträge sittenwidrig sein und Schadensersatzfolgen nach sich ziehen.
Bsp.: Doppelverkauf ein und derselben Sache.

e) Umgehungsgeschäft

Ein Umgehungsgeschäft liegt vor, wenn ein gesetzlich verbotener Erfolg auf scheinbar gesetzeskonformen Weg herbeigeführt wird. Das Rechtsgeschäft ist widerrechtlich, wenn es gegen Sinn und Zweck der Verbotsnorm verstösst.

4.) Sittenwidrigkeit und Verletzung der Persönlichkeit

a) Begriff der Sittenwidrigkeit

Ein Vertrag ist sittenwidrig, wenn er gegen soziale (moralisch-ethische) Werte verstösst, die nach allgemeiner gesellschaftlicher Auffassung der Vertragsfreiheit übergeordnet sind.

Dabei hängen die Werte von kulturellen Gegebenheiten ab und vom Wandel der Zeit.

Bsp.: Ein Konkubinatsvertrag galt bis vor kurzer Zeit noch als unsittlich.

In unserer pluralistischen Gesellschaft besteht jedoch eine Vielzahl von Anschauungen, deren Wertungsgesichtspunkte erheblich voneinander abweichen können. Die gesellschaftlichen sozialen Werte müssen sich deshalb aus der geltenden Rechtsordnung ergeben.

Bei der Beurteilung, ob ein Vertrag sittenwidrig ist, dürfen nicht nur einzelne Klauseln beurteilt werden. Die Sittenwidrigkeit kann sich auch erst aus der Verknüpfung mehrerer an sich nicht zu beanstandenden Klauseln ergeben oder mittelbar durch den Vertragszweck.

Es kann unterschieden werden zwischen Verträgen, die gegen das Persönlichkeitsrecht verstossen und solchen, die aufgrund ihrer Art sittenwidrig sind.

b) Persönlichkeitsverletzung nach ZGB 27

Eine persönlichkeitswidrige Vereinbarung ist gegeben, wenn sich eine Partei in einem höchstpersönlichen Bereich bindet, welcher keine rechtliche Verpflichtung zulässt, oder wenn die Bindung übermässig ist (OR 19 II, ZGB 27 II).

– Gegenstand der Bindung

Die Freiheit im höchstpersönlichen Bereich darf nicht durch Verträge beschränkt werden. Zum höchstpersönlichen Bereich gehören die physische Freiheit, die körperliche Integrität, die Intimsphäre sowie die gesellschaftlichen Freiräume der Persönlichkeit.

Bsp.: Verpflichtung, eine Ehe (nicht) einzugehen.

Bsp.: Versprechen, Blut zu spenden.

– Übermass der Bindung

Das Übermass der Bindung kann sich aus der Intensität, der Dauer, der Angemessenheit der Gegenleistung oder aus der Fremdbestimmtheit ergeben. Ewige Verträge (ohne Kündigungsmöglichkeiten) sind in der Regel persönlichkeitsverletzend, weil die persönliche Freiheit übermässig beeinträchtigt ist.

Bsp.: Übermässiges Konkurrenzverbot, wenn für mehr als 3 Jahre vereinbart.

Bei Konsumkreditverträgen ist die spezialgesetzliche Regelung in KKG 22 ff. zu beachten, wonach der Kreditgeber die Kreditfähigkeit des Schuldners zu überprüfen hat.

c) Arten der Sittenwidrigkeit

– Sittenwidrigkeit bei Verträgen im sexuellen Bereich

Die Prostitution ist nach traditioneller Auffassung sittenwidrig. Ein Vertrag zwischen der Prostituierten und dem Freier ist daher nach OR 20 nichtig und eine Vertragserfüllung deshalb nicht durchsetzbar. Rückforderungsansprüche sind nach OR 66 ausgeschlossen.

Nach moderner Auffassung ist der Prostitutionsvertrag jedoch nicht als sittenwidrig anzusehen. Löhne sollen eingeklagt werden können, wenn der Freier nicht bezahlt.

Nicht sittenwidrig ist eine auf Dauer ausgelegte eheähnliche Gemeinschaft lediger Partner sowie die eheähnliche Gemeinschaft gleichgeschlechtlicher Partner.

- Sittenwidrigkeit aufgrund Verstosses gegen die ethische Ordnung
 - Ein Vertrag verstösst gegen die ethische Ordnung und ist deshalb sittenwidrig. Bspw. bietet jemand bei einer Auktion mit, nur um den Preis in die Höhe zu treiben.
 - Das Versprechen, Schmiergeld zu bezahlen, ist ebenfalls sittenwidrig.
 - Verspricht jemand einem anderen, von einer an sich bestehenden rechtlichen Befugnis keinen Gebrauch zu machen, ist Sittenwidrigkeit anzunehmen, wenn er sich einen Vorteil zusichern lässt, der ihm rechtlich nicht zusteht.
- Offenbares Leistungsmissverhältnis

Verträge sind grundsätzlich auch zugelassen, wenn sie für eine Vertragspartei wirtschaftlich nachteilig sind. Dies gilt jedoch nicht grenzenlos: Es bestehen Schutzvorschriften für die schwächere Partei.

Inwieweit ein erhebliches Ungleichgewicht von Leistung und Gegenleistung auch zur Sittenwidrigkeit führen kann, ist umstritten. Grundsätzlich werden solche Problematiken von OR 21 erfasst. Ausnahmsweise wird Sittenwidrigkeit nach OR 20 angenommen, wenn es an einer gesetzlichen Schutzvorschrift mangelt und ein krasses Missverhältnis besteht.
- Sittenwidrigkeit aufgrund Eingriff in Rechte Dritter

Obligatorische Schuldverhältnisse sind relative Rechte und erzeugen daher nur zwischen den Vertragsparteien Rechtswirkung. Es liegt aber Sittenwidrigkeit vor, wenn durch die Verleitung zum Vertragsbruch Profit geschlagen wird.

5.) Rechtsfolgen

a) Nichtigkeit

Nichtigkeit bedeutet, dass der Vertrag keinerlei rechtsgeschäftliche Wirkung erzeugt. Die Nichtigkeit besteht von Anfang an (Vertrag wird ex tunc aufgelöst), ist absolut und unheilbar. Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten und kann von jedermann jederzeit geltend gemacht werden.

Durch die Nichtigkeitsfolge soll derjenige Zustand wiederhergestellt werden, der vor Vertragsschluss bestanden hat. Bereits erbrachte Leistungen müssen rückerstattet werden. Die Rückleistungen müssen dabei Zug um Zug erfolgen.

- Einschränkung bei anfänglicher objektiver Unmöglichkeit: In Fällen der anfänglichen objektiven Unmöglichkeit ist die Nichtigkeitssanktion wenig sachgerecht, wenn Verpflichtungen gerade nicht aus naturgesetzlichen Gründen ausgeschlossen sind. Kannte der Vertragspartner die Unmöglichkeit der Leistung, wird eine Schadensersatzpflicht aus culpa in contrahendo zugelassen.
- Einschränkungen bei Verstoss gegen zwingendes Recht: Auch begründet nicht jeder Verstoss gegen Verbotsnormen Widerrechtlichkeit nach OR 20. Entscheidend ist, ob die Nichtigkeitsfolge von der Verbotsnorm ausdrücklich vorgesehen ist oder sich aus Sinn und Zweck der Bestimmung ergibt.
- Besonderheiten bei Persönlichkeitsverletzungen: Ein Verstoss gegen die von Amtes wegen zu beachtenden guten Sitten ist nur dann anzunehmen, wenn der Vertrag den höchstpersönlichen Kernbereich einer Person betrifft. Ist nur das Mass der Bindung übermässig, liegt noch kein Verstoss gegen die guten Sitten vor, sondern allein ein Verstoss gegen das Persönlichkeitsrecht. Die übermässige Bindung soll daher nur zur Nichtigkeit des Vertrages führen, wenn die betroffene Person den Schutz in Anspruch nimmt und sich von der Bindung lösen möchte.

b) Teilnichtigkeit

Gemäss OR 20 II soll die Nichtigkeit auf das notwendige Minimum beschränkt werden. Der Vertrag soll soweit möglich bestehen bleiben. Betrifft der Mangel nur einzelne Vertragsteile, sind nur diese nichtig. Die Rechtsfolge der Teilnichtigkeit darf aber nur eintreten, wenn die Parteien den Vertrag auch ohne den mangelhaften Vertragsbestandteil abgeschlossen hätten.

Dies setzt voraus, dass ein teilbarer Vertrag vorliegt. Der vom Mangel nicht betroffene Vertragsteil muss noch als selbstständiger Vertrag bestehen können. Er muss also alle objektiv wesentlichen Vertragspunkte umfassen.

Bei Teilnichtigkeit ist bei synallagmatischen Verträgen die Gegenleistungspflicht des Gläubigers entsprechend zu reduzieren.

c) Geltungserhaltende Reduktion

Der Vertrag ist nur insofern nichtig, als die vom Gesetz oder den Sitten erlaubte Höchstgrenze überschritten ist.

Das Gericht ist ermächtigt, eine übermässig hohe Konventionalstrafe herabzusetzen (OR 163 III) und ein übermässiges Konkurrenzverbot zu beschränken (OR 340a II). Dieses Recht, übermässige Verpflichtungen auf ein erlaubtes Mass zu reduzieren, besteht manchmal selbst ohne gesetzliche Grundlage.

d) Haftung aus culpa in contrahendo

Ist eine vertragliche Vereinbarung nichtig, ist zu prüfen, ob allenfalls ein Schadensersatzanspruch nach den Regeln der culpa in contrahendo besteht. Dafür muss die Gegenpartei Kenntnis oder fahrlässig keine Kenntnis des Ungültigkeitsgrundes haben.

C) Übervorteilung - OR 21

1.) Vorbemerkung

Die Übervorteilung befasst sich mit dem Vertragsinhalt, genauer mit dem Willen einer Vertragspartei, welcher fehlerhaft gebildet wurde. Es handelt sich daher um eine Kombination zwischen einem Inhalts- und einem Willensmangel. Die Geltendmachung der Übervorteilung und ihre Rechtsfolgen entsprechen den Regelungen der Willensmängel. Die Berufung auf die Übervorteilung wird auch als Anfechtung bezeichnet.

Die Übervorteilung schränkt die Vertragsfreiheit ein, indem die Höhe der Leistung und der Gegenleistung nicht frei vereinbart werden kann. Die schwächere Partei kann das Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung richterlich korrigieren lassen.

2.) Tatbestandsvoraussetzungen

a) Offenes Missverhältnis

Das Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung muss offenkundig sein, so dass es jedem, der das Verhältnis vernünftig beurteilt, auffällt.

Das Missverhältnis wird dabei nach einem objektiven Massstab zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses beurteilt. Die Beurteilung des Richters erfolgt nach seinem freien Ermessen (ZGB 4) und unter Würdigung der gesamten Umstände. Spätere Veränderungen der Wertrelation bleiben unbeachtet.

Der Richter darf an das Vorliegen des erforderlichen Missverhältnisses keine allzu strengen Anforderungen stellen. Verpönt ist die Art und Weise, wie die stärkere Partei den Vertrag zum Nachteil der schwächeren Partei abgeschlossen hat.

OR 21 ist auf vollkommen zweiseitige Schuldverträge zugeschnitten. Die analoge Anwendung auf andere Verträge ist jedoch nicht ausgeschlossen.

b) Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Übervorteilten

Die schwächere Partei war aus gewissen Gründen nicht in der Lage, das Missverhältnis zu verhindern. Ihre Entscheidungsfreiheit war beeinträchtigt. Die Gründe müssen als subjektive Ausnahmesituation vorgelegt haben. Die Partei darf nicht imstande gewesen sein, die Vertragsbedingungen frei auszuhandeln, was zu einem Vertrag mit aussergewöhnlichen Bedingungen geführt haben muss.

Es gibt verschiedene Arten der Beeinträchtigung:

- Notlage
Eine Notlage ist gegeben, wenn sich der Übervorteilte bei Vertragsschluss in einer Zwangslage oder in starker Bedrängnis befindet. Die Notlage kann wirtschaftlicher Natur sein oder in einer persönlichen oder politischen Zwangslage bestehen.
Bsp.: Patient benötigt eine unaufschiebbare Operation und es steht nur ein Arzt zur Verfügung = gesundheitliche Notlage.
- Leichtsinn
Jemand handelt ohne die gebotene Vorsicht und Überlegtheit.
- Unerfahrenheit
Dem Übervorteilten fehlt die Sachkenntnis, um die Tragweite und Bedeutung des fraglichen Rechtsgeschäftes richtig einzuschätzen. Dieser Begriff wird weit ausgelegt, da man aufgrund der fortschreitenden Spezialisierung immer seltener den wahren Wert beurteilen kann.
- Einflüsse durch Alkohol, Drogen, Medikamente oder Erschöpfungszustände
- Überraschungssituationen
- Geistes- und Charakterschwäche
Ist die Schwäche so gross, dass der Übervorteilte urteilsunfähig ist, richten sich die Rechtsfolgen nach ZGB 18, was zur Nichtigkeit des Vertrages führt.

c) Ausnützung durch den Übervorteilenden

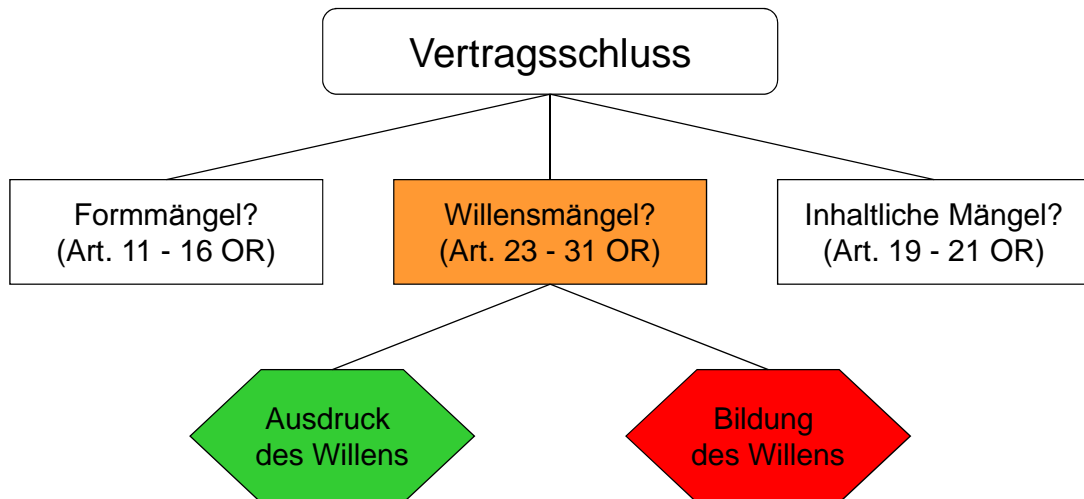
Der Übervorteilende muss die Schwäche des Gegners ausgebeutet haben. Die Ausnahmesituation muss bewusst ausgenutzt werden, um den Vertragsschluss mit dem Vorteil für den Übervorteilenden herbeizuführen. Der Übervorteilende muss dazu wissen, dass sich die andere Person in einer Notlage befindet.

3.) Rechtsfolgen

- Einseitige Unverbindlichkeit
Dem Verletzten wird die Möglichkeit eingeräumt, sich durch einseitige Erklärung vom Vertrag zu lösen. Gemäss OR 21 I kann der Übervorteilte innerhalb eines Jahres erklären, dass er den Vertrag nicht halte und das Geleistete zurückverlange. Die einjährige Frist beginnt unabhängig vom Bestand der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit zu laufen, wobei es sich um eine Verwirkungsfrist handelt. Wird der Vertrag nicht fristgerecht angefochten, wird der Mangel geheilt und der Verletzte wird an den Vertrag gebunden.
- Möglichkeit der Teilanfechtung
Ficht der Übervorteilte den Vertrag fristgemäss an, wird ihm ein Wahlrecht eingeräumt: Er kann einräumen, der ganze Vertrag sei nichtig oder er kann die Reduktion der übermässigen Leistung auf das übliche Mass fordern, womit der Vertrag aufrechterhalten bleibt.
- Schadensersatz
Schadensersatzanspruch nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo.

6 - Willensmängel I

A) Überblick



Neben den

- Formmängeln (OR 13 ff.) und
- Inhaltlichen Mängeln (OR 19 ff.)

können auch

- Willensmängel (Mängel des Vertragsabschlusses)
 - Wesentlicher Irrtum (OR 23 ff.)
 - Täuschung (OR 28)
 - Drohung (OR 29 f.)

dazu führen, dass der Vertrag nicht die gewünschte Wirkung entfaltet.

Die Willensmängel lassen sich dabei aufteilen in

1. Mängel bei der Bildung des Willensentschlusses
2. Mängel im Ausdruck des Willensentschlusses
 - a. Irrtum im Erklärungsakt
 - b. Inhaltsirrtum

Im Vertragsrecht werden die Willensäusserungen grundsätzlich nach dem

Vertrauensprinzip ausgelegt. Die Erklärung gilt demnach so, wie sie der Empfänger unter den gegebenen Umständen objektiv verstehen durfte. Bei Irrtum, Täuschung oder Drohung darf sich der Erklärende ausnahmsweise von seiner Erklärung lösen.

Die Bestimmungen von OR 23 ff. gelten primär fürs Vertragsrecht. Gemäss ZGB 7 können sie aber auch analog auf alle privatrechtlichen Rechtsgeschäfte angewandt werden.

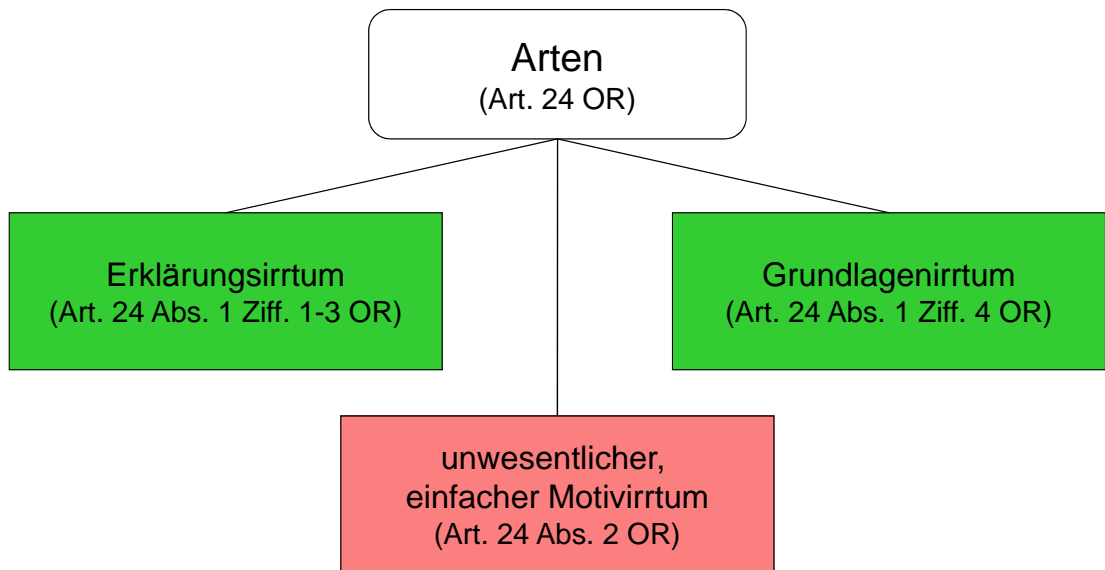
B) Der Irrtum

1.) Begriff

Ein Irrtum liegt vor, wenn die Vorstellung und Wirklichkeit voneinander abweichen. Die irrende Person darf dabei nicht wissen, dass sie eine falsche Vorstellung vom Sachverhalt besitzt. Wer unsicher ist oder zweifelt, darf sich nicht auf den Irrtum berufen.

Nicht jeder Irrtum berechtigt zur Anfechtung des Vertrages, nur beim wesentlichen Irrtum (OR 23) ist eine Anfechtung möglich. Der Irrtum ist wesentlich, wenn der Irrende bei Kenntnis des wahren Sachverhalts die Erklärung nicht abgegeben hätte.

OR 24 I nennt 4 Fallgruppen des wesentlichen Irrtums, wobei die Aufzählung nicht abschliessend ist.



2.) Der Grundlagenirrtum als qualifizierter Motivirrtum

a) Begriffe

Der Grundlagenirrtum ist ein Motivirrtum, der so schwerwiegend ist, dass man den Vertrag anfechten kann. Es handelt sich damit um einen qualifizierten Motivirrtum, während der einfache Motivirrtum folgenlos bleibt. Beide Irrtümer entstehen bei der Willensbildung.

b) Der einfache Motivirrtum

Der Erklärende irrt sich über den Beweggrund, der für seinen Geschäftswillen relevant ist. Gemäss OR 24 II ist der reine Motivirrtum unwesentlich.

Bsp.: X kauft seiner Freundin Sonnenblumen, da er irrtümlicherweise denkt, sie mag gelbe Blumen.

Der Vertrag bleibt verbindlich und der Vertragsschliessende ist nicht berechtigt, den Vertrag anzufechten. Diese Regelung ist dispositiver Natur.

c) Der Grundlagenirrtum

- Begriff

Gemäss OR 24 I 4 liegt ein Grundlagenirrtum vor, wenn sich der Anfechtende über einen Sachverhalt irrt, den er als notwendige Grundlage für den Vertrag betrachtete und ihn nach Treu und Glauben auch als notwendig betrachten durfte. Auch der Erklärungsempfänger muss den Sachverhalt als notwendige Grundlage des Vertrages erkannt haben. Dies muss unter der objektiven Perspektive beider Parteien beurteilt werden.

Die falsche oder fehlende Vorstellung über einen bestimmten Sachverhalt führt zu einer mangelhaften Willensbildung. Wer also den Nichtbestand eines unbedachten Sachverhalts als notwendige Vertragsgrundlage betrachtet, kann sich gemäss Treu und Glauben auf den Grundlagenirrtum berufen.

Bsp.: Man nimmt an, es bestehen keine Vorstrafen.

Es können Umstände betroffen sein, die sowohl innerhalb wie auch ausserhalb des Vertrages liegen können.

Der Irrtum muss sich auf gegenwärtige oder vergangene Sachverhalte beziehen.

Auch ein Grundlagenirrtum über künftige Sachverhalte ist möglich, wenn eine Partei ein zukünftiges Ereignis als sicher annimmt und das auch darf.

Ausgeschlossen ist der Irrtum über zukünftige Tatsachen aber bei risikoreichen oder spekulativen Geschäften.

Bsp.: Man kauft Aktien und denkt, der Kurs steigt.

Bps.: Man kauft ein Grundstück, da man denkt, der Bodenpreis steigt.

Der Eintritt von künftigen Tatsachen kann auch vertraglich geregelt werden bspw. mit einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Bedingung oder mit einem Garantieverprechen.

Auch beim Grundlagenirrtum ist die gesetzliche Regelung bloss dispositiv.

- Die qualifizierenden Merkmale

- Subjektive Wesentlichkeit:

Der irrite Sachverhalt muss eine notwendige Grundlage des Geschäfts sein. Der Erklärende hätte den Vertrag nicht abgeschlossen, wenn er sich nicht geirrt hätte.

- Objektive Wesentlichkeit:

Der Irrende durfte den vorgestellten Sachverhalt nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachten. Es ist damit ausschlaggebend, wie ein durchschnittlicher Dritter den Vertrag abgeschlossen hätte. Dadurch sollen rein subjektive Motive des Irrenden ausgeschlossen werden. Ob objektive Wesentlichkeit vorliegt, beurteilt der Richter nach seinem Ermessen (ZGB 4). Dabei berücksichtigt er die Umstände und beachtet die Rechtsfolgen des Grundlagenirrtums. Die objektive Wesentlichkeit soll nur bejaht werden, wenn die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrages (OR 23) eine angemessene Rechtsfolge darstellt. Ein allfälliges Verschulden ist und im Rahmen von OR 26 zu berücksichtigen, nicht aber bei der Annahme eines Irrtums.

- Erkennbarkeit:

Für den Vertragspartner muss die grundlegende Bedeutung des vom Irrenden angenommenen Umstandes nach Treu und Glauben erkennbar sein. Er muss die Bedeutung aber nicht tatsächlich erkannt haben. Die Erkennbarkeit ist konstitutiv, für den Grundlagenirrtum erforderlich. Durch das Erfordernis der Erkennbarkeit wird neben der objektiven Wesentlichkeit sichergestellt, dass die Interessen des Vertragspartners berücksichtigt werden.

- Abgrenzungen

- ≠ Stillschweigende Bedingung:

Die Parteien machen den Vertrag von einem ungewissen zukünftigen Ereignis abhängig.

- ≠ Vertragsanpassung aufgrund veränderter Umstände (clausula rebus sic stantibus):

Der Vertrag wird an veränderte Umstände angepasst. Es fehlt dabei an einer gesetzlichen oder vertraglichen Anpassungsregeln. Die clausula rebus sic stantibus erfasst Umstände, welche die allgemeinen Rahmenbedingungen des Vertrages betreffen (Teuerung, Konjunkturschwankungen, politische Risiken). Die clausula rebus sic stantibus kann nur bei einem offenbaren Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung geltend gemacht werden. Während beim Grundlagenirrtum der Vertrag ex tunc rückabgewickelt und aufgehoben wird, kann der Vertrag bei der Anpassung vorzeitig aufgelöst werden oder aber aufrechterhalten werden. Die richterlichen Instrumente zur Regelung sind damit flexibler und erlauben bessere Lösungen.

3.) Der Erklärungsirrtum

Der Willensmangel besteht in der mangelhaften Kundgabe des Willens.

a) Begriff

Der Erklärende erklärt etwas, das nicht seinem wirklichen Willen entspricht. Durfte der Erklärungsempfänger das Erklärte aufgrund des Vertrauensprinzips auch so

verstehen, liegt ein (normativer) Konsens vor und der Vertrag kommt zustande. Dem Erklärenden wird dann die Möglichkeit gegeben, den Vertrag anzufechten.

b) Erscheinungsformen

- Irrtum im Erklärungsakt
Dem Irrenden misslingt technisch die Umsetzung seines Willens.
Bsp.: Verschreiben oder Versprechen
- Übermittlungsirrtum gemäss OR 27
Für Vertragsabschlüsse können Boten eingesetzt werden. Dabei bleibt dem Boten kein Raum für einen eigenen Willensausdruck. Beim Übermittlungsirrtum wird die Willenserklärung durch einen Boten oder auf sonstige Weise (Dolmetscher, Mäkler, Post) falsch übermittelt. Es wird jedoch nur der Erklärungsbote erfasst, das Handeln des Empfangsboten liegt hingegen im Risikobereich des Empfängers.
Gemäss OR 27 muss sich der Erklärende die fahrlässige falsche Übermittlung anrechnen lassen, weil er die Mittelsperson selbst auswählen und einsetzen kann. Er kann den Vertrag aber aufgrund eines Irrtums anfechten.
Die absichtliche Falschübermittlung des Boten muss er sich jedoch nicht anrechnen lassen. Es liegt kein Erklärungsirrtum vor. Der Erklärende hat aber allenfalls Ansprüche auf unechter Geschäftsführung ohne Auftrag gegen den Boten.
- Inhaltsirrtum
Der Erklärende hat seinen Willen zwar technisch korrekt umgesetzt, er täuschte sich aber über die Bedeutung seiner Erklärung.
Bsp.: Man spricht von Leihe, meint aber Miete.

c) Wesentlicher und unwesentlicher Erklärungsirrtum

Nur der wesentliche Erklärungsirrtum berechtigt zur Vertragsanfechtung. Für den wesentlichen Erklärungsirrtum besteht keine gesetzliche abstrakte Umschreibung. Beispiele sind jedoch in OR 24 I 1-3 aufgeführt.

- Zustimmung zu einem anderen Vertrag als dem gewollten
→ Error in negotio
Der Irrtum ist nach OR 24 I 1 wesentlich, wenn der Irrende einen anderen Vertrag abschliesst, als er eigentlich wollte. Dabei muss der Vertragsinhalt des abgeschlossenen Vertrags von jenem des gewollten Vertrags abweichen.
Auch liegt ein error in negotio vor, wenn der Irrende einen Vertrag eingeht, obwohl er das überhaupt nicht wollte.
Es liegt hingegen KEIN wesentlicher Irrtum vor, wenn:
 - Vertrag unzutreffend bezeichnet wird, da nur der übereinstimmende Wille massgeblich ist.
 - Unwissen über die Rechtsfolgen besteht.
- Irrtum über die Identität der Sache oder der Person
→ Error in corpore / error in persona
Der Irrende schliesst einen Vertrag über eine andere Sache, als er es wollte. Oder aber er bezeichnet im Vertrag eine andere Person, als die gewollte. Dabei ist vorausgesetzt, dass der Vertrag gerade im Hinblick auf eine bestimmte Person abgeschlossen wurde. Es kommt zusammenfassend zu einer Verwechslung einer Sache oder Person.
Der Irrtum nach OR 24 I 2 bezieht sich lediglich auf die Identität, nicht aber auf die Eigenschaften einer Sache oder Person. Der Irrtum über die Eigenschaft einer Sache oder Person kann ein unbeachtlicher Motivirrtum oder aber ein Grundlagenirrtum darstellen.
- Irrtum über Umfang der Leistung und Gegenleistung
→ Error in quantitate

Der Irrrende liess sich eine Leistung von erheblich geringerem Umfang versprechen, als es sein Wille war. Dabei müssen die vorgestellte und die tatsächliche Leistung erheblich voneinander abweichen.

Bsp.: Ring wurde für CHF 1'380 angeschrieben anstelle CHF 13'800.

- Vermutung der Wesentlichkeit des Erklärungsirrtums
Die Wesentlichkeit wird vermutet. Im Einzelfall kann aber der Irrtum auch als nicht wesentlich beurteilt werden. Wer die Wesentlichkeit bestreitet, muss die Nichtwesentlichkeit beweisen.
- Subjektive und objektive Wesentlichkeit des Erklärungsirrtums
Allgemein wird vorausgesetzt, dass der Irrtum sowohl subjektiv wie auch objektiv wesentlich ist. Dabei definieren sich die subjektive und objektive Wesentlichkeit wie beim Grundlagenirrtum.

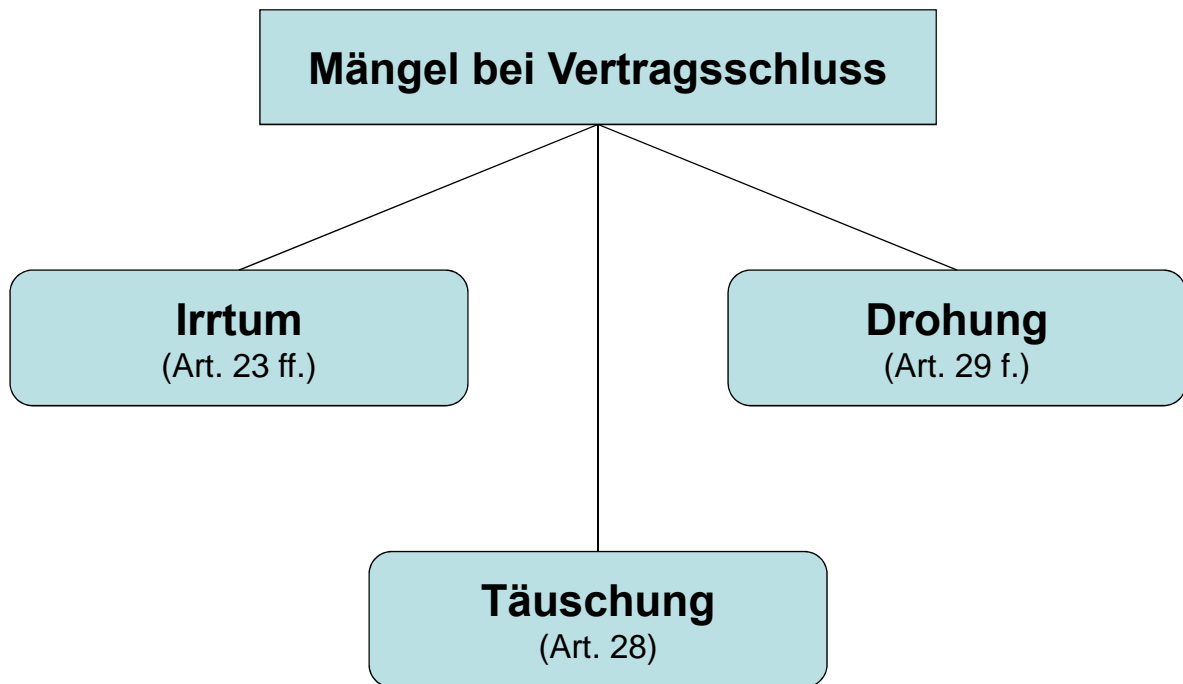
d) Einzelfälle

- Nicht gelesene oder nicht verstandene Urkunde
Ein Vertrag kann auch zustande kommen, wenn er unterschrieben wird, ohne dass er gelesen oder verstanden wurde. Die Partei durfte nach dem Vertrauensprinzip die Erklärung des Vertragspartners so verstehen, dass er den Vertrag mit dem betreffenden Inhalt abschliessen möchte.
Der Vertrag kann aber aufgrund eines Erklärungsirrtums angefochten werden, wenn der Wortlaut vom vorgestellten Inhalt abweicht.
Erhält die Urkunde völlig unerwartete Passagen, kann ausnahmsweise auch der Erklärende den Vertrag anfechten, der sich keine Vorstellung über den Vertragsinhalt gebildet hat.
- Blankounterschrift
Der Unterzeichnende setzt seine Unterschrift auch eine noch auszufüllende Urkunde. Dabei besteht die Gefahr, dass die Urkunde abredewidrig ausgefüllt wird. Dieses Risiko trägt alleine der Aussteller der Blankourkunde. Der Erklärende kann sich daher nicht auf einen Erklärungsirrtum berufen.

e) Rechnungsfehler und Kalkulationsirrtum

- Rechnungsfehler
Ein blosser Rechnungsfehler liegt nach OR 24 III vor, wenn mit der korrekten Berechnungsgrundlage gearbeitet wurde, man sich aber aus Unachtsamkeit verrechnet hat. Bei einem solchen blossen Rechnungsfehler ist OR 24 III ausschliesslich anwendbar. Der Vertrag kann nicht durch einen Grundlagenirrtum angefochten werden.
Wurde die Berechnungsgrundlage nicht offengelegt, wurde diese nicht zu einem Teil des Vertrages. Damit liegt ein anderer Rechnungsfehler vor, bei welchem kein Erklärungsirrtum vorliegt, sondern ein unwesentlicher Motivirrtum. Dadurch kann der Vertrag nicht angefochten werden.
- Kalkulationsirrtum
Eine Partei irrt sich über den Bestand oder die Höhe einer wesentlichen Berechnungsgrundlage. Die Kalkulationsirrtümer werden rechtlich gleich behandelt wie Rechnungsfehler. Es ist wiederum massgebend, ob die Kalkulationsgrundlage Vertragsinhalte wurde oder nicht.
Bei einem offenen Kalkulationsirrtum wird OR 24 III analog angewendet. Der versteckte Kalkulationsirrtum ist ein unwesentlicher Motivirrtum.

7 - Willensmängel II



A) Täuschung - OR 28

1.) Allgemeines

Durch die absichtliche Täuschung wird die Willensbildung einer Partei von der Gegenpartei (OR 28 I) oder von einem Dritten (OR 28 II) durch eine absichtliche und widerrufliche Irreführung verfälscht. Durch die Täuschung wird damit ein Motivirrtum verursacht.

Ohne den Irrtum hätte der Irrende keinen Vertrag abgeschlossen. Deshalb muss zwischen dem durch die Täuschung bewirkten Motivirrtum und der Abgabe der Willenserklärung ein Kausalzusammenhang bestehen.

Die Täuschung berechtigt den Vertragsabschliessenden, den Vertrag anzufechten, selbst wenn der Irrtum unwesentlich ist. OR 28 I ist zwingend, weshalb das Recht auf Anfechtung auch nicht vertraglich ausgeschlossen werden kann.

OR 28 bezweckt den Schutz der Willensfreiheit des Vertragsschliessenden. Daher berechtigt auch die zu Gunsten des Irrenden begangene Täuschung zur Anfechtung. Sonderbestimmungen bestehen in OR 192 III, 199 sowie 203. Auch VVG 4-8 sind zu beachten.

2.) Täuschungshandlung

a) Täuschung durch positives Tun

Der Täuschende spiegelt falsche Tatsachen vor oder unterdrückt vorhandene. Dies kann durch ausdrückliches oder konkludentes Verhalten erfolgen. Tatsachen sind objektiv feststellbare Zustände oder Ereignisse tatsächlicher oder rechtlicher Art. Sie können äussere Umstände oder innere Umstände betreffen. Nicht in den Anwendungsbereich von OR 28 fallen hingegen subjektive Werturteile und Meinungsäusserungen.

Die Vorspiegelung und Unterdrückung von Tatsachen können verbal (bspw. durch unwahre Äusserungen) oder in anderen Form erfolgen.

Unwahre Äusserungen kommen oft bei der Falschbeantwortung von Fragebögen vor. Dabei liegt jedoch nicht immer eine absichtliche Täuschung vor. Das Fragerecht der einen Partei wird durch das Persönlichkeitsrecht der anderen Partei begrenzt. Bezüglich persönlichen Lebenssachverhalten, die nicht von unmittelbarem und objektiven Interesse sind (bspw. Konfession, bevorstehende Schwangerschaft, Parteizugehörigkeit, ...), hat der Fragende keinen Anspruch auf eine wahrheitsgetreue Beantwortung. Der Beantwortende hat ein Notwehrrecht der Lüge in diesen höchstpersönlichen Bereichen.

Zum selben Ergebnis kann das Diskriminierungsverbot führen. Die Frage nach einer bevorstehenden Schwangerschaft sei bereits wegen der geschlechterspezifischen Diskriminierung unzulässig.

Eine besondere Gesetzesregel gilt für den Privatversicherungsvertrag. Gemäss VVG 4 I hat der Antragssteller dem Versicherer alle bekannten erheblichen Tatsachen schriftlich mitzuteilen. Diese Anzeigepflicht des Antragsstellers hat den Charakter einer Obliegenheit. Das Fragerecht ist jedoch auch im Privatversicherungsrecht durch das Persönlichkeitsrecht des Befragten beschränkt.

b) Täuschung durch Schweigen

Vorhandene Tatsachen können auch verschwiegen werden. Voraussetzung dabei ist, dass der Vertragspartner den Irrtum erkennt und ihn eine Aufklärungspflicht trifft. Die Aufklärungspflicht kann sich aus Vertrag, aufgrund gesetzlicher Vorschrift, aus dem Grundsatz von Treu und Glauben oder aus der herrschenden Anschauung ergeben. Ob sich eine Aufklärungspflicht ergibt ist unter Berücksichtigung der Natur des Vertrages und der Stellung der Parteien zu beurteilen.

Bestehen einer Aufklärungspflicht bei:

- Dauerschuldverhältnisse und besondere Vertrauensverhältnisse: Bei Dauerschuldverhältnissen oder bei besonderen Vertrauensverhältnissen besteht ein erhöhtes Mass an Aufklärungspflichten.
- Herabgesetzte Aufklärungspflicht bei einmaligen Austauschverhältnissen: Bei einmaligen Austauschverträgen besteht eine weniger weitgehende Aufklärungspflicht, man hat nur über wesentliche Umstände aufzuklären. Bei der Aushandlung einer Scheidungskonvention müssen die Ehegatten jedoch unaufgefordert ihr Einkommen und Vermögen offenlegen. Eine Aufklärungspflicht ergibt sich auch dann, wenn eine Partei Informationen besitzt, deren Relevanz die Vertragspartei mangels Sachkenntnis nicht erkennt.
- Erkennen des Irrtums der anderen Partei: Eine Aufklärungspflicht besteht immer, wenn eine Partei erkennt, dass sich die andere Partei in einem wesentlichen Irrtum befindet. Dies gilt selbst dann, wenn die irrende Partei selbst Nachforschungen unternommen hat.

c) Widerrechtlichkeit

Die Täuschungshandlung muss widerrechtlich sein. Ausdrückliche Fragen des Vertragspartners sind daher wahrheitsgetreu zu beantworten, solange es sich nicht um persönlichkeitsverletzende Fragen handelt.

3.) Absicht

Der Täuschende muss absichtlich handeln. Er muss wissen, dass er seinem Vertragspartner eine falsche Tatsache vorspiegelt oder eine vorhandene unterdrückt. Zudem muss er wollen bzw. zumindest in Kauf nehmen, dass ein Irrtum entsteht oder aufrechterhalten wird. Weiter muss er auch den Vertragsabschluss anstreben. Es muss deshalb eine Kausalität zwischen Irrtum und Vertragsabschluss gegeben sein. Wer nicht die notwendige Sorgfalt aufwendet und falsche Angaben macht oder verschweigt, handelt fahrlässig. Dies genügt jedoch noch nicht, um den Vertrag anzufechten. Es kommt aber eine Haftung aus *culpa in contrahendo* infrage oder der Irrende kann den Vertrag wegen eines Grundlagenirrtums nach OR 24 I 4 anfechten.

4.) Täuschung durch Dritte

Täuscht ein Dritter, ist der Vertrag nach OR 28 II grundsätzlich nicht anfechtbar. Dritte sind grundsätzlich alle Personen, die sich ausserhalb des Vertragsgefüges befinden. Abschlussgehilfen sind jedoch keine Dritte, womit ihre Täuschungshandlungen unter OR 28 I fallen. Vertreter des Getäuschten gelten als Dritte, ausser sie sind mit dem täuschenden Vertragspartner wirtschaftlich identisch.

Der Dritte muss den Irrtum unter denselben Voraussetzungen von OR 28 I absichtlich verursacht haben. Der Vertragspartner muss zudem Kenntnis von der Täuschung haben. Weiss der Vertragspartner vom Irrtum der anderen Partei und unterliegt er einer Aufklärungspflicht, so ist er selbst der Täuschung durch Verschweigen verschuldet, womit OR 28 I zur Anwendung gelangt.

Bei einer Täuschung durch Dritte reicht auch eine blosser Fahrlässigkeit des Vertragspartners aus. Dies ist unbefriedigend, da drittverursachte Täuschungen nicht an einem strengeren Massstab gemessen werden sollten. Deshalb will ein Teil der Lehre eine bloss fahrlässige Unkenntnis nicht genügen lassen. OR 28 II sei so auszulegen, dass der Vertrag nur angefochten werden könnte, wenn der Vertragspartner von der Täuschung Kenntnis hatte.

Kennt der Vertragspartner die Täuschung nicht und musste er sie auch nicht kennen, steht dem Getäuschten allenfalls eine Anfechtung wegen Irrtums (OR 23 ff.) offen.

B) Drohung (Furchterregung) – OR 29 f.

1.) Allgemeines

Eine Drohung liegt nach OR 29 f. vor, wenn eine widerrechtliche Drohung beim Bedrohten oder bei einer ihm nahestehenden Person begründete Furcht auslöst und er sich deshalb zum Vertragsabschluss gezwungen sieht. Wer durch die Drohung zum Vertragsabschluss bewogen wird, kann den Vertrag anfechten.

OR 29 f. schützt ebenfalls wie OR 28 die freie Willensbildung. Der Schutz von OR 29 II geht jedoch noch weiter als bei der absichtlichen Täuschung, da der Vertrag auch anfechtbar ist, wenn der Vertragspartner die Drohung nicht kannte und nicht kennen konnte.

2.) Drohung

Die Willensfreiheit des Bedrohten wird beeinträchtigt, indem der Vertragspartner oder ein Dritter einen künftigen Nachteil in Aussicht stellt. Der Drohende übt einen psychischen Zwang (*vis compulsiva*) aus.

Physischer Zwang fällt nicht unter OR 29, da es dabei meist zu keiner Willenserklärung kommt (bspw. das Führen der Hand zur Unterschrift).

3.) Begründete Furcht

Die Drohung muss einen gewissen Grad der Ernsthaftigkeit aufweisen, sodass der Bedrohte mit deren Verwirklichung rechnen muss. In OR 30 I findet sich eine nicht abschliessende Aufzählung, wonach Drohungen gegen Leib, Leben, Ehre und Vermögen vermutungsweise eine begründbare Furcht auslösen.

Man stellt bei der Beurteilung allein auf das subjektive Urteilsvermögen der bedrohten Person ab. Dieses wird durch Alter, Lebensstellung, Geschlecht, Gesundheit und Bildungsgrad beeinflusst.

4.) Kausalität

Die Drohung muss eine begründete Furcht auslösen, welche den Bedrohten zum Vertragsabschluss bewegt.

5.) Widerrechtlichkeit

Die Drohung muss widerrechtlich sein.

- Widerrechtlichkeit der Mittel
Die Widerrechtlichkeit kann sich daraus ergeben, dass der angedrohte Nachteil unerlaubt ist, da gegen eine gesetzliche oder vertragliche Pflicht verstossen wird.
- Widerrechtlichkeit des Zwecks
Widerrechtlichkeit liegt zudem vor, wenn mit der Drohung ein verbotener Zweck verfolgt wird, selbst wenn das Mittel der Drohung zulässig ist. Der Vertrag ist in diesem Fall gemäss OR 20 nichtig.
- Widerrechtlichkeit der Mittel-Zweck-Relation
Die Drohung kann weiter widerrechtlich sein, wenn die Verknüpfung eines an sich zulässigen Zwecks mit einem zulässigen Mittel unzulässig ist, weil ein sachlicher Zusammenhang zwischen Mittel und Zweck fehlt.
- Abnötigen eines übermässigen Vorteils
Die Geltendmachung eines Rechtes ist gemäss OR 30 II nur dann widerrechtlich, wenn eine Notlage des Bedrohten ausgenützt wird, um übermässige Vorteile zu erlangen.

C) Geltendmachung der Willensmängel – OR 31

1.) Anfechtungsberechtigung

Zur Anfechtung des Rechtsgeschäfts ist nur der Irrende bzw. Bedrohte berechtigt. Die andere Vertragspartei bleibt an ihre Willenserklärung gebunden.

2.) Anfechtungserklärung

Die Anfechtung ist eine Gestaltungserklärung. Das Rechtsverhältnis wird inhaltlich aufgehoben, ohne dass es die Zustimmung der Gegenpartei benötigt.

Da dem Berechtigten eine einseitige Gestaltungsmacht eingeräumt wird, müssen auch die Interessen der Gegenpartei geschützt werden. Aus diesem Schutzbedürfnis der Gegenpartei ergibt sich, dass die Ausübung von Gestaltungsrechten bedingungsfeindlich und unwiderruflich ist.

Eine Ausnahme vom Grundsatz der Unwiderruflichkeit besteht dann, wenn die Erklärung ihrerseits wegen eines Willensmangels unwirksam ist.

Die Berufung auf den Willensmangel muss nicht gerichtlich erfolgen. Es genügt, wenn die Anfechtungserklärung gegenüber der anderen Vertragspartei erfolgt oder die geschuldete Leistung verweigert wird. Ein allfälliges Gerichtsurteil hat nur deklaratorische Wirkung.

Die Anfechtungserklärung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Eine konkludente Anfechtung kann bestehen, wenn eine Vertragspartei die erbrachte Leistung zurückverlangt, empfangene Leistungen zurücksendet oder angebotene Leistungen verweigert. Die Anfechtungserklärung bedarf dabei keiner besonderen Form. Der genaue Willensmangel muss nicht genannt sein.

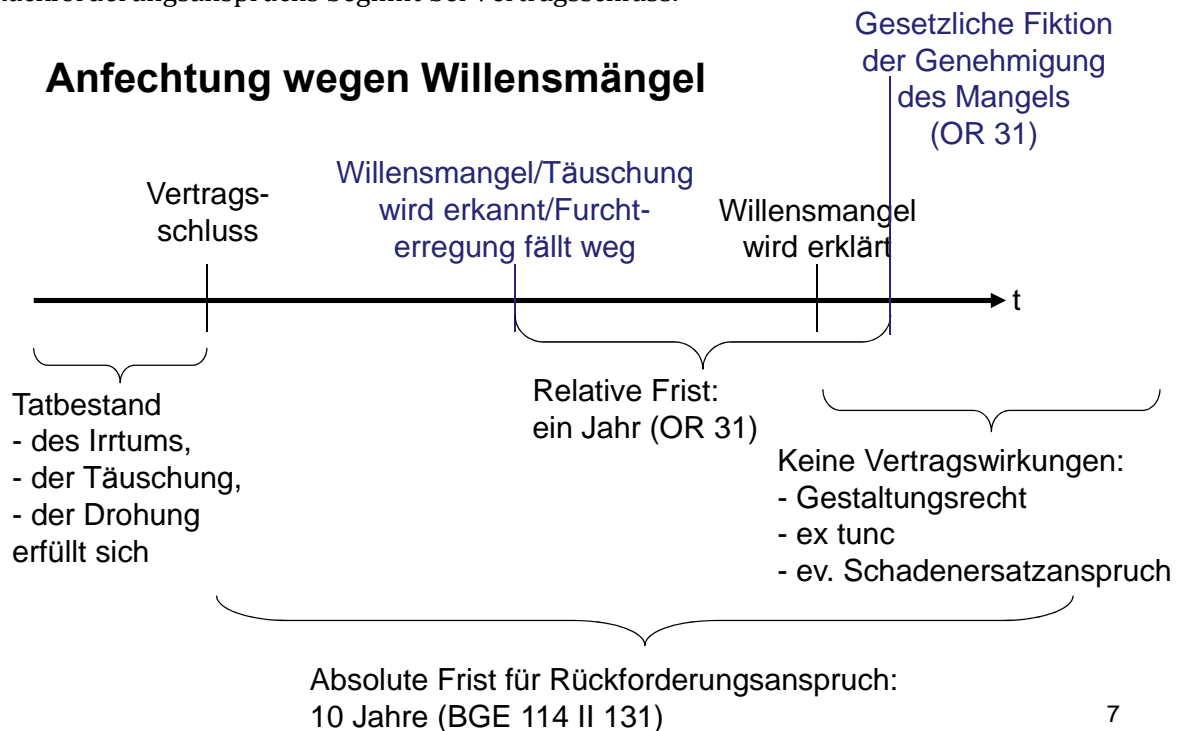
Wer zunächst nur einen Irrtum geltend macht, kann sich später immer noch auf die absichtliche Täuschung berufen. Mit der Geltendmachung des Irrtums wird nicht auf die Anrufung von OR 28 verzichtet.

3.) Anfechtungsfrist

Die Anfechtungserklärung hat gemäss OR 31 I innerhalb eines Jahres zu erfolgen. Bei Irrtum und Täuschung beginnt der Fristenlauf mit der Entdeckung des Irrtums oder mit der Beseitigung der Furcht. Vorausgesetzt ist eine sichere Kenntnis, blosse Zweifel genügen nicht. Als Verwirkungsfrist kann die Frist weder unterbrochen noch gehemmt werden und ist von Amtes wegen zu berücksichtigen.

OR 31 kennt nur eine relative und keine absolute Frist. Ein Vertrag kann somit noch während Jahrzehnten angefochten werden, unter Vorbehalt von OR 25 I bzw. ZGB 2 II.

Die fehlende absolute Frist wird kritisiert. Es soll auch im Rahmen von OR 31 eine absolute Ausschlussfrist von 10 Jahren gelten. Die absolute Verjährungsfrist des Rückforderungsanspruchs beginnt bei Vertragsschluss.



7

4.) Ausschluss der Anfechtbarkeit

a) Genehmigung

Eine Anfechtung des Vertrages ist ausgeschlossen, wenn der Irrende, Getäuschte oder Bedrohte den Vertrag genehmigt. Die Genehmigung setzt dabei Kenntnis des Willensmangels voraus, blosse Zweifel genügen nicht. Der Getäuschte muss daher den Irrtum erkennen und wissen, dass der Willensmangel durch Vorspiegelung falscher Tatsachen verursacht wurde.

- Genehmigung durch positive Handlung
- Genehmigung durch ausdrückliche Erklärung
- Genehmigung durch konkludentes Verhalten
 Eine konkludente Genehmigung wird nur ausnahmsweise angenommen.
 - Wenn der Betroffene eine Nachfrist nach OR 107 I setzt oder Gewährleistungsansprüche nach OR 197 ff. geltend macht. Denn in beiden Beispielfällen wird ein gültiger Vertrag vorausgesetzt.
 - Wenn jemand wie ein Eigentümer über eine Sache verfügt.
 - Wenn jemand die eigene Leistung vorbehaltlos und freiwillig erbringt.
 - Wenn jemand einen bekannten Willensmangel in einem hängigen Prozess nicht geltend macht.
- Genehmigung durch Ablauf der Verwirkungsfrist von OR 31 I

b) Verstoss gegen Treu und Glauben

Es gilt der allgemeine Rechtsgrundsatz, dass treuwidriges Verhalten keinen Rechtsschutz verdient. Man kann sich nicht auf einen Willensmangel berufen, wenn dies gegen Treu und Glauben verstösst (OR 25 I bei Irrtum, ZGB 2 II bei Täuschung und Drohung). Dies ist gegeben, wenn die Anfechtung eine unnütze Rechtsausübung darstellt oder ein krasses Missverhältnis der Interessen vorliegt.

OR 25 II konkretisiert OR 25 I und verpflichtet den Irrrenden sowohl beim Erklärungs- wie auch beim Grundlagenirrtum den Vertrag so gelten zu lassen, wie er ihn verstanden hat, wenn die andere Partei sich hierzu bereit erklärt hat.

Bsp.: Wer einen Drucker kauft und irrtümlicherweise meint, er habe eine Wifi-Funktion, kann sich nicht auf den Irrtum berufen, wenn der Verkäufer den Drucker gegen ein Modell mit Wifi-Funktion eintauscht.

Verweigert die andere Partei diese Erklärung, kann der Vertrag in analoger Anwendung von OR 20 II so ergänzt werden, wie ihn der Irrende abschliessen wollte oder ihn der Irrende bei konkreter Willensbildung abgeschlossen hätte.

c) Teilanfechtung analog OR 20 II

OR 20 II regelt die Teilnichtigkeit. Diese Bestimmung kommt bei Willensmängeln analog zur Anwendung. Der Vertrag kann durch die Teilanfechtung mit modifiziertem Inhalt aufrechterhalten werden. Der modifizierte Vertragsinhalt wird nach dem hypothetischen Parteiwillen ermittelt, wobei objektive Gesichtspunkte massgebend sind.

Bei Täuschung oder Drohung kann das Abstellen auf den hypothetischen Parteiwillen zum Vorteil der täuschenden oder drohenden Partei führen, was vermieden werden soll. Daher steht in diesen Fällen die Geltendmachung der Teilnichtigkeit bloss dem Getäuschten oder Bedrohten zu.

Die Teilanfechtung kommt einer Herabsetzung der Gegenleistung gleich. Es handelt sich daher faktisch um eine Minderung (OR 205 I).

D) Rechtsfolgen der Anfechtung

1.) Einseitige Unverbindlichkeit des Vertrages

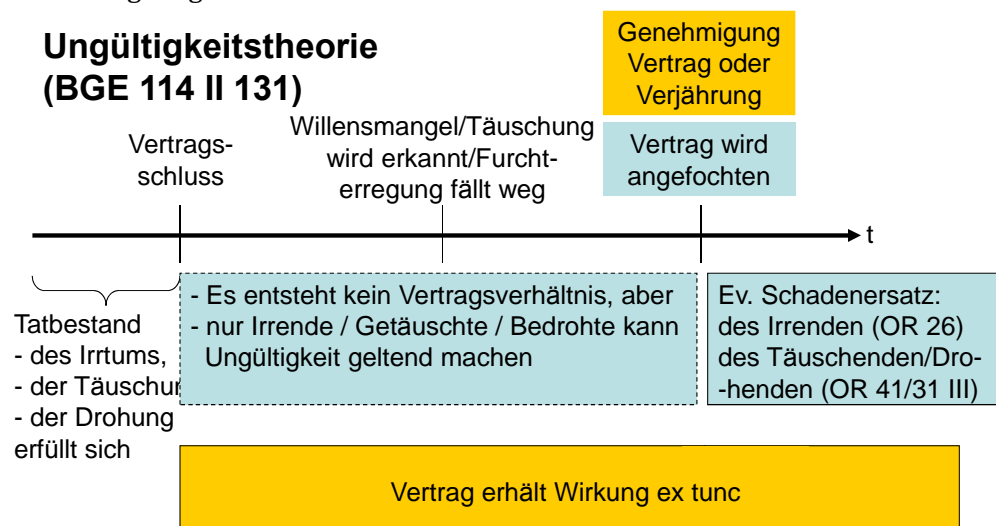
a) Wirkung

Für den Irrrenden, Getäuschten oder Bedrohten ist der Vertrag einseitig unverbindlich, wenn die Voraussetzungen von OR 24 ff. erfüllt sind.

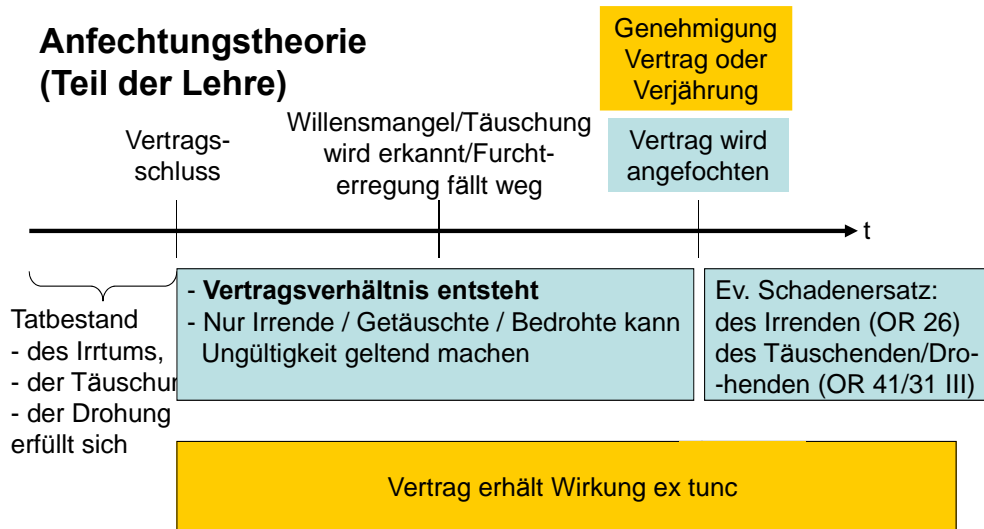
– Ungültigkeitstheorie (Bundesgericht)

Die einseitige Unverbindlichkeit wirkt ex tunc rückwirkend auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Der Vertrag wird damit so behandelt, als ob er von Anfang an ungültig gewesen wäre und somit nie zu Rechtswirkung gelang. Der Vertrag ist aufschiebend bedingt, da er nur durch Genehmigung entsteht.

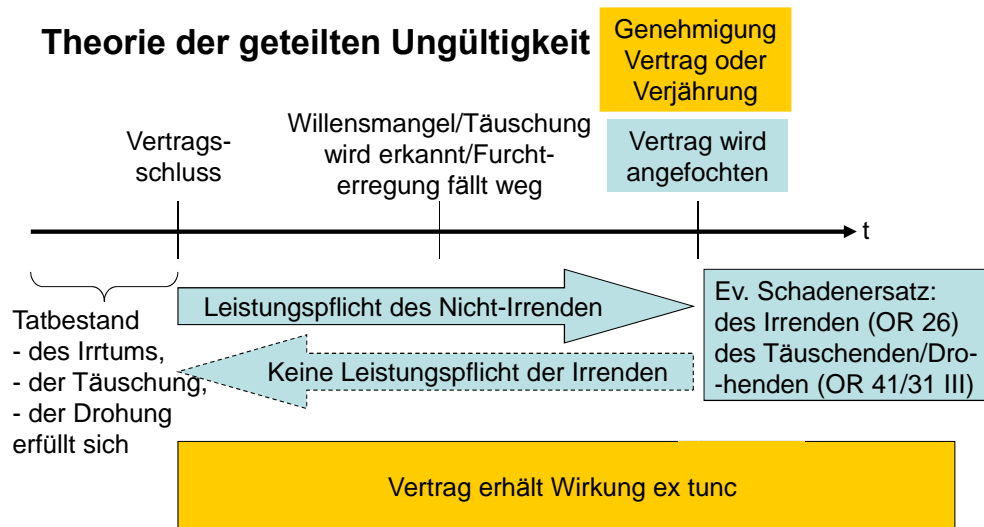
Faktisch wird eine zeitliche Befristung der Rückabwicklung auf 10 Jahre ab Leistung erreicht. Damit wird OR 31 I korrigiert, wonach eine unbefristete Anfechtung möglich sei.



- Anfechtungstheorie
Der Vertrag ist zunächst gültig entstanden und entfaltet alle vereinbarten Rechtswirkungen. Die Anfechtung führt zu einer rückwirkenden Ungültigkeit, womit der Vertrag auflösend bedingt ist.



- Theorie der geteilten Ungültigkeit
Der Vertrag ist nur für die betroffene Partei von Anfang an ungültig. Nur eine Partei trifft damit eine Leistungspflicht. Genehmigt die betroffene Partei den Vertrag, wird auch sie zur Leistung verpflichtet. Wird der Vertrag hingegen angefochten, fällt die Leistungspflicht der Gegenpartei dahin.



b) Praktische Bedeutung der unterschiedlichen Auffassungen

Die verschiedenen Theorien führen zu verschiedenen Ereignissen. Wird ein Kaufvertrag über ein Fahrzeug wegen eines Grundlagenirrtums einseitig unverbindlich, sind folgende Rechtsfolgen denkbar:

- Ungültigkeitstheorie: Nur durch Genehmigung des Vertrages wird man Eigentümer des Fahrzeuges. Ansonsten erlangt er erst nach 5 Jahren das Eigentum (ZGB 728 I).
- Anfechtungstheorie: Der Käufer wird mit Übergabe der Sache Eigentümer.
- Theorie der geteilten Ungültigkeit: Vertrag nur für den Verkäufer rechtswirksam. Käufer wird ebenfalls mit Übergabe der Sache Eigentümer.

2.) Aufhebung des Vertrags

Durch Anfechtung des Vertrages wird der Vertrag rückwirkend auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses unwirksam, ex tunc. Versprochene Leistungen sind nicht mehr zu erfüllen und bereits erbrachte Leistungen können zurückgefordert werden.

Sachen sind mit der Eigentumsklage (ZGB 641 II) zurückzufordern, Grundstücke mit der Grundbuchberichtigungsklage (ZGB 975), Ansprüche aus Immaterialgüterrechten und Forderungen nach den Regeln des Bereicherungsrechts (OR 62 ff.).

Bei synallagmatischen Verträgen sind die Parteien gemäss OR 82 zur Rückleistung nur Zug um Zug gegen Erbringung der Gegenleistung verpflichtet.

Ein anderer Teil der Lehre will die Rückabwicklung nach vertraglichen Grundsätzen vornehmen. Der Vertrag wandelt sich mit der Anfechtung daher in ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis. Es gilt damit die 10jährige Frist von OR 127. Die Rückerstattung von Geldleistungen verjährt nach OR 67 bereits nach einem Jahr. Die Eigentumsherausgabeklage verjährt hingegen nie.

Werden ganz oder teilweise abgewickelte Dauerschuldverhältnisse angefochten, stösst die Rückabwicklung nach reinen Vindikations- und Bereicherungsgrundsätzen oft auf praktische Schwierigkeiten. So können bspw. Arbeitsleistungen nicht in natura zurückgegeben werden. Die Anfechtung eines Dauerschuldverhältnisses gilt daher als Kündigung mit Wirkung ex nunc. Bereits erbrachte Leistungen verbleiben beim Empfänger.

3.) Schadensersatz

a) Schadensersatzpflicht des Irrtenden

Der Irrtende wird schadensersatzpflichtig, wenn er den Irrtum seinem eigenen Verhalten oder dem seines Verhandlungshelfen zuzuschreiben hat. Es handelt sich dogmatisch um einen Fall des Verschuldens beim Vertragsschluss (culpa in contrahendo-Haftung).

Nach OR 26 I hat der Irrtende das negative Vertragsinteresse zu ersetzen, sofern der Vertragspartner den Irrtum weder kannte noch hätte kennen sollen. Hätte der Vertragspartner den Irrtum kennen sollen, führt dies zu einer Haftungsreduktion.

Nach OR 26 II haftet der Irrtende zusätzlich für das positive Vertragsinteresse, wenn dies der Billigkeit (ZGB 4) entspricht. Der Grad des Verschuldens der Parteien sowie deren finanzielle Verhältnisse sind dabei zu berücksichtigen.

Die Bemessung des Schadensersatzes richtet sich nach OR 43 f.

b) Schadensersatzpflicht bei Täuschung und Drohung

Die Schadensersatzpflicht der Person, welche absichtlich getäuscht oder gedroht hat, kann sich alternativ aus OR 41 ff. (unerlaubte Handlung) oder aus culpa in contrahendo ergeben. Ein Verschulden beim Vertragsschluss liegt vor. Die Haftung für Hilfspersonen richtet sich nach OR 101 I.

Gemäss OR 31 III kann auch Schadensersatz verlangt werden, wenn der Vertrag genehmigt wurde. Der Anspruch auf Schadensersatz soll jedoch nur bestehen, wenn die Anfechtung aus einem besonderen Grund nicht zumutbar war.

Ging die Drohung von einem Dritten aus, kann der Bedrohte nach OR 29 II verpflichtet werden, seinem Vertragspartner Schadensersatz zu leisten. Dabei handelt es sich um eine Billigkeitshaftung, wobei der Vertragspartner die Drohung weder kennen durfte noch hätte kennen dürfen.

E) Konkurrenzen

1.) Grundlagenirrtum und Übervorteilung

Ein Vertrag kann sowohl den Übervorteilungstatbestand erfüllen, wie auch mit Willensmängeln behaftet sein.

In einem solchen Fall hat die betroffene Partei die Wahl, seinen Anspruch gestützt auf OR 21 oder OR 28 geltend zu machen. Die Ansprüche stehen in alternativer Konkurrenz. Der Beginn der Ausschlussfrist bzw. der Verwirkungsfrist ist unterschiedlich: Bei Übervorteilung beginnt sie mit Vertragsabschluss, bei Täuschung mit der Entdeckung der Täuschung.

2.) Grundlagenirrtum und Rechtsbehelfe des OR BT

- Grundlagenirrtum & kaufrechtliche Sachmängelgewährleistung:
Die Anfechtung wegen Grundlagenirrtums und die kaufrechtliche Sachgewährleistung stehen in alternativer Konkurrenz zueinander. Bezieht sich der Irrtum auf eine Eigenschaft der Kaufsache sollen die Sachgewährleistungsregeln jedoch abschliessend gelten.
Eine vertragliche Freizeichnungsklausel schliesst auch die Anfechtung des Vertrages wegen eines Grundlagenirrtums aus.
Beim Viehhandel kann sich der Käufer nur auf die kaufrechtlichen Sachgewährleistungsbestimmungen stützen.
Nach der Geltendmachung der Sachgewährleistungsansprüche ist eine Irrtumsanfechtung nicht mehr möglich, da der Käufer mit seiner Wahl der Gewährleistung den Vertrag nach OR 31 genehmigt hat.
- Grundlagenirrtum & kaufrechtliche Rechtsmängelhaftung:
Die Anfechtung wegen Grundlagenirrtums wird neben der Rechtsmängelhaftung nach OR 192 ff. konkurrierend zugelassen. Der Käufer eines gestohlenen Autos kann somit wählen, ob er seine Ansprüche gestützt auf den Grundlagenirrtum oder gestützt auf die Rechtsmängelhaftung geltend macht.
- Grundlagenirrtum & Werkvertrag (OR 373 II):
Die werkvertraglichen Gewährleistungspflichten gelten exklusiv. OR 373 II regelt als lex specialis die falsche Vorstellung über ausserordentliche Umstände, welche die Fertigstellung hindern oder übermässig erschweren.

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

Zwischen der Anfechtung eines Vertrages wegen Täuschung oder Drohung und den Rechtsbehelfen des OR BT besteht alternative Konkurrenz. Der getäuschte oder Bedrohte kann wählen, ob er am Vertrag festhalten und die Mängelrechte geltend machen möchte oder ob er den Vertrag anfechten will.

8 - Stellvertretung

A) Bedeutung, Interessenlage, Abgrenzungen und Arten

1.) Bedeutung und Interessenlage

Die Rechtswirkungen eines Rechtsgeschäftes treten grundsätzlich bei demjenigen ein, der handelt, womit ein Eigengeschäft vorliegt. Bei einem Vertretungsgeschäft treten die Rechtswirkungen bei einer anderen Person, dem Vertretenen, ein.

Die Stellvertretung wird in OR 32 ff. & OR 458 ff. geregelt und ist insbesondere im Geschäftsleben von grosser Bedeutung.

Bei einer Stellvertretung sind regelmässig 3 Parteien beteiligt:



Die beteiligten Parteien haben dabei unterschiedliche Interessen, welche angemessen geschützt werden müssen. Der Vertretene besitzt das Interesse, nur Handlungen solcher Personen gegen sich gelten zu lassen, die mit seinem Willen und in seinem Interesse tätig werden. Grundsätzlich wird der Vertretene daher nur unmittelbar berechtigt und verpflichtet (direkte Stellvertretung), wenn er den Vertreter ermächtigt hat. Da der Dritte Kenntnis des Vertragsverhältnisses benötigt, muss der Vertreter grundsätzlich im Namen des Prinzipals handeln, damit die Wirkungen der direkten Stellvertretung eintreten.

2.) Abgrenzungen

a) Zur indirekten (unechten / mittelbaren) Stellvertretung (OR 32 III)

Bei der direkten Stellvertretung handelt der Vertreter in fremden Namen und für fremde Rechnung. Die Rechtswirkungen treten dadurch direkt zwischen dem Vertretenen und dem Dritten ein.

Bei der indirekten Stellvertretung handelt der Vertreter mit Wirkung für sich selbst. Unmittelbar entfaltet sich eine Rechtswirkung nur zwischen ihm und dem Dritten. Zwischen dem Vertretenen und dem Dritten entsteht keine direkte Rechtsbeziehung. Der Vertreter handelt aber auf Rechnung des Vertretenen. Das Geschäft wird wirtschaftlich dem Vertretenen zugerechnet. Gemäss OR 32 III übernimmt der Vertretene die aus dem abgeschlossenen Rechtsgeschäft fliessenden Wirkungen. Angewendet wird die indirekte Stellvertretung, wo

- Die gewünschte Vertrauensbeziehung nur zwischen dem Vertreter und dem Dritten besteht
- Der Vertretene im Hintergrund bleiben will (bspw. im Kunstgeschäft)
- Wo der Vertretene selbst keinen Zugang zu den Geschäften hat (bei Effektenbörsen)

Die indirekte Stellvertretung wird im OR nur in vereinzelten Bestimmungen geregelt (OR 32 III, 401, 425 ff.).

Der Vertretene wird nur verpflichtet und berechtigt, wenn die Wirkungen auf ihn übertragen werden (OR 32 III). Forderungen werden nach Zessionsrecht übertragen (OR 164 ff.), Schulden nach den Regeln über die Schuldübernahme (OR 175 ff.) und dingliche Rechte nach den Bestimmungen des Sachenrechts (ZGB 714).

Im Auftragsrecht besteht eine Sonderregelung. Der Vertretene wird geschützt, indem unter bestimmten Voraussetzungen eine Legalzession angeordnet wird (OR 401 I und II). Hat der Beauftragte in eigenem Namen für den Vertretenen Forderungen erworben, so gehen diese von Gesetzes wegen (ohne Abtretungsvertrag) direkt auf den Vertretenen über, sobald dieser seinerseits allen Verbindlichkeiten aus dem Auftragsverhältnis nachgekommen ist. Diese Regelung gilt sinngemäss auch für die Kommission (OR 425 II). OR 401 I und II gelten jedoch nur für Forderungen, es gibt keine Legalschuldübernahme! Verpflichtungen sind also auch im Auftragsrecht nach den Regeln von OR 175 ff. zu übertragen.

b) Zur Botenschaft

Der Bote gibt keine eigene Willenserklärung ab, sondern übermittelt bloss eine fremde Willenserklärung. Als blosser Übermittler muss der Bote daher nicht urteilsfähig sein.

Der wesentliche Unterschied zwischen Stellvertretung und Botenschaft besteht in dem Zeitpunkt der Wirkungsentfaltung der Willenserklärung. Die Willenserklärung des Dritten wird bei der Stellvertretung bereits wirksam, wenn sie dem Stellvertreter zugeht. Bei der Botenschaft entfaltet sie hingegen erst Wirkung, wenn ihr Zugang nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge beim Geschäftsherrn erwartet werden kann.

Bei der Stellvertretung muss die Erklärung des Vertreters der Formvorschrift genügen. Bei der Botenschaft muss hingegen die Willenserklärung des Geschäftsherrn der Formvorschrift entsprechen. Beim Vorliegen eines Willensmangels ist bei der Stellvertretung auf den Vertreter abzustellen, bei der Botenschaft auf den Geschäftsherrn.

c) Zur Abschlussvermittlung (OR 412 ff., 418 ff.)

Eine Abschlussvermittlung kann durch einen Mäkler (OR 412 ff.) oder durch einen Vermittlungsagenten (OR 418a ff.) erfolgen. Der Mäkler oder Vermittlungsagent bereitet den Geschäftsabschluss bloss vor, sie geben keine eigene Willenserklärung ab.

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

Tathandlungen (Realakte) führen zu einer Veränderung der Aussenwelt. Die Rechtsfolge wird nicht an eine Willenserklärung, sondern an den äusseren Erfolg angeknüpft. Zu den Tathandlungen gehören bspw. Reparaturen im Rahmen eines Werkvertrages oder die Herstellung eines Produktes.

Fügt dabei der Angestellte einem Dritten einen Schaden zu, hat der Geschäftsherr nach OR 101 I und OR 55 I einzustehen, nicht aber aus Stellvertretung.

Keine Willenserklärungen sind ferner die rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen. Dazu gehören die Mahnung, die Rüge oder die Nachfristsetzung. Da sie den Willenserklärungen sehr nahe stehen, werden OR 32 ff. sinngemäss angewandt.

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

Der Dritte wird nicht Vertragspartei, man lässt sich zugunsten von ihm bloss eine Leistung versprechen. Der Dritte ist am rechtsgeschäftlichen Vorgang in keiner Weise beteiligt. Nur wenn es dem Willen der Vertragsparteien entspricht, steht ihm ein direktes Forderungsrecht zu (OR 112 II).

f) Zur Anweisung (OR 466 ff.)

Der Angewiesene wird vom Anweisenden ermächtigt, dem Anweisungsempfänger eine Leistung auf Rechnung des Anweisenden zu erbringen. Der Anweisungsempfänger ist ermächtigt, die Leistungserbringung in eigenem Namen

vom Angewiesenen zu fordern. Sowohl der Angewiesene wie auch der Anweisungsempfänger handeln daher in eigenem Namen, aber auf Rechnung des Anweisenden.

g) Zur Organschaft bei juristischen Personen

Juristische Personen sind handlungsfähig, sobald ihre Organe korrekt bestellt sind (ZGB 54). Die Organe der Gesellschaft sind nicht Stellvertreter sondern Teil der juristischen Person. Organe sind vom Gesetz bezeichnete Institutionen: Verwaltungsrat bei AG, Vorstand beim Verein und Stiftungsrat bei Stiftung. Darüber hinaus gibt es sogenannte faktische Organe. Ein faktisches Organ ist mit der Geschäftsführung betraut und trifft Entscheide, die eigentlich den gesetzlichen Organen vorbehalten sind. Dabei erfüllt die betreffende Person ihre Pflichten in eigener Entscheidungsbefugnis, selbstständig und eigenverantwortlich. Für die Vertretung von Organen gelten besondere Vorschriften, welche sich im Personen- und Gesellschaftsrecht oder im öffentlichen Recht finden. Fehlt es an einer Sondervorschrift, sind die Bestimmungen der direkten Stellvertretung (OR 32 ff.) sinngemäss anwendbar (OR 40).

3.) Arten

a) Gewillkürte und gesetzliche Stellvertretung

Die Stellvertretung kann von den Parteien vertraglich vereinbart werden oder aber vom Gesetz angeordnet sein.

b) Aktive und passive Stellvertretung

Bei einer aktiven Stellvertretung gibt jemand im Namen eines anderen eine Willenserklärung ab. Bei der passiven Stellvertretung nimmt er hingegen eine solche im Namen eines anderen entgegen.

Im Zweifel schießt die Ermächtigung zur aktiven Stellvertretung die passive mit ein.

c) Zivilrechtliche und handelsrechtliche Vertretung

OR 32 ff. regeln die zivilrechtliche (bürgerliche) Stellvertretung. Der Vertretene bestimmt selbst dem Umfang der Vollmacht, die er erteilt.

Bei der handelsrechtlichen Vertretung sind Vollmachten gesetzlich standardisiert. Dazu zählen die Prokura, die Handlungsvollmacht & die Vollmacht des Handelsreisenden. Die besonderen handlungsrechtlichen Vorschriften sind anwendbar (OR 458 f., 462 f. sowie 348b f.).

B) Voraussetzungen der Vertretungswirkung

1.) Urteilsfähigkeit des Vertreters

Diese ist erforderlich, da der Vertreter eine eigene Willenserklärung abgibt. Der Vertreter muss jedoch nicht voll handlungsfähig sein, da die Wirkungen des Rechtsgeschäftes nicht ihn selbst treffen. Damit ist auch eine Vertretung durch ein urteilsfähiges Kind möglich. Das Risiko durch die fehlende Handlungsfähigkeit trägt der Vertretene, da er selbst entscheiden kann, wen er bevollmächtigt.

Bei der gesetzlichen Vertretung ist zum Schutz des Vertretenen die volle Handlungsfähigkeit des Vertreters vorausgesetzt (ZGB 269 II, ZGB 379 I).

2.) Vertretungsfreundlicher Vertrag

Die Vertretung muss für den fraglichen Vertrag zulässig sein. Vor allem im Familien- oder Erbrecht gibt es vertretungsfreundliche Rechtsgeschäfte, da der Betroffene in diesen höchstpersönlichen Bereichen selbst handeln muss.

3.) Ermächtigung

Die Vertretungsmacht oder Ermächtigung ist das rechtliche Können zum Handeln mit Fremdwirkung, was primär das Aussenverhältnis zwischen Prinzipal und dem Dritten betrifft. Davon ist das rechtliche Dürfen (Vertretungsbefugnis) zu unterscheiden, welches das Verhältnis zwischen dem Prinzipal und dem Vertreter beschlägt.

Rechtsgrundlagen für die Vertretungsmacht können sein:

- Gesetz: Vertretungsmacht der Eltern für unmündige Kinder (ZGB 304), des Vormunds für den Bevormundeten (ZGB 407 ff.) oder aber die Ermächtigung ergibt sich aus dem öffentlichen Recht des Bundes oder der Kantone.
- Rechtsgeschäft: Eine Vollmacht kann eingeräumt werden (OR 34 I).

Vertretungsmacht und Ermächtigung können synonym gebraucht werden. Der Begriff der Vollmacht hat den gleichen Bedeutungsumfang, gilt aber für die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht (OR 33 II).

4.) Handeln in fremdem Namen

a) Grundsatz

Gemäss OR 32 I muss der Vertreter in fremdem Namen handeln. Dies liegt im Interesse des Dritten, da dieser wissen möchte, wer sein Vertragspartner ist. Das Vertretungsverhältnis muss daher offengelegt werden.

Die Offenlegung muss spätestens beim Vertragsabschluss erfolgen. Dabei kann die Erklärung ausdrücklich oder konkludent abgegeben werden. So kann nach OR 32 II Ort und Art der Tätigkeit zum Ausdruck bringen, dass für einen Geschäftsherrn gehandelt wird.

Die Person des Vertretenen kann beim Geschäftsabschluss bestimmt oder unbestimmt sein.

– Bestimmter Vertretene

Der Vertretene ist bestimmt, wenn er bis zum Geschäftsabschluss dem Dritten bekannt ist. Er kann namentlich bezeichnet oder auf andere Weise identifiziert werden.

– Unbestimmter Vertretene

Beim Handeln für denjenigen, den es angeht, kann der Vertretene zwar bestimmt sein, aber dem Dritten noch nicht bekannt gemacht sein. Oder aber der Prinzipal ist noch gar nicht bestimmt, weil man bspw. noch nicht weiss, welcher Mitarbeiter eine Geschäftsreise antreten wird. Oder aber der Vertretene ist unbestimmt, weil die Bezeichnung noch nicht zur objektiven Bestimmung genügt (bspw. Mitarbeiter der Firma X). In allen Fällen muss der Vertretene später noch bezeichnet werden, damit die Wirkungen der direkten Stellvertretung eintreten. Unterbleibt die Benennung, wird OR 39 analog angewandt.

Ob der Vertreter in eigenem oder fremdem Namen handelt, ist nach dem Vertrauensprinzip zu ermitteln. Ein Handeln in fremdem Namen kann auch vorliegen, wenn der Vertreter mit Vertretungswillen handelt und der Dritte dies hätte erkennen müssen.

Handelt der Vertreter ohne Vertretungswillen, können Vertretungswirkungen eintreten, wenn der Dritte ein Vertretungsverhältnis annehmen darf. Es genügt damit also bereits, wenn das Verhalten des Vertreters objektiv als Handeln in fremdem Namen zu werten ist.

Ist das Handeln objektiv nicht als Handeln in fremdem Namen zu werten, liegt ein Eigengeschäft des Vertreters vor. Er wird damit selbst Vertragspartei. Wollte der Vertreter kein eigenes Geschäft abschliessen, kann er den Vertrag aufgrund des Erklärungsirrtums nach OR 24 I anfechten.

Zu unterscheiden ist das Handeln unter fremdem Namen. Gibt sich der Angestellte als Geschäftsinhaber aus wird äusserlich ein Eigen- und nicht ein Fremdgeschäft abgeschlossen.

b) Ausnahmen vom Prinzip der Offenkundigkeit (OR 32 II)

Ist es dem Dritten gleichgültig, mit wem er den Vertrag abschliesst, muss der Vertreter ausnahmsweise nicht anzeigen, dass er in fremdem Namen handelt. Der blosser Vertretungswille des Vertreters reicht aus, um eine volle Vertretungswirkung zu entfalten.

Das Erfordernis der Gleichgültigkeit ist erfüllt, wenn der Dritte bereit wäre, den Vertrag auch mit dem Vertretenen zu schliessen.

Bsp.: Barkauf im Warenhaus oder auf dem Markt

C) Wirkungen der direkten Stellvertretung

Ausschliesslich der Vertretene wird aus dem Rechtsgeschäft berechtigt und verpflichtet. Der Vertretene muss sich alle Rechtshandlungen des Vertreters anrechnen lassen. Der Vertretene muss sich auch das Wissen des Vertreters anrechnen lassen und umgekehrt. Hat sich der Vertreter in einem Irrtum befunden oder liegen sonstige Willensmängel vor, sind diese vom Vertretenen geltend zu machen. Die Berufung auf einen Willensmangel ist jedoch rechtsmissbräuchlich und daher ausgeschlossen, wenn der Vertretene den wahren Sachverhalt kennt.

D) Vollmacht

= durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht

1.) Bevollmächtigung

a) Allgemeines

Die Bevollmächtigung ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. In seiner Willenserklärung erklärt der Vertretene als Vollmachtgeber, dass der Vertreter als Bevollmächtigter befugt ist, den Vertretenen gegenüber Dritten zu vertreten. Als einseitiges Rechtsgeschäft bedarf es keiner Annahmeerklärung durch den Vertreter. Die Willenserklärung entfaltet ihre Wirkung direkt mit Zugang beim Empfänger. Sie wird damit unabhängig vom Willen des Vertreters rechtswirksam. Der Vertreter wird bloss zur Bevollmächtigung berechtigt, nicht verpflichtet. Die Vollmachterteilung ist an keine besondere Form gebunden, es sei denn, das Gesetz schreibt eine solche vor (bspw. OR 493 VI, 348b I, 689b II). Ansonsten gilt die Formfreiheit selbst dann, wenn die Vollmacht auf den Abschluss eines formbedürftigen Vertrages richtet. Bezieht sich der Formzwang auch auf die beteiligten Parteien, muss das Vertretungsverhältnis aus der Urkunde hervorgehen, ansonsten ist der Vertrag formungültig.

b) Vollmacht und Grundverhältnis

Zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten besteht in der Regel ein Rechtsverhältnis, das Grundverhältnis. Dieses kann auf einem Vertrag oder auf Geschäftsführung ohne Auftrag beruhen.

Die Vollmacht ist vom Grundverhältnis gelöst. Sie ist ein eigenes, selbstständiges Rechtsverhältnis und in ihrem Bestand unabhängig vom Grundgeschäft. Ist das Grundgeschäft mangelhaft, bleibt die Vollmacht gültig.

OR 396 II scheint im Widerspruch zum Grundsatz der Abstraktheit der Vollmacht zu stehen. Der Bevollmächtigte wird mit der Auftragserteilung gleichzeitig auch zu allen Rechtshandlungen ermächtigt, die zur Ausführung des Auftrages gehören. Das Gesetz vermutet, dass derjenige, der einen anderen beauftragt, diesen auch stillschweigend ermächtigt, bestimmte Rechtshandlungen in seinem Namen vorzunehmen. Bei Beendigung des Auftrags fällt vermutungsweise auch die Vollmacht dahin. Trotzdem ist die Vollmacht rechtlich unabhängig vom Bestand des Grundverhältnisses. Das Erlöschen der Vollmacht berührt das Grundverhältnis grundsätzlich nicht (OR 34 I).

Die Vollmacht entfaltet ihre Wirkung im Aussenverhältnis, zwischen Vollmachtgeber und Drittem. Der Bevollmächtigte wird berechtigt, im Namen des Geschäftsherrn tätig zu werden. Das Grundverhältnis regelt hingegen das Innenverhältnis, zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem.

c) Kundgabe der Vollmacht

- Interne Vollmacht
Richtet sich direkt an den gewillkürten Vertreter.
- Externe Vollmacht
Umfasst eine Kundgabe der Vollmacht an Dritte. Dabei kann die Kundgabe gegenüber Dritten auch durch Vorlage einer Vollmachtsurkunde erfolgen. Die Kundgabe der Vollmacht ist eine blosser Wissensmitteilung, die grundsätzlich keine Rechtswirkung auslöst. Die Kundgabe einer nicht existierenden Bevollmächtigung kann jedoch zu einer Vertretungswirkung führen, wenn der Dritte gutgläubig auf die Richtigkeit der Kundgabe vertraut (OR 33 III).

2.) Umfang und Art der Vollmacht

Gemäss OR 33 II ergibt sich Art und Umfang der Vollmacht aus der Bevollmächtigung. Damit bestimmt der Vollmachtgeber über Art und Umfang. Hat der Bevollmächtigte den Umfang der Vollmacht nicht richtig verstanden, ist diese als Willenserklärung nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Massgebend ist, wie der Bevollmächtigte die Erklärung des Vollmachtgebers nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstehen musste und durfte.

Wesentliche Gesichtspunkte sind der Zweck der Vollmacht, das Grundverhältnis und die Interessen des Vollmachtgebers. Es kommt daher zu einer objektivierten Auslegung. Überschreitet der Vertreter den nach dem Vertrauensprinzip bestimmten Umfang der Vollmacht, handelt er vollmachtlos. Diesem Fall wird auch die weisungswidrige Verwendung der Vollmacht gleichgestellt. Handelt der Vertreter entgegen den offenkundigen Interessen des Prinzipals, liegt ein Vollmachtmissbrauch vor, der wie die Überschreitung der Vollmacht zu beurteilen ist.

Der Vollmachtgeber kann die Vollmacht jederzeit beliebig nach Dauer oder Gebiet beschränken. Auch eine sachliche oder persönliche Beschränkung ist denkbar.

a) Spezial-, Gattungs- und Generalvollmacht

- Spezialvollmacht: Umfasst bloss ein einzelnes Rechtsgeschäft.
- Gattungsvollmacht: Der Vertreter wird bevollmächtigt, Geschäfte einer bestimmten Gattung oder Art abzuschliessen.
- Generalvollmacht: Dem Vertreter wird eine Vollmacht für alle Rechtsgeschäfte erteilt, die ein bestimmtes Vermögen betreffen.

b) Kaufmännische Vertretung

Bei der kaufmännischen Vertretung ist der Umfang der Vertretungsmacht gesetzlich standardisiert. Die gesetzliche Regelung ist zwar dispositiver Natur, doch dürfen gutgläubige Dritte in jedem Fall auf den im Gesetz umschriebenen Umfang der Vertretungsmacht vertrauen.

Überschreitet der Vertreter seine Vertretungsbefugnis, handelt er aber doch noch im gesetzlich definierten Umfang der Vertretungsmacht, kommt ein Vertrag zwischen dem Vertretenen und dem gutgläubigen Dritten zustande. Im Innenverhältnis macht sich der Vertreter aber haftbar.

Als Prokurist, Handlungsbevollmächtigter oder Handelsreisender können nur natürliche Personen auftreten.

- Prokura (OR 459 f.)
 Kann in irgendeiner Form, auch stillschweigend, erteilt werden (OR 458 I). Für bestimmte Rechtsgeschäfte bedarf es jedoch einer ausdrücklichen, schriftlichen Bevollmächtigung (OR 459 II).
 Die Prokura muss ins Handelsregister eingetragen werden. Dabei hat die Eintragung jedoch nur deklaratorische Wirkung (OR 458 II). Der Geschäftsherr kann also auch vor Eintragung der Prokura durch die Handlungen des Prokuristen berechtigt und verpflichtet werden. Der Handelsregistereintrag für die nichtkaufmännische Prokura wirkt hingegen konstitutiv (OR 458 III).
 Es sind 2 Beschränkungen im Handelsregister eintragbar (OR 460):
 - Filialprokura: Gilt nur für Geschäfte einer Zweigniederlassung
 - Kollektivprokura: Gilt nur zusammen mit einem anderen.
 Die Prokura kann auch durch einen Maximalbetrag oder Ausschluss gewisser Geschäfte beschränkt werden. Diese Beschränkungen können aber aufgrund der Verkehrssicherheit nicht im Handelsregister eingetragen werden und können gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden (OR 460 III).
 Geht die Prokura unter, ist ihr Erlöschen in jedem Fall im Handelsregister einzutragen. Dies gilt selbst dann, wenn die Prokura nicht eingetragen war (OR 461 I). Wird das Erlöschen nicht eingetragen, bleibt die Prokura gegenüber jeglichen Dritten bestehen. Der Geschäftsherr wird nur dann nicht an den Vertrag gebunden, wenn er beweisen kann, dass der Dritte vom Erlöschen tatsächlich Kenntnis hatte (OR 933 II).
 Tod und Verlust der Handlungsfähigkeit des Vollmachtgebers führen nach OR 465 II noch nicht zum Erlöschen der Prokura (und der Handlungsvollmacht).
- Handlungsvollmacht (OR 462)
 Kann in irgendeiner Form, auch stillschweigend, erteilt werden (OR 458 I). Für bestimmte Rechtsgeschäfte bedarf es jedoch einer ausdrücklichen, schriftlichen, Bevollmächtigung (OR 462 II).
 Die Handlungsvollmacht kann nicht ins Handelsregister eingetragen werden.
- Handelsreisender (OR 348b II)
 Diese kaufmännische Vertretung muss schriftlich erteilt werden (OR 348b I). Damit wird der Grundsatz der Formfreiheit durchbrochen. Ihr Umfang gegenüber Dritten bestimmt sich nach OR 348b II.
 Die Vollmacht des Handelsreisenden kann nicht ins Handelsregister eingetragen werden.

c) **Aktive und passive Vollmacht**

Die Vollmacht kann eine aktive Berechtigung zum rechtsgültigen Handeln oder eine passive Berechtigung zum rechtsgültigen Empfangen von Willenserklärungen sein.

d) **Haupt- und Untervollmacht**

Mit einer Hauptvollmacht wird dem Vertreter die Vollmacht erteilt, dass er wiederum einen weiteren Vertreter (Untervollmacht) bevollmächtigen kann. Oft wird von Substitution gesprochen, was aber irreführend ist.

Der Untervertreter handelt grundsätzlich unmittelbar im Namen und mit Wirkung für den Geschäftsherrn und nicht mittelbar für den Hauptvertreter.

e) **Einzel- und Kollektivvollmacht**

- Einzelvollmacht

Der Vertreter ist berechtigt, alleine für den Vertretenen zu handeln.

Im Aktienrecht gilt das Prinzip der Einzelzeichnungsberechtigung der Verwaltungsräte (OR 718 I Satz 2).

- Kollektivvollmacht

Zwei oder mehrere Vertreter müssen zusammen handeln (OR 460 II). Erforderlich ist dabei die Zustimmung aller zur Vertretung Berechtigten, wobei ein bestimmtes Quorum oder eine bestimmte Konstellation festgelegt werden kann. Zweck der Kollektivvollmacht besteht in der gegenseitigen Kontrolle der Vertreter.

Bei der Kollektivvollmacht ist ein Zusammenwirken der Vertreter gefordert. Es ist jedoch nicht notwendig, dass die Vertreter gemeinschaftlich oder gleichzeitig handeln. Das Rechtsgeschäft wird mit der Erklärung des letzten zur Mitwirkung berufenen Vertreters rechtswirksam. Es reicht daher aus, wenn bloss ein Vertreter tätig wird und die anderen bloss zustimmen oder nachträglich genehmigen.

Die vorgängige Zustimmung genügt zur wirksamen Ausübung der Kollektivvollmacht nur dann, wenn der Inhalt des betreffenden Geschäfts bereits feststeht und der zustimmende Kollektivvertreter bekannt ist.

Bei der passiven Kollektivvertretung steht die Vertretungsmacht jedem einzelnen Vertreter einzeln zu, sofern sich aus den Umständen nichts anderes ergibt.

Handelt ein Kollektivvertreter allein, wird ein Dritter in seinem guten Glauben nur geschützt, wenn der Prinzipal einen Zustand schafft, der den Eindruck erweckt, dass der Prinzipal den Kollektivvertreter als Einzelvertreter gewähren lässt.

Bsp.: X war lange Zeit einzelzeichnungsberechtigt. Seine Vollmacht wird in subjektiver Hinsicht zu einer Kollektivvollmacht beschränkt. Dies kann einem gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden.

Die gesetzliche Stellvertretung sieht oft eine Kollektivvertretung vor (ZGB 304 I i.V.m. 297 I, OR 555).

Von der Kollektivvollmacht ist die Solidarvollmacht zu unterscheiden, wobei mehreren Vertretern eine Einzelvollmacht erteilt wird. Dabei kann jeder Vertreter allein tätig werden.

f) **Insichgeschäfte**

Ein und dieselbe Person ist auf beiden Seiten tätig.

- Selbstkontrahieren (Selbsteintritt)
Der Vertreter schliesst ein Geschäft im Namen des Vertretenen mit sich selbst.
- Doppelvertretung
Der Vertreter handelt in Namen des Vertretenen auf der einen Seite und gleichzeitig auf der anderen Seite im Namen eines Dritten, den er ebenfalls vertritt.

Wird der Vertreter auf beiden Seiten tätig, ist die Möglichkeit einer Interessenkollision besonders gross. Deshalb sind Insichgeschäfte grundsätzlich unzulässig und damit ungültig.

Ausnahmsweise sind Insichgeschäfte jedoch erlaubt:

- Wenn der Vertretene den Vertreter zu einem solchen Geschäft besonders ermächtigt oder dieses nachträglich genehmigt
- Wenn die Natur des Rechtsgeschäftes die Gefahr der Benachteiligung des Vertretenen ausschliesst

Liegt kein Ausnahmefall vor, überschreitet der Vertreter seinen Vollmachtumfang und die Vertretungswirkung bleibt aus. Hat der Geschäftsherr dennoch ein Interesse am Rechtsgeschäft, kann er dieses nachträglich genehmigen (OR 38 I). Bei der AG hat die Genehmigung durch ein über- oder nebengeordnetes Organ zu erfolgen.

Abzugrenzen ist der Konflikt zwischen den Interessen der juristischen Person und jenen des handelnden Organs. Es wird vermutet, dass interesse- und pflichtwidriges Verhalten vom mutmasslichen Willen der juristischen Person nicht gedeckt ist. Stillschweigende Beschränkungen der Vertretungsbefugnis können gutgläubigen Dritten aber nicht entgegengehalten werden. Der Interessenkonflikt beschränkt

daher die Vertretungsbefugnis nur, wenn der Interessenkonflikt für Dritte erkennbar war.

3.) Erlöschen der Vollmacht

a) Erlöschungsgründe

- Fristablauf, Eintritt der Bedingung oder Geschäftserfüllung
Die Dauer der Vollmacht ergibt sich in der Regel aus dem Inhalt der Bevollmächtigung. Ist nichts anderes ersichtlich, wird angenommen, dass die Vollmacht stillschweigend für die Dauer des Grundverhältnisses erteilt ist.
- Widerruf durch den Vollmachtgeber
Der Vollmachtgeber kann die Vollmacht jederzeit durch eine Gestaltungserklärung ganz oder teilweise widerrufen (OR 34 I, 465 I). Der Widerruf wirkt ex nunc, nur für die Zukunft.
Der Vollmachtgeber kann dabei nicht auf sein Widerrufsrecht verzichten. Dies gilt generell und nicht nur im Voraus, wie es OR 34 II vermuten lässt. Eine Konventionalstrafe für den Fall des Widerrufs ist unzulässig. Es kann jedoch vereinbart werden, dass der Widerruf an eine Form gebunden ist.
Auch der Widerruf stellt ein einseitiges Rechtsgeschäft dar. Die Willenserklärung wird wirksam, sobald sie dem Bevollmächtigten zugegangen ist, wobei sie ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen kann.
- Verzicht durch den Vertreter
Der Verzicht auf die Bevollmächtigung ist nicht gesetzlich geregelt, aber von der herrschenden Lehre anerkannt. Die Verzichtserklärung stellt eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung dar, die ex nunc wirkt.
Es braucht keinen zusätzlichen Widerruf durch den Vertretenen. Die Vollmacht kann damit unabhängig vom Willen des Vertretenen erlöschen.
- Gesetzliche Erlöschungsgründe
Gemäss OR 35 I erlöscht die Vollmacht mit dem Tod, der Verschollenheitserklärung, dem Verlust der Handlungsfähigkeit oder dem Konkurs des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten. Die gleiche Wirkung hat die Auflösung einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft (OR 35 II). Eine Abweichung besteht bei der Prokura und der Handlungsvollmacht. Bei ihnen stellt der Tod & Handlungsunfähigkeit kein Erlöschungsgrund dar (OR 465 II). Die Vollmacht erlöscht aber nur, wenn der Vollmachtgeber nichts anderes bestimmt hat und sich aus der Natur des Geschäftes nichts Abweichendes ergibt.

b) Rechtsfolgen des Erlöschens der Vollmacht

Die Vertretungsmacht des Vertreters fällt dahin. Unter bestimmten Umständen wird jedoch der gute Glaube des Dritten (OR 33 III, 34 III) und des Vertreters (OR 37) in Bestand und Umfang einer (erloschenen) Vollmacht geschützt. Durch eine Genehmigung kann der Prinzipal zudem eine Vertretungswirkung doch noch herbeiführen (OR 38).

OR 36 I verpflichtet den Vertreter zur Rückgabe oder gerichtlichen Hinterlegung einer allenfalls ausgestellten Vollmachtsurkunde (OR 400 I). Unterlässt der Prinzipal verschuldet den Rückruf, haftet er gutgläubigen Dritten aus culpa in contrahendo (OR 36 II). Die Vertretungswirkungen treten jedoch nicht ein.

E) Stellvertretung ohne Vertretungsmacht

Handelt der Vertreter ohne Vertretungsmacht, bleibt die Vertretungswirkung grundsätzlich aus. Keine Vertretungsmacht besteht, wenn

- die Vollmacht nie oder nicht mit dem erforderlichen Umfang bestanden hat
- die ursprünglich einmal erteilte Vollmacht vor Abschluss des Geschäfts beschränkt wird oder erlischt
- der Kollektivbevollmächtigte alleine handelt

In solchen Fällen wird der Vertretene nur berechtigt und verpflichtet, wenn ein Gutgläubensschutz greift und das Geschäft genehmigt.

1.) Gutgläubensschutz des Dritten (externe Vollmacht)

a) Die gemeinsamen Merkmale von OR 33 III und 34 III

- Kundgabe der Vollmacht

Der Vertretene muss die Vollmacht nach aussen kundgegeben haben. Der Vertreter handelt gegenüber einer Person, der die Vollmacht mitgeteilt wurde. Die Kundgabe der Vollmacht ist eine blosser Wissensklärung, die nach dem Vertrauensprinzip auszulegen ist.

Die Mitteilung bedarf keiner besonderen Form. Sie kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Die ausdrückliche Mitteilung kann sich an eine oder mehrere bestimmte Personen oder aber an einen unbestimmten Personenkreis (durch öffentliche Mitteilung in einem Inserat) richten.

Die Kundgabe der Vollmacht kann auch ohne Erklärungsbewusstsein des Vollmachtgebers wirksam werden. Erforderlich ist lediglich, dass ihm die Erklärung objektiv zurechenbar ist.

Die Vertretungswirkung tritt somit immer dann ein, wenn der Dritte durch das aktive oder passive Verhalten des Vertretenen nach Treu und Glauben auf einen Mitteilungswillen schliessen durfte. Beim passiven Verhalten müssen hinreichende objektive Umstände vorliegen.

Auch eine mittelbare Kundgabe ist möglich, indem der Prinzipal eine Vollmachtsurkunde dem Vertreter gibt, welcher sie dem Dritten aushändigt. Im Rahmen eines Vertrages kann die Kundgabe auch durch eine besondere Vertragsklausel erfolgen.

- Gutgläubigkeit des Dritten

Der Dritte muss aufgrund der Umstände darauf vertrauen, dass ein Fremdgeschäft und nicht ein Eigengeschäft des Vertreters vorliegt. Handelt der Dritte mit der nötigen Sorgfalt (ZGB 3 II), wird er im kundgegebenen Umgang der Vollmacht geschützt. Bei Verdachtsgründen hat der Dritte abzuklären, ob tatsächlich eine rechtswirksame Vollmacht vorliegt.

Die Gutgläubigkeit heilt den Vollmachtmangel. Man behandelt den Fall, als ob eine genügende Vollmacht vorliegen würde. Der Vertretene wird damit an den Vertrag gebunden.

b) OR 33 III im Speziellen

Der Tatbestand von OR 33 III wird auch als externe Vollmacht, Rechtsschein-, Anscheins-, Duldungsvollmacht oder als Quasivollmacht bezeichnet.

Dabei werden dem Vertretenen Handlungen zugerechnet, für die er dem Vertreter keine Vollmacht erteilt hat, womit die vorgenommenen Handlungen nicht seinem tatsächlichen Willen entsprechen. Das Vertrauen des Dritten kann verschiedene Gründe haben:

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

Der Umfang der Vollmacht gegenüber dem Dritten beurteilt sich nach Massgabe der Kundgabe. Die Vertretungswirkung tritt ohne Rücksicht auf die interne Vollmacht ein.

Gibt der Vertretene in Täuschungsabsicht eine zu weite Vollmacht kund, hat er sie im Umfang der Kundgabe gegen sich gelten zu lassen.

Geht die dem Vertreter erteilte Vollmacht weiter als deren Kundgabe, tritt die Vertretungswirkung im Umfang der erteilten Vollmacht ein, wenn der Dritte den weiteren Umfang dieser internen Vollmacht nicht kannte.

c) OR 34 III im Speziellen

Der Vertretene muss die dem Vertreter erteilte Vollmacht gegenüber Dritten kundgeben. Bei OR 34 III hat der Vollmachtgeber die Vollmacht nachträglich widerrufen oder eingeschränkt.

Tatbestandsvoraussetzung ist, dass der Vertreter nach dem Erlöschen der Vollmacht weiterhin rechtsgeschäftlich tätig ist. Dabei wurde die Vollmacht vom Vertretenen ganz oder teilweise widerrufen, ohne dass der Widerruf den Dritten mitgeteilt wurde.

Gleiches gilt, wenn der Vertreter eine ihm ausgestellte Vollmachtsurkunde weiterhin trotz Widerruf der Vollmacht verwendet. Dabei entsteht keine Schadensersatzpflicht nach OR 36 II.

OR 34 III kommt sinngemäss zur Anwendung, wenn eine kundgegebene Vollmacht durch Fristablauf oder Eintritt einer Resolutivbedingung erloschen ist.

2.) Gutgläubensschutz der Vertreterin (OR 37)

OR 37 behandelt den Fall, in dem der Vertreter auch mit pflichtgemässer Sorgfalt nicht wissen konnte, dass die Vollmacht erloschen ist. Dann wird der Fortbestand der Vollmacht von Gesetzes wegen fingiert.

Handelt der Vertreter, obwohl ihm das Erlöschen der Vollmacht bekannt ist, tritt die Vertretungswirkung nicht ein und der Vertreter wird nach OR 38 I schadensersatzpflichtig.

OR 37 will primär den Vertreter vom Haftungsrisiko von OR 39 befreien.

OR 37 geht OR 36 vor. Versäumt der Vollmachtgeber, die Vollmachtsurkunde zurückzufordern, wird er nach OR 37 berechtigt und verpflichtet, wenn der Vertreter keine Kenntnis vom Erlöschen der Vollmacht haben muss. Die Schadensersatzpflicht von OR 36 II tritt damit nur bei einem Missbrauch der Vollmachtsurkunde ein.

3.) Genehmigung durch den Vertretenden (OR 38)

a) Allgemeines

Fehlt eine Vertretungsmacht, wird der Vertretene nicht an den Vertrag gebunden. Der Vertretene kann aber die Handlungen des Vertreters nachträglich genehmigen. Die Genehmigung ersetzt damit die Vollmacht.

Die Genehmigung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung (Gestaltungserklärung), welche ausdrücklich oder konkludent erfolgen kann. Die Genehmigung wird regelmässig gegenüber dem Dritten erklärt. Es ist aber auch denkbar, dass die Erklärung gegenüber dem Bevollmächtigten erfolgt.

Setzte der Dritte eine Frist nach OR 38 II, kann die Genehmigung nur noch gegenüber dem Dritten rechtswirksam erklärt werden.

Als Gestaltungserklärung ist sie bedingungsfeindlich und grundsätzlich unwiderruflich. Die Genehmigung bedarf keiner besonderen Form, ausser die Vollmacht sei formbedürftig.

OR 38 gilt grundsätzlich nur für den Abschluss von Schuldverträgen, wird aber auch für andere Rechtshandlungen des Vertreters angewendet.

b) Rechtslage bis zum Entscheid der Genehmigung

Bis zur Erteilung einer Genehmigung oder Ablehnung ist der abgeschlossene Vertrag einseitig unverbindlich. Der Dritte ist vorläufig an seine Erklärung gebunden, der Vertretene hingegen nicht. Die Handlung des Vertreters bleibt damit rechtlich «in der Schwebe».

Da diese unsichere Rechtslage für den Dritten auf Dauer nicht zumutbar ist, kann er nach OR 38 II den Schwebezustand durch Ansetzung einer angemessenen Frist beenden. Genehmigt der Vertretene den Vertrag nicht innert dieser Frist, wird der Dritte vom Vertrag befreit.

Stillschweigen gilt grundsätzlich als Ablehnung der Genehmigung, womit der Dritte vom Vertrag befreit wird. Das Stillschweigen kann jedoch als Genehmigung interpretiert werden, wenn es dem Vertretenen zumutbar gewesen wäre, gegen den Vertrag Widerspruch zu erheben und sein Schweigen als Zustimmung gedeutet werden dürfte.

Das Recht zur Fristansetzung besteht unabhängig davon, ob der Dritte bei Vertragsschluss das Fehlen der Vollmacht kannte oder nicht. Er kann sich aber nicht den Grundlagenirrtum berufen, wenn ihm das Fehlen der Vollmacht bekannt war.

c) Rechtslage nach erfolgter Genehmigung

Wird das Rechtsgeschäft genehmigt, tritt seine Wirkung ex tunc ein. Hat der Vertreter jedoch unter Vorbehalt der Genehmigung gehandelt, wird das Rechtsgeschäft erst ex nunc durch die Genehmigung wirksam.

Der Prinzipal kann auch ein unzulässiges Insiggeschäft genehmigen.

Die Genehmigung des Vertrages entfaltet ihre Wirkung zwischen dem Vertretenen und dem Dritten. Im internen Verhältnis kann der Vertretene den Vertreter aufgrund des vollmachtwidrigen Verhaltens belangen. (Bspw. Schadensersatz wegen Schlechterfüllung des Auftrags).

d) Rechtslage bei Nichtgenehmigung

Ohne Genehmigung tritt keine Vertretungswirkung ein. Die Nichtgenehmigung ist endgültig, da sie ein Gestaltungsrecht darstellt und daher unwiderruflich ist.

Der Vertreter wird dem Dritten schadensersatzpflichtig nach OR 39.

4.) Rechtsfolgen der fehlenden Vertretungswirkung

a) Rechtsverhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Dritten

Vorbehältlich OR 36 II wird der Vertretene dem Dritten nicht haftbar.

OR 36, ein gesetzlich geregelter Fall der culpa in contrahendo, verpflichtet den Vertretenen zu Schadensersatz, wenn die Vollmacht erlischt und der Vertretene die Vollmachtsurkunde nicht zurückfordert. Der Vertretene muss es schuldhaft unterlassen haben, sich rechtzeitig um die Rückgabe der Urkunde zu bemühen. Der Dritte muss im berechtigten Vertrauen auf die Vollmachtsurkunde kontrahiert haben. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, hat der Vertretene das negative Vertragsinteresse zu ersetzen. Nach Billigkeit kann ausnahmsweise auch das positive Vertragsinteresse geschuldet sein (OR 26 II und 39 II analog).

Hat der Dritte dem Vertretenen bereits Leistungen erbracht und ist die Entgegennahme nicht als konkludente Genehmigung zu betrachten, stehen dem Dritten Vindikations- und Bereicherungsansprüche zu (ZGB 641 II, OR 39 III i.V.m. OR 62 ff.)

b) Rechtsverhältnis zwischen dem vollmachtlosen Vertreter und dem Dritten

- Schadensersatzanspruch – OR 39

Die Schadensersatzpflicht des Vertreters ist grundsätzlich auf das negative Interesse begrenzt. Ein Verschulden des Vertreters ist dabei nicht vorausgesetzt. Der Vertreter haftet auch dann, wenn er den Vollmachtmangel kennen musste. Dem schuldlosen Vertreter wird das Haftungsrisiko aber nach OR 37 abgenommen. OR 39 I findet praktische Anwendung, wenn der Vertreter in

Kenntnis des vollmachtlosen Zustandes handelt oder wenn er davon ausgehen durfte, dass eine Vollmacht bestand, obwohl nie eine Vollmacht bestand. Die Haftung des Vertreters setzt voraus, dass der Dritte den Mangel der Vollmacht weder kannte noch kennen musste und damit gutgläubig war. Nach dem qualifizierten Tatbestand von OR 39 II hat der Vertreter das positive Vertragsinteresse zu ersetzen, wenn er verschuldet ist und die weitergehende Haftung der Billigkeit entspricht. Praktisch bedeutsam ist damit das Billigkeitserfordernis, da ein Verschulden grundsätzlich auch schon bei OR 39 I vorliegt.

- Vindikations- und Bereicherungsanspruch

Hat der Vertreter für den Vertretenen bereits eine Leistung entgegengenommen, kann der Dritte diese mittels Vindikation (ZGB 641 II) oder Kondiktion (OR 62 ff.) herausverlangen. Der Bereicherungsanspruch kann auch geltend gemacht werden, wenn der bösgläubige Vertreter die Zahlung an einen Unbeteiligten weitergeleitet hat (OR 64).

c) Rechtsverhältnis zwischen dem Vertretenen und dem vollmachtlosen Vertreter

Das Verhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem ist in OR 32 ff. nicht geregelt, weshalb auf die allgemeinen Regeln abzustellen ist.

Die Ansprüche aus dem Rechtsverhältnis sind in erster Linie nach dem vertraglichen Grundverhältnis zu beurteilen. Bei schuldhafter Vertragsverletzung wird der Vertreter für den daraus entstandenen Schaden nach OR 97 ff.

schadensersatzpflichtig. Besteht keine vertragliche Bindung, kann sich der Vertretene allenfalls auf die unerlaubte Handlung (OR 41 ff.), die Geschäftsführung ohne Auftrag (OR 419 ff.) oder die ungerechtfertigte Bereicherung (OR 62 ff.) stützen.

9 - Schuldner- und Gläubigermehrheiten: Grundlagen

A) Die an der Obligation beteiligten Personen

1.) Überblick

Sowohl auf der Schuldner- wie auch auf der Gläubigerseite können mehrere Personen an einer Obligation beteiligt sein. In solchen Fällen kann unklar sein, wer eine Leistung an welche Person erbringen muss.

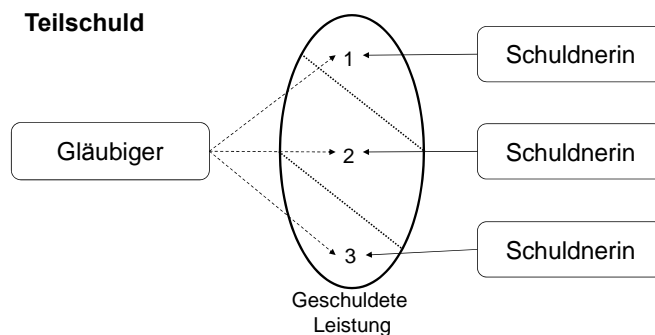
2.) Schuldnermehrheiten: Teilschuld, gemeinschaftliche Schuld und Solidarität

a) Begriff und Arten der Schuldnermehrheit

Eine Schuldnermehrheit muss nicht zwingend von Anfang an bestehen, sondern kann auch erst in einem späteren Zeitpunkt eintreten.

Die Schuldner können nebeneinander für jeweils einen Teil der Schuld haften (Teilschuldner), die Schuld gemeinsam erbringen (gemeinschaftliche Schuld) oder aber einzeln für die ganze Schuld haftbar sein (Solidarschuld).

- Teilschuld

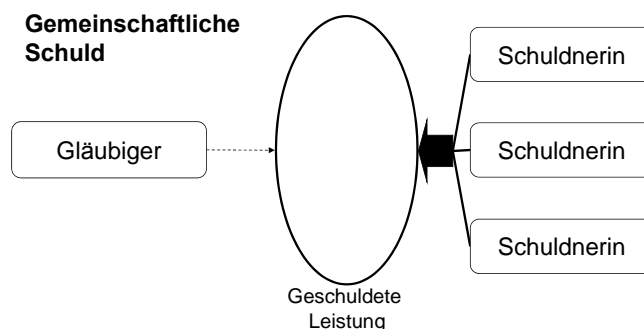


Die Schuld lässt sich auf einen einheitlichen Rechtsgrund (Vertrag oder Gesetz) zurückführen. Die geschuldete Leistung lässt sich auf die einzelnen Schuldner aufteilen, wodurch der Gläubiger eine Forderung gegen jeden einzelnen Schuldner besitzt. Die Teilschuld ist gesetzlich nicht geregelt.

Grundsätzlich ist eine Teilschuld anzunehmen.

Ein Anwendungsfall der Teilschuld findet sich in ZGB 428 II. Danach haften die Mitglieder der Vormundschaftsbehörde für einen Schaden anteilmässig.

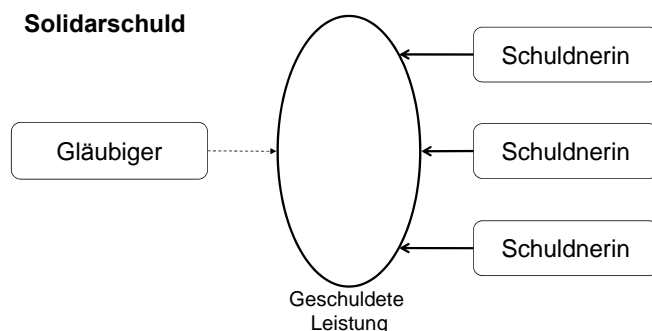
- Gemeinschaftliche Schuld



Die geschuldete Leistung kann aus faktischen oder rechtlichen Gründen nicht auf die verschiedenen Schuldner aufgeteilt werden. Dadurch besitzt der Gläubiger nur eine einzige Forderung gegenüber den Schuldnern. Diese sind dazu verpflichtet, die geforderte Leistung gemeinsam zu erbringen.

Bsp.: Rockband kann Vertrag nur durch Zusammenwirken aller Musiker erfüllen.

- Solidarschuld



Auch die Solidarschuld kann aus faktischen oder rechtlichen Gründen nicht geteilt werden. Jedoch haftet jeder einzelne Schuldner einzeln für die gesamte geschuldete Leistung. Jeder Solidarschuldner haftet nach OR 143 I für das Ganze und ist solange verpflichtet, bis die ganze Schuld bezahlt ist (OR 144 II). Der Gläubiger kann nach Wahl von jedem Solidarschuldner nur einen Teil oder das Ganze fordern (OR 144 I).

Die Solidarschuld greift nur, wenn dies Gesetz oder Vertrag ausdrücklich anordnen (OR 143).



b) Entstehungsgründe der Schuldnermehrheit

- Vertrag

Gemäss OR 143 I müssen die Vertragspartei eine Solidarschuld vereinbaren. Dabei muss das Wort «solidarisch» nicht zwingend verwendet werden, eine Solidarschuld kann sogar stillschweigend vereinbart werden. Eine Solidarschuldnerschaft kann sich ausnahmsweise auch aus den Umständen ergeben.

- Gesetz

- OR 544 III (Solidarhaftung der Personengesellschaften)
- OR 50 I (Solidarhaftung für den Schaden aus unerlaubter Handlung)
- OR 51 I (Solidarhaftung für den Schaden aus verschiedenen Rechtsgründen)
- OR 404 I (Solidarhaftung von mehreren Auftragsgebern)
- ZGB 603 I (Solidarhaftung der Erben für Schulden des Erblassers)

c) Die Solidarschuld

- Aussenverhältnis (OR 144-147)

- 1) Der einzelne Schuldner kann Einreden und Einwendungen geltend machen, die sich für alle aus dem Vertragsinhalt ergeben. Darüber hinaus kann der Schuldner auch persönliche Einreden und Einwendungen geltend machen (bspw. fehlende Handlungsfähigkeit, Willensmangel). Dabei wird nur die Durchsetzung der Forderung gegen denjenigen Schuldner verhindert.

- 2) Der Schuldnerverzug (OR 102 ff.) ist gesondert im Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem betroffenen Schuldner zu klären.
 - 3) Der einzelne Schuldner kann durch sein Handeln die Rechtslage der anderen Schuldner nicht verschlechtern (OR 146). Dabei bestehen 3 Ausnahmen:
 - a. Da jeder Schuldner im Rahmen der Erfüllung Hilfsperson des anderen ist (OR 101 I), müssen sich die anderen Schuldner das Handeln des einzelnen Schuldners anrechnen lassen.
 - b. Wird die Verjährung einer Forderung gegen einen Solidarschuldner unterbrochen, gilt diese Unterbrechung nach OR 136 I bei der echten Solidarität auch gegenüber den anderen Solidarschuldnern.
 - c. Ein Urteil gegen einen Solidarschuldner bildet keinen Vollstreckungstitel gegen die anderen Solidarschuldner.
 - 4) Erfüllt ein Solidarschuldner die gesamte Forderung, befreit er dadurch auch die anderen Solidarschuldner (OR 147 I). Befreit der Gläubiger einen Solidarschuldner durch Erlass oder Neuerung, ist zu prüfen, ob er damit alle Solidarschuldner befreien wollte.
- Innenverhältnis (OR 148-150)
- 1) Die Solidarschuldner haften intern zu gleichen Teilen (OR 148 I). Gesetzliche Ausnahmen findet sich in ZGB 640 II (Haftung der Erben), ZGB 649 I (Kosten aus Miteigentum) und OR 50 II (Haftung mehrerer Schädiger). Eine vertraglich abweichende Vereinbarung kann sich ausdrücklich, stillschweigend oder aus den Umständen ergeben.
 - 2) Der Rückgriffs- bzw. Regressanspruch des leistenden Solidarschuldners beschränkt sich auf diejenige Summe, die seinen Anteil übersteigt (OR 148 II). Die Solidarschuldner haften dabei nicht zu gleichen Teilen, sondern im Umfang ihres Anteils. Kann ein Solidarschuldner nicht zahlen, ist dieser Anteil im Umfang der Quoten durch die verbleibenden Solidarschuldner zu tragen (OR 148 III). Hat der Gläubiger einem Solidarschuldner die Schuld erlassen, können die anderen Solidarschuldner ihre Regressansprüche trotzdem geltend machen, es sei denn, die Solidarschuld wurde ebenfalls reduziert. Der Rückgriff ist ausgeschlossen, wenn der Solidarschuldner geleistet hat, obwohl er Einwendungen oder Einreden hätte geltend machen können (OR 145 II).
 - 3) OR 149 I enthält einen selbstständigen Anspruch des leistenden Solidarschuldners gegen seine Mitschuldner. Der Anspruch des Gläubigers geht soweit auf ihn über, als er zum Regress berechtigt ist. Dabei handelt es sich um eine Legalzession. Damit gehen alle Vorzugs- und Nebenrechte auf den Solidarschuldner über, er muss sich aber auch alle Einreden entgegenhalten lassen.
Bsp.: Zahlt ein Solidarschuldner eine verjährte Schuld, können die übrigen Solidarschuldner die Verjährungseinrede geltend machen.

d) Unterscheidung zwischen echter und unechter Solidarität

- Echte Solidarität (OR 50)
Die Verpflichtungen der Solidarschuldner beruhen auf demselben Rechtsgrund. Grundsätzlich gelten die genannten Grundsätze nur für die echte Solidarität.
- Unechte Solidarität (OR 51)
Die Schuldner haften aus unterschiedlichen Rechtsgründen. Die Grundsätze werden analog auch auf die unechte Solidarität angewendet, womit es zu einer starkten Relativierung kommt. Nur im Rahmen der Unterbrechung der Verjährung besteht eine Ausnahme (OR 136 I).

3.) Gläubigermehrheit (OR 150)

a) Teilgläubigerschaft

Die zustehende Forderung kann auf die verschiedenen Gläubiger aufgeteilt werden. Auch die Teilgläubigerschaft ist gesetzlich nicht geregelt und bildet den Ausnahmefall.
Bsp.: Miteigentümer A, B und C verkaufen ihre Liegenschaft für 120'000 CHF. Sie vereinbaren, dass jedem Miteigentümer 40'000 CHF zu bezahlen sind.

b) Gemeinschaftliche Gläubigerschaft

Der Gläubigergemeinschaft steht die Forderung gemeinschaftlich zu. Die Schuld kann aus vertraglichen oder gesetzlichen Gründen nicht auf die Gläubiger aufgeteilt werden. Anwendungsfälle sind die Gesamthandgemeinschaften (einfache Gesellschaft, Erbengemeinschaft, Gütergemeinschaft) und das Miteigentum. Der Schuldner kann nur an die Gesamtheit der Gläubiger leisten.

Bsp.: Die Rockband kann Forderungen nur gemeinsam einfordern.

c) Solidargläubigerschaft

Jeder Solidargläubiger kann vom Schuldner selbstständig die Erfüllung der gesamten Obligation verlangen, wobei sich der Schuldner durch diese Leistung befreien kann (OR 150 II).

Bsp.: Gemeinschaftskonto bei der Bank

Die Wahl, welchem Gläubiger man leisten möchte, liegt solange beim Schuldner, als kein Gläubiger die Forderung geltend gemacht hat (OR 150 III). Dem Schuldner kann die Schuld nur durch Erlass oder Vergleich erlassen werden, wenn alle Gläubiger dazu zustimmen.

Der Ausgleichsanspruch zwischen den Solidargläubigern ist gesetzlich nicht geregelt und hängt daher von der internen Absprache ab.

4.) Nur beschränkte persönliche Leistungspflicht – OR 68

Der Schuldner hat seine Leistung nur ausnahmsweise persönlich zu erbringen, wenn es für die Erfüllung auf die Persönlichkeit des Schuldners ankommt. Dies ist bei persönlichen Dienstleistungen anzunehmen.

Bsp.: Der Kaufpreis eines Gemäldes rechtfertigt sich nur, wenn das Bild vom Meister persönlich gemalt wird.

Diese persönliche Leistungspflicht ist im OR BT konkretisiert, so in OR 321 (Arbeitnehmer), OR 398 III (Auftrag), OR 364 II (Werkvertrag) oder OR 392 I (Verlagsvertrag).

Ausserhalb der persönlichen Leistungspflicht kann der Schuldner:

- Die Leistung durch einen Dritten erbringen lassen. Durch Substitution kann der Vertragspartner damit seinen Vertrag erfüllen.

Bsp.: Dachdecker beauftragt wegen Überlastung einen befreundeten Betrieb.

- Für die Leistungserbringung einen Dritten heranziehen. Der Vertrag wird über eine Hilfsperson erfüllt (OR 101).

Bsp.: Anwalt zieht einen Steuerberater bei.

Ein Dritter kann selbst gegen den Willen des Schuldners die Forderung des Gläubigers mit befreiender Wirkung erfüllen. Der Gläubiger kann sich nur gegen diese Art der Erfüllung wehren, wenn er vom Schuldner dazu ermächtigt wird; anderenfalls fällt er in Gläubigerverzug.

Bsp.: Student A schuldet seinem WG-Mitbewohner noch 1'000 CHF. Der Vater von A überweist die offene Mietzinsforderung an B.

5.) Leistung an Drittpersonen

Der Schuldner hat grundsätzlich dem Gläubiger oder seinem Vertreter zu leisten.

Ausnahmsweise kann jedoch vereinbart werden, dass der Schuldner seine Leistung an einen Dritten zu erbringen hat. Oder aber das Gericht (ZGB 773 I oder 906 III) oder eine Behörde (ZGB 177 oder 291) kann die Pflicht oder das Recht der Leistung an einen Dritten anordnen.

10 - Grundlagen der Deliktshaftung und Verschuldenshaftung I

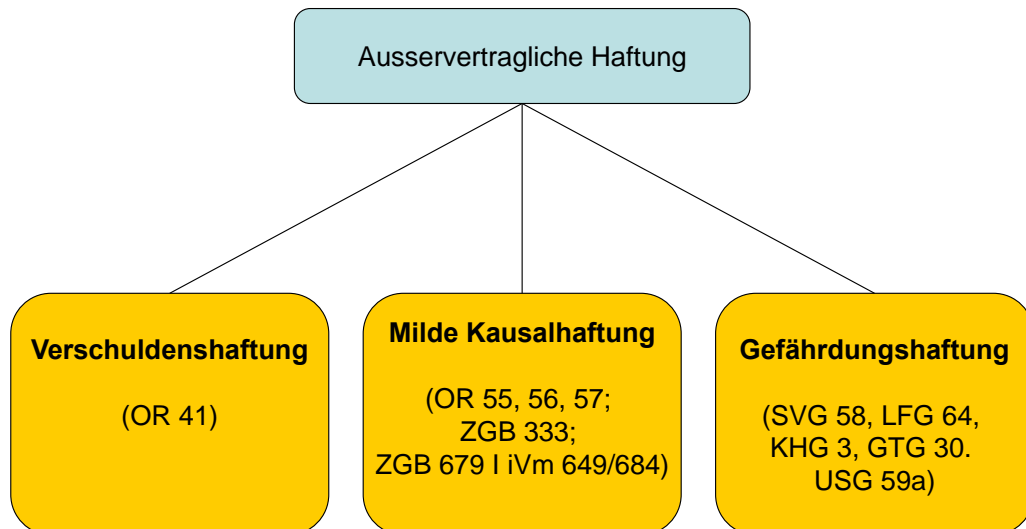
A) Grundlagen der Deliktshaftung

1.) Begriff und Funktion des Haftpflichtrechts

a) Begriff

Das Haftpflichtrecht beschäftigt sich mit der Frage der Überwälzung eines Schadens vom Geschädigten auf den Verantwortlichen. Dabei wird bestimmt, welche Arten von Schäden unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang ersetzt werden sollen.

Das ausservertragliche Haftpflichtrecht regelt diese Ersatzpflicht aus Schadenszufügung, ohne dass zwischen den Beteiligten ein Rechtsverhältnis besteht. Bestimmungen dazu finden sich in OR 41-61, im ZGB (333/679), in privatrechtlichen Spezialgesetzen (PrHG, SVG, KHG, GTG, ...) sowie im öffentlichen Recht.



b) Funktion

Das Haftpflichtrecht dient primär dem Schadensausgleich. Nach dem alten Grundsatz "casum sentit dominus" hat grundsätzlich derjenige einen Schaden zu tragen, bei dem er eintritt. Nach dem Gebot "neminem laedere" (Verpflichtung der gegenseitigen Rücksichtnahme) besteht jedoch das Verursacherprinzip, wonach der Verursacher den Schaden zu tragen hat.

Eine Steuerfunktion besteht am ehesten bei der Verschuldenshaftung, womit dem Haftpflichtrecht eine präventive Wirkung zukommt. Bei der verschuldensunabhängigen Haftung wird der potenziell Haftpflichtige motiviert, Massnahmen zur Verhinderung des Schadenseintritts vorzunehmen. Die verbreitete Versicherungsdeckung nimmt diesen Anreiz jedoch wieder, da der Schaden damit nicht aus dem Vermögen des Schädigers zu bezahlen ist. Es bestehen jedoch Bonus-Malus-Systeme, von denen eine indirekte Verhaltenssteuer ausgeht.

2.) Abgrenzungen

a) Staatshaftung

Gemäss OR 59 I und 61 I bleibt für die Haftung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten das öffentliche Recht vorbehalten. Bund und Kantone besitzen die Kompetenz, für die eigene Haftung und die ihrer Angestellten öffentlich-rechtliche Vorschriften zu erlassen. Diese Regelungen wurden durch den Erlass von Verantwortlichkeitsgesetzen getroffen. Daneben bestehen weitere Haftungsgrundlagen bspw. im Zivilschutzgesetz. Diese Bestimmungen beschränken sich auf die Schadensfälle bei amtlicher Tätigkeit. Dabei wird eine hoheitliche Befugnis ausgeübt. Es werden unmittelbar öffentliche Zwecke verfolgt. Die Privatperson befindet sich zum Hoheitsträger dementsprechend in einem Subordinationsverhältnis. Der Bund haftet für die Schäden unabhängig davon, ob der Angestellte schuldhaft gehandelt hat (VG 3 I). Eine direkte Haftung des Beamten ist ausgeschlossen, selbst nach Zivilrecht (VG 3 II, 11 II).

Für gewerbliche Verrichtungen haftet jedoch auch der Staat nach den privatrechtlichen Bestimmungen (OR 61 II).

Bsp.: Betrieb eines öffentlichen Schwimmbads

b) Strafrecht

Das Strafrecht ist nicht auf Ausgleich des erlittenen Schadens ausgerichtet sondern auf Prävention und Repression. Nicht jede Straftat führt dabei zu einem Vermögensschaden. Andererseits ist nicht jede haftpflichtrechtlich relevante Vermögensschädigung strafbar. Deshalb überschneiden sich die Rechtsgebiete nicht immer.

Das Verschulden ist sowohl im Haftpflicht- wie auch im Strafrecht Haftungsvoraussetzung. Im Strafrecht wird das Verschulden jedoch subjektiv, im Haftpflichtrecht hingegen objektiv bestimmt. Diese unterschiedliche Beurteilung des Verschuldens kommt in OR 53 II zum Ausdruck. Der Richter ist bei der Beurteilung des Verschuldens nicht an das strafgerichtliche Urteil gebunden. Der Entscheid des Strafgerichts hat jedoch einen gewissen Einfluss auf die zivilrechtliche Wertung.

c) Vertragsrecht

Das ausservertragliche Haftpflichtrecht schützt das Integritätsinteresse (Leib, Leben, Eigentum, ...), da keine Rechtsbeziehung zwischen den Betroffenen besteht.

Das vertragliche Haftpflichtrecht schützt hingegen das Äquivalenz- bzw. Erfüllungsinteresse, da eine vertragliche Bindung besteht.

Zwischen vertraglicher und ausservertraglicher Haftung besteht eine Anspruchskonkurrenz. Der Geschädigte kann selbst wählen, auf welchen Haftungsgrund er sich berufen möchte.

Bsp.: Verletzter Skifahrer kann sich auf die Vertragsverletzung (Kaufvertrag über Skipass) sowie auf die Werkeigentümerhaftung nach OR 58 I stützen.

	Vertragliche Haftung	Ausservertragliche Haftung
Verschulden des Schädigers	OR 97 I: Beweislastumkehr, Verschulden wird vermutet	OR 41 I: Geschädigter muss Verschulden nachweisen
Hilfspersonen	OR 101: strenger	OR 55 I: milder
Verjährung	OR 127: 10 Jahre	OR 60 I: Relative Frist 1 Jahr, absolute Frist 10 Jahre
Freizeichnung	OR 100 f.: Möglich	Analoge Anwendung, nicht aber für Tod oder Körperverletzung

d) Versicherungsrecht

Die obligatorische Kranken- und Unfallversicherung sowie die weitverbreiteten Haftpflichtversicherungen decken in der Regel den finanziellen Nachteil des Geschädigten. Haftpflichtrechtliche Auseinandersetzungen finden deshalb oft zwischen den Versicherungen der Beteiligten statt, oder gegen eine Versicherung,

welche sich zur Übernahme des Schadensfalls verweigert. Vorteil der Versicherungsdeckung ist, dass dem Geschädigten das Insolvenzrisiko des Schädigers abgenommen wird.

Die Versicherungen treten von Gesetzes wegen in die Ansprüche ihrer Versicherten ein (ATSG 72 I, VVG 72 I). Damit steht ihnen ein Rückgriff auf den Schädiger zu. Das Rückgriffrecht der Versicherung ist jedoch in gewissen Fällen eingeschränkt (ATSG 75 I, 75 II, VVG 72 III). Grund dafür ist, dass der Schädiger nicht entlastet werden soll, weil der Geschädigte durch Abschluss einer Schadensversicherung vorgesorgt hat.

3.) Haftungsarten und -voraussetzungen im Überblick

Im ausservertraglichen Haftungsrecht unterscheidet man zwischen

- verschuldensabhängigen Haftungen (OR 41 I)
- einfachen Kausalhaftungen (OR 58 I)
- Gefährdungshaftungen (SVG 58 I)

Die Gefährdungshaftungen werden jedoch auch als strenge oder strikte Kausalhaftungen bezeichnet.

Allgemeine Haftungsvoraussetzungen sind:

- 1) Schaden
- 2) Adäquater Kausalzusammenhang
- 3) Widerrechtlichkeit

Bei der Verschuldenshaftung muss zudem ein Verschulden vorliegen und bei den Kausalhaftungen eine Sorgfaltspflichtverletzung, ein Werkmangel oder eine Überschreitung der Befugnisse.

B) Verschuldenshaftung I

1.) Haftung nach OR 41 I

OR 41 I stellt den Regelfall dar. Es wird an das persönliche Verschulden angeknüpft, womit ihr ein Schuldvorwurf zugrunde liegt. Das Zurechnungskriterium besteht in einer vorwerfbaren Pflichtverletzung durch menschliches Verhalten.

In der Praxis spielen die verschuldensunabhängigen Haftungen jedoch eine wichtigere Rolle, womit die Kausalhaftungstatbestände nicht tatsächlich die Ausnahme darstellen.

Für die Verschuldenshaftungen bestehen 4 Tatbestandsvoraussetzungen:

- 1) Schaden
- 2) Widerrechtlichkeit
- 3) Verschulden
- 4) Kausalzusammenhang

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, erhält der Geschädigte Schadensersatz und nach OR 47 und 49 auch Genugtuung.

Haftungssubjekt sind natürliche Personen, die urteilsfähig sind.

2.) Schaden

a) Schadensbegriff

Der Schadensbegriff ist gesetzlich nicht definiert und doppeldeutig:

1. Schädigung = Rechtsgutverletzung (Körperverletzung, Sachbeschädigung)
2. Unfreiwillige ungewollte Vermögensverminderung = wirtschaftlicher Nachteil
 - ⇒ Haftpflchtrecht
 - ⇒ Vertrag- und Deliktsrecht (OR 99 III)

Der wirtschaftliche Nachteil kann bestehen in:

- Verminderung der Aktiven (*damnum emergens*)
- Vermehrung der Passiven (*damnum emergens*)
- Entgangener Gewinn (*lucrum cessans*)

Die Vermögensminderung muss einen Vermögenswert betreffen, der von wirtschaftlichem Wert ist. Das Vermögen umgreift alle wirtschaftlich messbaren Güter, an denen eine Person berechtigt ist. Auch eine Persönlichkeitsverletzung kann zu einem Schaden führen, wenn sie zu einer wirtschaftliche Beeinträchtigung führt.

b) Feststellung des Schadens

- Differenzhypothese
Der Stand des Vermögens des Geschädigten nach dem schädigenden Ereignis wird verglichen mit dem Stand, den das Vermögen ohne das Ereignis hätte. Dabei wird auf die subjektiv-konkreten wirtschaftlichen Verhältnisse des Geschädigten abgestellt. Es wird stets das gesamte Vermögen des Geschädigten verglichen. Dazu bedarf es häufig hypothetischer Annahmen.
- Immaterielle Schäden
Der immaterielle Schaden (Einbusse an Lebensfreude, Genuss, Freizeit, Erholung, ...) ist grundsätzlich nicht ersatzfähig. Der Schadenersatz soll nicht uferlos werden und kleine Widerwärtigkeiten gehören zum Leben. Unter bestimmten Voraussetzungen kann der Schadensbegriff jedoch auf die immateriellen Schäden ausgeweitet werden. Dieser weitere Schadensbegriff wird auch ökonomischer oder normativer Schadensbegriff genannt.
 - Kommerzialisierungsschaden:
= Beeinträchtigung von entgeltlich erworbenen Nutzungsmöglichkeiten
Bsp.: Schiffeigentümer können nicht aus einem defekten Kanal ausfahren & fordern Schadenersatz für entgangene Nutzung.
⇒ In der Schweiz NICHT anerkannt!
 - Frustrationsschaden:
= Ersatz für frustrierte Aufwendungen, die aufgrund des schädigenden Ereignisses nutzlos geworden sind.
Bsp.: Melanie kauft sich ein Ticket für ein Robbie-Williams-Konzert, wobei sie auf dem Weg dorthin angefahren wird und deshalb das Konzert verpasst.
⇒ In der Schweiz NICHT anerkannt, jedoch vom EuGH!
 - Haushaltsschaden:
= Einschränkung der Arbeitsfähigkeit der haushaltsführenden Person
Immaterieller Schaden, da die Haushaltsarbeit grundsätzlich unentgeltlich erfolgt. Die Person müsste die Haushaltsarbeiten ohne Unfall aber tatsächlich verrichtet haben.
⇒ In der Schweiz ANERKANNT

c) Schadensarten

- Unterscheidung nach Art der Rechtsgüter



- Personenschaden:
Damit ist nicht die Körperverletzung gemeint, sondern die dadurch erlittenen finanziellen Nachteile. Dazu gehören alle Schadensposten, die auf eine Persönlichkeitsverletzung, Körperverletzung oder Tötung zurückgehen. Gemäss OR 46 sind dies der Ersatz der (Heilungs-)Kosten und die

Entschädigung für Arbeitsunfähigkeit unter Berücksichtigung der Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens. Bei der Tötung sind sowohl die entstandenen Kosten, die Kosten für die versuchte Heilung sowie der Versorgerschaden zu ersetzen.

- **Sachschaden:**
Der finanzielle Nachteil, der aus der Beschädigung oder Zerstörung eines Objekts entsteht. Dies umfasst Reparatur-, Wiederbeschaffungs- und Beseitigungskosten.
 - **Reiner Vermögensschaden:**
Jeder finanzielle Nachteil, der nicht als Personen- oder Sachschaden erfasst werden kann. Das Vermögen an sich ist jedoch kein absolut geschütztes Rechtsgut, womit die Verletzung grundsätzlich nicht rechtswidrig ist. Der Vermögensschaden wird deshalb grundsätzlich nicht ersetzt, ausser man findet eine entsprechende Schutznorm (bspw. StGB 146: Betrug).
- Unterscheidung nach Subjekt der Schadensersatzforderung
- **Direkter Schaden:**
Der am verletzten Rechtsgut Berechtigte erleidet den Schaden. Grundsätzlich ist nur dieser direkte Schaden haftpflichtrechtlich ersatzfähig.
 - **Indirekter Schaden (Reflexschaden):**
Jemand erleidet eine Vermögenseinbusse, ohne dass eines seiner Rechtsgüter verletzt wird. Dabei handelt es sich immer um reine Vermögensschäden. Es besteht damit wieder das Problem der fehlenden Widerrechtlichkeit. OR 45 III gewährt jedoch bestimmten Personen ausnahmsweise Ersatz, wenn ihr Versorger getötet wird.
Bsp.: Theater erleidet Reflexschaden, da sie Vorstellungen absagen muss, da der Schauspieler verletzt ist.
 - **Versorgerschaden (OR 45 III)**
 - **Insbesondere Schockschadensfälle:**
Bsp.: Zeuge/Eltern erleiden einen Schock, weil ein Verkehrsunfalltoter tödlich verunglückt. (SVG 58)
Der Schock wird als Gesundheitsbeeinträchtigung angesehen und gilt deshalb als Personenschaden. Die Heilungskosten sind damit ersatzfähig.
 - **Insbesondere Kabelbruchfälle:**
Die Schutznorm von StGB 293 wird verletzt.
Bsp.: Bauunternehmer beschädigt bei Strassenarbeiten ein Stromkabel, woraufhin es in einer Fabrik zur Produktionsausfällen kommt.
- Unterscheidung nach Vermögensverschiebung
Es wird unterschieden zwischen dem *damnum emergens* (positiver Schaden) und dem *lucrum cessans* (entgangener Gewinn).
- Weitere Unterscheidungen
Es kann weiter zwischen Vermögensschaden und immateriellem Schaden unterschieden werden.
Die Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden ist für das ausservertragliche Haftpflichtrecht unbedeutend, da beide Kategorien gleich behandelt werden.

3.) Kausalzusammenhang

a) Begriff und Bedeutung des Kausalzusammenhangs

Nach dem Verursacherprinzip soll der Schädiger haften, wenn und insoweit er eine Ursache für den eingetretenen Schaden gesetzt hat (=Kausalzusammenhang). Ein Ereignis hat jedoch meist unzählige Ursachen. Gleichzeitig hat eine Ursache unzählige Wirkungen.

Bei der Kausalität handelt es sich um einen faktischen Geschehensablauf, der in der Realität in beliebigen Kombinationen auftreten kann. Dabei ist die Relevanz dieser Kausalitätsketten zu prüfen und auf jene Ursachen abzustellen, die haftpflichtrechtlich relevant sind. Es muss sowohl die natürliche wie auch die adäquate Kausalität vorliegen.

- Haftungsbegründende Kausalität
Geschehensablauf zwischen dem schädigenden Ereignis und der Rechtsgutverletzung.
- Haftungsausfüllende Kausalität
Verhältnis zwischen Rechtsgutverletzung und Schaden.

b) Natürliche Kausalität

- Bei Handlungen
Umstände, ohne deren Vorhandensein der Erfolg als nicht eingetreten oder als nicht in der gleichen Weise bzw. nicht zur gleichen Zeit eingetreten, gedacht werden kann. = Conditio-sine-qua-non-Formel
Für den Beweismassstab genügt die überwiegende Wahrscheinlichkeit.
Bei der Bestimmung der natürlichen Kausalität handelt es sich um eine Tatfrage, die am Bundesgericht mit einer Beschwerde in Zivilsachen nicht überprüfbar ist. Für das Haftpflichtrecht reicht die natürliche Kausalität jedoch noch nicht aus, es braucht eine weitere Einschränkung durch die Adäquanz.
- Bei Unterlassungen
Bei Unterlassungen kann bloss ein hypothetischer Zusammenhang angenommen werden, wofür es ein Werturteil benötigt. Dabei ist eine Unterlassung nur als Schadensursache anzusehen, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln bzw. zur Schadensverhinderung besteht (Garantenstellung). Diese Rechtspflicht kann sich aus einer Gesetzesnorm ergeben (bspw. SVG 51 II). Besteht keine gesetzliche Handlungspflicht, kann allenfalls auf den allgemeinen Gefahrensatz abgestellt werden: "Wer eine Gefahr schafft, hat die notwendigen Vorsichtsmassnahmen zu treffen".

c) Adäquate Kausalität

- Begriff und Funktion
Mit der Adäquanztheorie sollen Ursachen ausgeschaltet werden, die zwar natürlich kausal sind, aber als ungewöhnlich oder entlegen angesehen werden müssen. Die adäquate Kausalität ist gegeben, "*wenn das Ereignis nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, den Eintritt des Schadens zu bewirken oder ihn zumindest wesentlich zu begünstigen.*"
Entscheidend ist dabei die generelle Eignung des Ereignisses und nicht die subjektive Vorhersehbarkeit. Es besteht eine objektive Betrachtungsweise.
Für die adäquate Kausalität genügt es, wenn das Risiko für den Schadenseintritt erhöht wurde.
Die Adäquanz ist ex post zu beurteilen. Es ist rückblickend zu entscheiden, ob und inwieweit ein bestimmtes Ereignis noch als adäquate Ursache erscheint. Es benötigt eine objektiv-nachträgliche Prognose.
Bei der adäquaten Kausalität handelt es sich um eine Rechtsfrage, die auch vor Bundesgericht überprüft werden kann.
≠ Natürliche Kausalität ist eine Tatfrage und kann deshalb nicht vom Bundesgericht überprüft werden.
- Unterbrechung des Kausalzusammenhangs
Der eingetretene Erfolg kann einem vermeintlich Verantwortlichen billigerweise nicht mehr zugeordnet werden. Es besteht eine Drittursache, welche den Kausalzusammenhang unterbricht.

- **Höhere Gewalt:**
Ein unvorhergesehenes, unvorhersehbares und unvermeidliches Ereignis bricht mit unabwendbarer Gewalt von aussen herein. Unvorhersehbar ist ein Ereignis, wenn es vernünftigerweise nicht vorhergesehen werden kann (*Bsp.: Lawine, die noch einen nie da gewesenen Weg nimmt*). Unabwendbar ist ein Ereignis, wenn es nicht mit vernünftigen, zumutbaren Mitteln gestoppt werden kann.
- **Grobes Selbstverschulden:**
Der Geschädigte lässt elementare Vorsichtsgebote ausser Acht, die jeder verständige Mensch in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen befolgt hätte. "Grob" ist dabei relativ zur Erstursache zu betrachten. Ein bloss gewöhnliches Selbstverschulden kann gemäss OR 44 I zu einer Reduktion des Schadensersatzes führen.
Ein Urteilsunfähiger kann nicht schuldhaft handeln, womit sein Verhalten nicht als Unterbrechungsgrund anzuerkennen ist. Bei urteilsfähigen Kindern ist das Selbstverschulden milder zu beurteilen als bei Erwachsenen.
- **Grobes Drittverschulden:**
Das Verschulden eines Dritten ist so intensiv, dass es als adäquate Schadensursache angesehen werden kann. Ist das Drittverschulden nicht grob, ist es für die Haftung unbedeutend. Nicht als Dritte gelten Hilfspersonen des Schädigers oder andere Personen, für die der Haftpflichtige verantwortlich ist.
- **Kritik an der Adäquanztheorie**
Die Adäquanztheorie ist in der schweizerischen Lehre umstritten.
Die Beurteilung der Adäquanz hänge von dem Grad der Generalisierung ab. Je allgemeiner die Ausgangsparameter gefasst sind, desto unwahrscheinlicher ist ein bestimmter Schadenseintritt.
Aufgrund der nachträglichen Prognose erfolgt keine nennenswerte Haftungsbegrenzung.
Konnte der Schädiger die Möglichkeit des Schadensereignisses voraussehen, ist notwendigerweise die Adäquanz zu bejahen. Es gibt keinen Gerichtsentscheid, bei dem das Verschulden bejaht und die Adäquanz verneint wurde.
Bei verschuldensunabhängigen Haftungen, welche an die Betriebsgefahr anknüpfen, führt die Adäquanz zu keiner Haftungsbegrenzung. Hat sich die Betriebsgefahr verwirklicht, ist irrelevant, ob der Schadenseintritt vorhersehbar war.
Ein Teil der Lehre fordert eine Schutzzwecktheorie, wonach man fragen sollte, ob die betreffende Haftungsnorm ihrem Schutzzweck nach die Verwirklichung des eingetretenen Risikos verhindern will.

d) Haftung mehrerer

- **Kumulative Kausalität**
Mehrere Schädiger bewirken unabhängig voneinander einen Schaden, wobei jeder Beitrag einzeln bereits genügt hätte, um den gesamten Schaden herbeizuführen. Die Conditio-sine-qua-non-Formel würde zur Entlastung beider Schädiger führen. Da dies ein widersinniges Ergebnis ist, haften die Täter für den gesamten Schaden solidarisch.
- **Konkurrierende Kausalität**
Mehrere Schädiger bewirken gemeinsam oder unabhängig voneinander einen Schaden, wobei jeder Beitrag einzeln einen geringfügigeren oder keinen Schaden (bei Summationsschäden) verursacht hätte. Die dogmatisch richtige Lösung wäre die Solidarität der Beteiligten. Dies ist jedoch unpraktikabel (vor allem bei Umweltschäden) und es käme zu Beweisschwierigkeiten. Eine alternative Lösung besteht darin, eine nach der realen Beteiligung abgestufte Haftung

anzunehmen und bei Beweisschwierigkeiten eine gleichmässige Haftungsaufteilung zwischen den Beteiligten vorzunehmen.

– Alternative Kausalität

Ein Schaden wurde von mehreren Personen verursacht, aber es lässt sich nicht beweisen, von wem. In solchen Fällen wird OR 50 I analog angewendet und damit eine solidarische Haftung der Beteiligten angenommen, wenn eine Verbindung zwischen den möglichen Verursachern hergestellt werden kann. Ein Teil der Lehre fordert die Annahme einer Beweislastumkehr. Demnach müsste der Schädiger den fehlenden Kausalzusammenhang nachweisen. Weiter vorgeschlagen wird eine quotenmässige Teilhaftung.

Bsp.: Rolling-Stones-Fall

e) Hypothetische / überholende Kausalität und verwandte Erscheinungsformen

– Hypothetische / überholende Kausalität

Eine Reserveursache, die zum Schaden führen würde, entfaltet ihre Wirkung nicht. Der Schaden wird vor Eintritt der Wirkung von einer anderen Ursache hervorgerufen. Die überholende Kausalkette ist diejenige, die direkt zum Schaden führt.

Die hypothetische Ursache bleibt unbeachtlich, wenn derjenige, der diese Ursache gesetzt hat, für das andere Ereignis, welches den Schaden tatsächlich herbeigeführt hat, nicht eintreten muss.

Hat die Reserveursache den Schaden bereits herbeigeführt, wird derjenige, der die Reserveursache gesetzt hat, nicht durch die überholende Kausalkette entlastet.

– Verwandte Erscheinungsformen

• Konstitutionelle Prädisposition:

Ein Mensch besitzt eine ungünstige gesundheitliche Veranlagung, vorbestehende Leiden oder eine Neigung zu anormal schweren Reaktionen auf Schädigungen. Die Prädisposition wird bei der Schadensersatzbemessung nach OR 43 f. berücksichtigt. Der Schadenersatz wird demnach reduziert, wenn die Prädisposition den Schaden verursacht oder verschlimmert hat.

• Rechtmässiges Alternativverhalten:

Der Schaden wäre auch entstanden, wenn sich der Schädiger rechtmässig verhalten hätte. In der Praxis ist es jedoch schwierig, den Beweis zu erbringen, da man eine hypothetische Kausalkette nachweisen muss. Im Arzthaftungsrecht wird der Nachweis dem Arzt, dem potentiellen Schädiger, überbunden. Umstritten ist, ob diese Beweislastverteilung verallgemeinert werden soll.

Bsp.: Ein Autofahrer fährt zu schnell und verursacht einen Unfall. Der Unfall wäre aber auch mit angepasster Geschwindigkeit geschehen.

11 - Verschuldenshaftung II

A) Weitere Anspruchsvoraussetzungen der Verschuldenshaftung

1.) Widerrechtlichkeit

a) Funktion

Die Widerrechtlichkeit (=Rechtswidrigkeit) dient der Abgrenzung zwischen Unrecht, welches zu Schadensersatz verpflichtet und Nachteilen, die vom Geschädigten hinzunehmen sind. Damit ist die Widerrechtlichkeit Haftungsvoraussetzung sowie Haftungsbeschränkung.

- Haftungsvoraussetzung
Die Widerrechtlichkeit ist eine allgemeine Haftungsvoraussetzung, welche neben OR 41 I auch bei den Kausalhaftungen gefordert ist.
- Haftungsbeschränkung
Die Haftungsbeschränkung erweist sich als notwendig, da Schäden im Wirtschaftsleben alltäglich sind. Rechtmässiges Handeln löst hingegen grundsätzlich keine Schadensersatzpflicht aus.

b) Begriff

- Vorbemerkungen
Der Begriff der Widerrechtlichkeit ist nicht gesetzlich definiert. Es bestehen 3 Theorien:
 - Objektive Widerrechtlichkeitstheorie (vertreten vom Bundesgericht)
 - Subjektive Widerrechtlichkeitstheorie (vertreten von Mindermeinung)
 - «Dritte» Widerrechtlichkeitstheorie (Widerrechtlichkeit als Sorgfaltspflichtverletzung)Zum Verständnis sind historische sowie rechtsvergleichende Hinweise hilfreich:
 - Historische Hinweise
Art. 56 des Entwurfs 1879 lautete: «Wer einem Anderen durch widerrechtliches Handeln Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird demselben zum Ersatze verpflichtet.» Dabei war man auch in jenen Fällen zu Ersatz verpflichtet, wo es weder zu einer Beschädigung einer körperlichen Sache oder des Körpers kam. Für die Begründung einer Schadensersatzforderung soll irgendeine objektiv rechtswidrige, Schaden verursachende Handlung ausreichen.
Art. 50 aOR sah eine allgemeine Ersatzpflicht bei absichtlicher oder fahrlässiger Schädigung vor. Eine Beschränkung auf eine Ersatzpflicht für Tötung, Verletzung oder Sachbeschädigung kannte man nicht.
Bei der Revision des OR 1911 wurde mehrheitlich ein objektiver Widerrechtlichkeitsbegriff angenommen. Mit Berufung auf den französischen Wortlaut vertrat eine Mindermeinung jedoch eine subjektive Widerrechtlichkeitstheorie. Die Diskrepanz wurde aufgehoben, indem der französische Gesetzestext angepasst wurde. Dies wird als Adoption der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie gewertet.
 - Rechtsvergleichende Hinweise
Eine Generalklausel findet sich im französischen, italienischen, österreichischen und schweizerischen Rechts. Das deutsche Recht enthält hingegen keine allgemeine Bestimmung. Das deutsche Recht kennt vielmehr drei Grundtatbestände.
 - 1) Schadensersatzpflicht für widerrechtliche und schuldhaft Verletzung bestimmter, ausdrücklich genannter Rechte bzw. Rechtsgüter. Nach

dieser Bestimmung ist die Widerrechtlichkeit erfolgsbezogen (nicht verhaltensbezogen) zu verstehen (Erfolgsunrechtslehre).

- 2) Schadensersatzpflicht für denjenigen, der schuldhaft gegen ein Gesetz verstösst, welches den Schutz eines anderen bezweckt. Schutznormen sind nicht Normen, die den blossen Schutz der Allgemeinheit bezwecken. Reine Vermögensschäden werden nur ersetzt, wenn sie vom Umfang der Schutznorm erfasst werden.
- 3) Schadensersatzpflicht für denjenigen, der einem anderen vorsätzlich in gegen die guten Sitten verstossender Weise Schaden zufügt.

Im französischen Recht sind nur drei Haftungsvoraussetzungen gefordert: (1) schädigende Handlung und Fehlverhalten, (2) ersatzfähiger Schaden, (3) adäquate Kausalität. Es muss damit keine Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts vorliegen.

- Objektive Widerrechtlichkeitstheorie

Die Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit werden positiv-rechtlich umschrieben. Ein Verhalten ist widerrechtlich, wenn es gegen geschriebene oder ungeschriebene Verhaltensverbote oder -gebote des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts verstösst.

- Erfolgsunrecht:

Die Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter ist grundsätzlich (vorbehältlich bestimmter Rechtfertigungsgründe) immer widerrechtlich. Unterlassungen sind hingegen nur widerrechtlich, wenn eine Pflicht zum Handeln bzw. zur Gefahrenabwehr besteht. Trotz Verletzung eines absoluten Rechtsgutes muss eine entsprechende Verhaltensschutznorm verletzt sein. Auch bei mittelbaren Schädigungen indiziert die Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts alleine noch nicht die Widerrechtlichkeit. Es braucht auch hier einen Verstoss gegen eine Schutznorm. (*Bsp.: Hersteller von Jagdgewehren haftet nicht bereits dadurch, dass ein Mensch mit einem seiner Gewehre getötet wurde.*)

- Verhaltensunrecht:

Es muss nicht zwingend zu einer Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts führen. Die Beeinträchtigung bloss relativer Rechte ist widerrechtlich, sofern eine Verhaltensnorm verletzt wurde, welche dem Schutz vor solchen Schädigungen dient.

- Subjektive Widerrechtlichkeitstheorie

Eine Schädigung ist immer dann widerrechtlich, wenn der Schädiger zum schadensverursachenden Verhalten nicht ausdrücklich befugt ist.

Anwendungsfall ist ZGB 28, wonach eine Persönlichkeitsverletzung ohne Rechtfertigungsgründe widerrechtlich ist. Nach dieser Theorie hat der Schädiger den Nachweis der Rechtmässigkeit seines Verhaltens zu erbringen, was gegen die allgemeine Beweislastregel von ZGB 8 widerspricht.

- «Dritte» Widerrechtlichkeitstheorie

- Hintergrund:

Es bestehen verschiedene Lehrmeinungen, welche die Widerrechtlichkeit mit der Verletzung einer objektiv bestimmten oder bestimmbaren Verhaltenspflicht (Sorgfaltspflicht) gleichsetzen. Die Verletzung einer Verhaltenspflicht soll nicht nur bei relativ geschützten Rechtsgütern geprüft werden, sondern auch bei absolut geschützten Rechtsgütern soll das menschliche Verhalten entscheidender Anknüpfungspunkt darstellen.

- Sorgfalts- und Schutznormtheorie:

Nicht die Art des verletzten Rechtsguts ist entscheidend, sondern die Verletzung einer Sorgfaltspflicht. Solche Verhaltenspflichten ergeben sich aus positiv-rechtlichen Schutznormen. Findet sich keine entsprechende Norm, kann auf den allgemeinen Grundsatz abgestellt werden, wonach jeder die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu beachten hat. Durch Auslegung des

Schutzzwecks ergibt sich, wer und welches Rechtsgut vor welchen Gefahren geschützt werden.

- **Interesstheorie:**
Die Widerrechtlichkeit ist aufgrund einer Interessenabwägung des Gerichts zu bestimmen. Zunächst soll der Wert des betroffenen Rechts in die Definition der Widerrechtlichkeit einfließen (Leib und Leben höherrangig als Eigentum). Daneben sind Wert und Zweck der schadensstiftenden Tätigkeit zu berücksichtigen. Weitere Kriterien sind die Eintretenswahrscheinlichkeit, die Schadenshöhe, die Kosten der Gefahrenvermeidung, die Schadenstragungsfähigkeit, die Sonderbeziehung zwischen den Beteiligten oder die Vorhersehbarkeit.

- Bewertung

Die Unterschiede zwischen den verschiedenen Theorien darf nicht überschätzt werden. Der Umfang des Schutzes ist bei den alternativen Theorien (Sorgfaltspflicht- und Interesstheorie) vergleichbar mit dem bei der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie. Unterschiedlich ist jedoch der Ansatzpunkt. Durch die absoluten Theorien stellt sich die Frage, wie die Widerrechtlichkeit vom Verschulden abzugrenzen sei. Dafür bestehen verschiedene Theorien, wobei keine wirklich überzeugt.

Obwohl die alternativen Theorien einige Vorteile aufweisen, wird nachfolgend auf die dominierende Definition der Widerrechtlichkeit als Kombination von Erfolgs- und Verhaltensunrecht abgestellt.

c) Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter

- Begriff des absoluten Rechts

Absolute Rechte wirken gegenüber jedermann. Der Berechtigte hat die umfassende Befugnis, über eine Sache oder ein Recht zu verfügen und alle anderen vor Einwirkungen zu hindern. Zu den absoluten Rechten gehören das Recht auf Leben und Gesundheit, das Persönlichkeitsrecht, die dinglichen Rechte (bspw. Eigentumsrecht) und die Immaterialgüterrechte.

- Arten absoluter Rechte und deren Verletzung

- **Beeinträchtigung der physischen Integrität:**
Widerrechtlich ist jede Gesundheitsbeeinträchtigung, egal ob sie durch Unfall, durch einen ärztlichen Eingriff, durch Lärmimmissionen, durch verunreinigte Lebensmittel oder verunreinigtes Trinkwasser entstanden. Auch das noch nicht geborene Kind im Mutterleib kann betroffen sein. Selbst das ungeborene Kind, wenn die Mutter an AIDS leidet und ihr Kind ansteckt. Zu einer Gesundheitsbeeinträchtigung kann es auch durch psychische Einwirkung kommen. Entstehen psychische Störungen, muss eine psychisch vermittelte Kausalität vorliegen, welche nur ausnahmsweise anerkannt wird.
- **Persönlichkeitsverletzungen:**
 - **Schutz der Ehre:** Das berufliche und gesellschaftliche Ansehen wird geschützt, indem es nicht empfindlich herabgesetzt werden darf.
 - **Schutz des eigenen Bildes:** Eine Persönlichkeitsverletzung liegt bereits vor, wenn eine Person ohne ihre Zustimmung fotografiert oder gefilmt wird. Oder aber wenn ein mit Einverständnis aufgenommenes Foto in einem anderen Zusammenhang verwendet wird.
 - **Recht auf Achtung der Privatsphäre:** Private Briefe dürfen nicht ohne Einwilligung veröffentlicht werden. Eine Berichterstattung ist jedoch zulässig, wenn ein Informationsinteresse besteht, ein sachlicher Zusammenhang gegeben ist und die Veröffentlichung verhältnismässig erscheint.

Das Persönlichkeitsrecht schützt in erster Linie natürliche Personen. Aber auch juristische Personen sind geschützt, wenn es um Eigenschaften geht, welche nicht dem Menschen aufgrund seines Menschseins zustehen.

Persönlichkeitsrechte sind unverjährbar, unübertragbar und unvererblich. Es gibt daher grundsätzlich keinen postmortalen Persönlichkeitsschutz.

- Eigentumsverletzung:
Widerrechtlich ist die Zerstörung, Beschädigung oder Entzug von Eigentum. Da Computerprogramme als Sachen qualifiziert werden, ist auch die Beschädigung von Software rechtswidrig. Keine Widerrechtlichkeit ist bei bloss vorübergehenden Nutzungsstörungen bzw. Gebrauchsbeeinträchtigungen anzunehmen. Auch bei Funktionsbeeinträchtigungen ohne Substanzverletzung liegt keine Widerrechtlichkeit vor.

d) Verletzung des Vermögens und relativer Rechte

– Begriff der Schutznorm

Schutznormen sind an Menschen gerichtete Verhaltensnormen. Sie verbieten direkt oder indirekt den schädigenden Eingriff in das geschützte Recht. Sie finden sich im gesamten Recht. Für Vermögensschäden sind vor allem die strafrechtlichen Normen (StGB 137 ff.) und die kartell- und lauterkeitsrechtlichen Bestimmungen (KG 5, 7 oder UWG 2) von Bedeutung. Die Verhaltensnorm muss Schäden von der Art des eingetretenen verhindern wollen. Die Norm muss also zum Schutz des Vermögens des Geschädigten erlassen worden sein.

Aus ZGB 2 I kann sich keine eigenständige Widerrechtlichkeit ableiten lassen. Es handelt sich nicht um eine Auffangnorm!

– Haftung für Rat und Auskunft

Bei Rat und Auskunft ist zu klären, wer auf welcher Grundlage haftet, wenn es durch eine unzutreffende Auskunft ein Vermögensschaden entsteht.

Gesetzliche Haftungsnormen finden sich in OR 755 (Revisionshaftung) und OR 752 & KAG 145 (Emissionsprospekt).

Zwischen dem Auskunftserteilenden und Ratsuchendem kann im Einzelfall auch ein unentgeltlicher Auftrag (OR 394 ff.) angenommen werden.

In besonderen Fällen kann auch eine Haftung gestützt auf OR 41 bejaht werden.

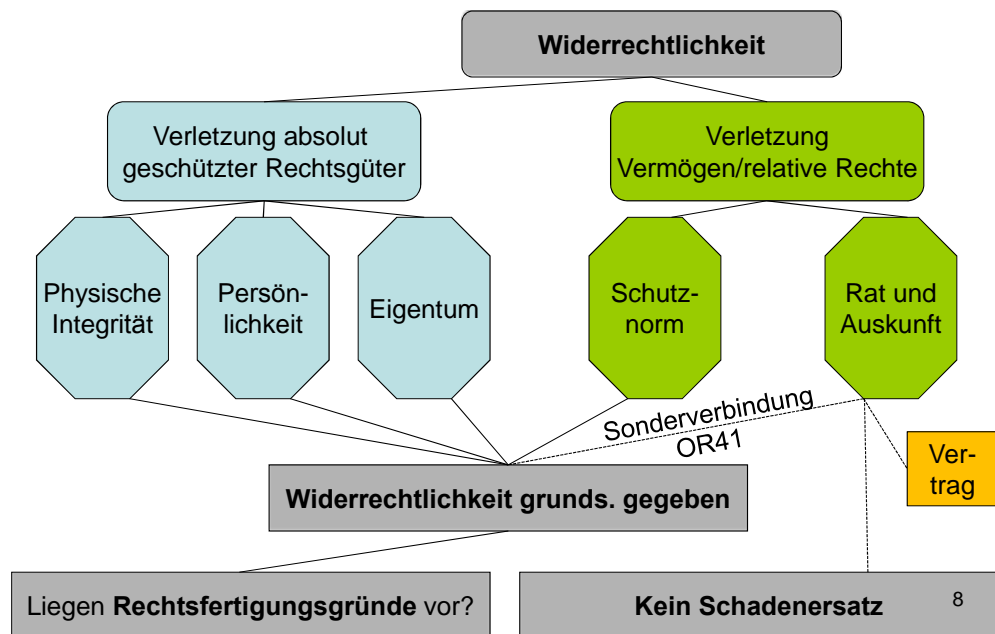
Damit die Haftung aus Verletzung von Berufspflichten nicht ausufert, wurde durch die Vertrauenshaftung eine Begrenzung geschaffen.

Die Vertrauenshaftung ist eine Haftung eines vertragsfremden Dritten, bei welcher das von diesem erweckte Vertrauen die Rechtsgrundlage eines Schadensersatzanspruchs bildet, wenn es anschliessen enttäuscht wird.

Vorausgesetzt ist ein (1) Verhalten des Schädigers, welches geeignet ist, (2)

hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen des Geschädigten zu wecken.

(3) Die Beteiligten müssen in einer rechtlichen Sonderverbindung zueinander stehen. Ein zufälliges und ungewolltes Aufeinandertreffen reicht nicht aus. Ein unmittelbarer Kontakt ist hingegen nicht notwendig. Ein normativer Kontakt genügt, wobei dieser vorliegt, wenn damit gerechnet werden muss, dass das Gutachten an einen Dritten weitergegeben wird.



e) Rechtfertigungsgründe

– Notwehr, Notstand, Selbsthilfe

Notwehr ist die Verteidigung gegen die Person des Schädigers oder sein Vermögen vor einem gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff (OR 52 I). Bei der Wahl des Verteidigungsmittels ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten.

Beim Notstand wird in ein Rechtsgut eines unbeteiligten Drittens eingegriffen, um einen drohenden Schaden oder eine Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden (OR 52 II). Das bedrohte Rechtsgut muss dabei einen höheren Wert haben als das verletzte. Dem Betroffenen kann jedoch Schadenersatz zugesprochen werden.

Bei der Selbsthilfe wird in ein fremdes Rechtsgut eingegriffen, um einen Anspruch durchzusetzen, dessen Vollstreckung ohne diesen Eingriff vereitelt oder wesentlich erschwert würde (OR 52 III). Die Selbsthilfe ist nur zulässig, wenn amtliche Hilfe nicht rechtzeitig erwartet werden kann und der Anspruch nur durch die Selbsthilfe zu sichern ist. Die Selbsthilfe muss nachträglich durch die Beschreitung des Rechtswegs legalisiert werden.

– Einwilligung des Geschädigten

• Allgemein:

Die Einwilligung des Geschädigten schliesst die Widerrechtlichkeit aus. Die Einwilligung darf jedoch nicht gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstossen. Das Verbot übermässiger Selbstbildung nach ZGB 27 II stellt die Schranke bei vermögensmässigen Rechten dar.

Als einseitiges Rechtsgeschäft setzt die Einwilligung Handlungsfähigkeit voraus. Bei Verfügungen über höchstpersönliche Rechte nach ZGB 19 II genügt bereits die Urteilsfähigkeit.

• Bei ärztlicher Behandlung:

Grundsätzlich ist jeder Eingriff in die körperliche Integrität widerrechtlich, auch der Heileingriff des Arztes. Es braucht daher eine Einwilligung des Patienten, wobei die Einwilligung Kunstfehler nicht umfasst. Eine genügende Aufklärung des Patienten über die Risiken wird vorausgesetzt. Klärt der Arzt den Patienten nicht auf, haftet er.

Die Lehre meint, der Heileingriff des Arztes soll von vornherein nicht widerrechtlich sein. Dies würde zu einem Unterschied in der Beweislastverteilung führen. Nach der Rechtsprechung des Bundes muss der

Arzt nachweisen, dass der Patient genügend aufgeklärt war, womit die Patienteninteressen geschützt werden.

Der Einwand gilt jedoch berechtigt, wonach mit der nicht vollständigen Aufklärung nicht die körperliche Integrität, sondern das Selbstbestimmungsrecht des Patienten verletzt wird (ZGB 27 f.).

- **Beim Sport:**

Beim Sport, insbesondere beim Kampfsport, besteht ein Verletzungsrisiko. Der Teilnehmende handelt auf eigene Gefahr, sodass regelkonform verursachte Verletzungen durch die Einwilligung gedeckt sind ("erlaubtes Risiko"). Die Einwilligung gilt damit nur soweit die Verletzung trotz Einhaltung der Spielregeln entsteht. Der Schadensanspruch kann wegen Mitverschulden des Geschädigten aber reduziert oder ausgeschlossen werden (OR 44 I).

- **Amtshandlungen im öffentlichen Interesse**

Der Eingriff in Rechtsgüter eines Privaten ist gerechtfertigt, wenn er im Rahmen der gesetzlichen Pflichten vorgenommen wird. Im öffentlichen Verantwortlichkeitsrecht besteht jedoch auch eine Haftung für amtsgemäss zugefügte Schäden, sodass eine Schadensersatzpflicht auch besteht, wenn der Eingriff nicht widerrechtlich erfolgte.

2.) Verschulden

a) Funktion

Das Verschulden ist der hauptsächliche Zurechnungsgrund der Haftung (OR 41 I). Die Verschuldenshaftung ist die generelle, subsidiäre Haftung, welche immer zur Anwendung kommt, wenn keine spezielle Haftungsnorm anwendbar ist. Das Verschulden wird zudem bei der Schadensersatzberechnung und -bemessung beachtet (OR 43 f.)

Bei der Kausalhaftung hat das Verschulden einen Einfluss auf die interne Verteilung der Haftung unter mehreren Haftpflichtigen (bspw. SVG 60 II). Trifft einen Kausalhaftpflichtigen ein zusätzliches Verschulden, wird seine Entlastung durch einen Reduktionsgrund meist verunmöglicht (bspw. SVG 59 I).

b) Begriff

Das Verschulden ist als negative Qualifikation menschlichen Verhaltens zu verstehen. Es ist rechtlich tadelnswürdig. Es ist der Vorwurf, jemanden pflichtwidrig geschädigt zu haben, obwohl man in der Lage und verpflichtet gewesen wäre, den Schaden vorzusehen und abzuwenden. Das Verschulden besteht aus einer subjektiven und einer objektiven Seite.

c) Subjektive Seite des Verschuldens: Urteilsfähigkeit

- **Urteilsunfähigkeit**

Die Urteilsfähigkeit ist die Fähigkeit, ein Unrechtbewusstsein zu haben, vernunftgemäss zu handeln und die Willenskraft zu besitzen, das Schädigende nicht zu tun. Gemäss ZGB 16 ist jeder urteilsfähig, wenn die Fähigkeit nicht aufgrund Kindesalter, Geisteskrankheit oder -schwäche, Trunkenheit oder ähnlichen Zuständen fehlt. Die Urteilsfähigkeit wird damit grundsätzlich vermutet.

Wer nicht urteilsfähig ist, kann durch Handlungen keine rechtlichen Wirkungen erzielen. Der Urteilsunfähige muss stets durch einen gesetzlichen Vertreter vertreten werden. Er ist unter Vorbehalt von OR 54 nicht deliktisch (ZGB 18). Aus Billigkeit kann das Gericht auch eine nicht urteilsfähige Person zur Zahlung von Schadensersatz verurteilen (OR 54 I). Vorausgesetzt ist, dass das Verhalten des Urteilsunfähigen objektiv als verschuldet erscheint. Auch wer bloss

vorübergehend urteilsunfähig ist (bspw. wegen Alkohol), kann Ersatzpflicht werden, wenn er nicht nachweisen kann, dass dieser Zustand ohne sein Verschulden eingetreten ist (OR 54 II).

– Verminderte Urteilsfähigkeit

Ein Urteilsunfähiger kann für bestimmtes Verhalten als urteilsfähig angesehen werden. Dies ist oft der Fall bei Kindern. Auch der vermindert Urteilsfähige wird für die infrage stehende Handlung als voll urteilsfähig angesehen und ist deshalb grundsätzlich haftbar. Die verminderte Urteilsfähigkeit wird jedoch berücksichtigt, indem das objektiv gegebene Verschulden mit einem weniger strengen Massstab gemessen wird. Grobe Fahrlässigkeit wird nur selten angenommen.

d) Objektive Seite des Verschuldens: Vorsatz oder Fahrlässigkeit

– Vorsatz (=Absicht)

Vorsätzlich handelt, wer mit Wissen und Willen einen bestimmten Erfolg herbeiführt. Wer den schädigenden Erfolg bloss in Kauf nimmt, handelt mit Eventualvorsatz.

Die Unterscheidung zwischen Vorsatz und Eventualvorsatz ist nur bezüglich der Schadensersatzberechnung nach OR 43 I und nicht für die Haftungs begründung von Bedeutung.

– Fahrlässigkeit

• Begriff:

Bei der Fahrlässigkeit wird die unter den konkreten Umständen geforderte Sorgfalt ausserachtgelassen. Beachtet werden muss die Sorgfalt, die an einem bestimmten Ort, in einer bestimmten Gegend oder in einer bestimmten Branche üblich ist.

Der Fahrlässigkeitsbegriff ist objektiviert, indem die erforderliche Sorgfalt anhand eines objektiven Massstabs beurteilt wird. Es wird nicht auf einem persönlichen Schuldvorwurf des Schädigers aufgebaut. Subjektive Faktoren haben grundsätzlich keinen Platz. Dies ist dadurch zu begründen, dass das Haftpflichtrecht dem Verkehrsschutz dient. Aus Gründen der Rechtssicherheit und der Praktikabilität hat die Interessenabwägung der Beteiligten nach objektiven Kriterien zu erfolgen.

Der geltende Durchschnittsmassstab wird für jeden Verkehrs- und Rechtskreis individuell festgelegt. Dabei spielen Alter, Beruf, Erfahrung und Wissen durchaus eine Bedeutung. So wird ein Mehr an Wissen und Erfahrung dementsprechend berücksichtigt.

Wer aus persönlichen Gründen (bspw. Übermüdung, Depression, Angstzustände) nicht fähig ist, die Anforderungen der jeweiligen Tätigkeit zu erfüllen, darf diese nicht ausüben, ansonsten handelt er fahrlässig (Übernahmeverschulden).

Grundsätzlich sind auch Fehlreaktionen fahrlässig. Unter drei Voraussetzungen sind sie jedoch entschuldbar: (1) Es muss ein überraschendes Ereignis vorliegen, (2) die Reaktion muss verhältnismässig sein und (3) der Betroffene darf kein Selbstverschulden treffen.

Die Berücksichtigung der "üblichen" Sorgfalt genügt nicht, da ein Brauch auch ein Missbrauch sein kann. Zu beachten ist stets die in einem bestimmten Verkehrskreis erforderliche Sorgfalt.

Das Verhalten ist nicht automatisch sorgfaltsgemäss, wenn man verwaltungsrechtliche Polizei- und Ordnungsvorschriften beachtet, da diese nur einen Mindeststandard festlegen. Bei Verstoss gegen sie wird jedoch ein Verschulden angenommen.

Nach dem allgemeinen Gefahrensatz hat derjenige, der einen Zustand schafft, welcher einen anderen schädigen könnte, die zur Vermeidung des Schadens

erforderlichen Sicherheitsmassnahmen zu treffen. Wer dies unterlässt, handelt fahrlässig.

- Arten der Fahrlässigkeit:
Die Unterscheidung spielt nur für die Schadensersatzberechnung und -bemessung eine Bedeutung (OR 43 f.).
 - Grobe Fahrlässigkeit:
Elementarste Vorsichtsgebote werden ausser Acht gelassen, die jeder verständige Mensch in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen befolgt hätte. Das Verhalten ist unverständlich. "Das darf nicht passieren".
 - Mittlere Fahrlässigkeit:
Jemand wird den Durchschnittsanforderungen nicht gerecht, wobei sein Verhalten jedoch noch einigermaßen verständlich ist. "Das sollte nicht passieren".
 - Leichte Fahrlässigkeit:
Es wird bloss in geringer Weise von der erforderlichen Sorgfalt abgewichen. "Das kann jedem passieren".

B) Haftung nach OR 41 II

1.) Allgemeines

Gemäss OR 41 II ist ersatzpflichtig, wer einen anderen absichtlich in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise schädigt. Dabei kommt die Vorschrift nur zur Anwendung, wenn das sittenwidrige Verhalten nicht auch widerrechtlich ist, da ansonsten OR 41 I angewendet werden würde.

Der Haftungsgrund von OR 41 II darf nur ausnahmsweise angenommen werden. Die Sittenwidrigkeit darf nicht dazu dienen, das Erfordernis der Widerrechtlichkeit auszuhöhlen. Das Recht will nur ein ethisches Minimum gewährleisten.

Hauptanwendungsfall ist die Schikane, wobei ein Verhalten nicht der Wahrnehmung eigener Interessen dient, sondern ausschliesslich und primär darauf abzielt, andere zu schädigen.

Sittenwidrigkeit bezeichnet den Verstoss gegen Sitte, Moral und den Ordre public. Die konkrete Bedeutung der Sittenwidrigkeit ist von den jeweiligen gesellschaftlichen Vorstellungen abhängig.

OR 41 II verlangt Absicht, welche mit dem Vorsatz gleichzusetzen ist. Blosser Fahrlässigkeit genügt demnach nicht.

2.) Anwendungsfälle

- Krasser Verstoss gegen ZGB 2 (Treu und Glauben)
- Versprechung unter Mitbietenden, gegen eine Entschädigung an einer Versteigerung nicht mitzubieten, wenn der Wettbewerb verfälscht und das Auktionshaus geschädigt wird. Oder die Abrede des Versteigerers mit einem Bietenden, dass ein allfälliger Zuschlag ihn nicht verpflichtet.
- Missbräuchliche Inanspruchnahme eines staatlichen Verfahrens oder ein treuwidriges oder böswilliges Verhalten in diesem Verfahren.
- Boykott oder Boykottaufruf, sofern dieses Verhalten nicht bereits gegen das Wettbewerbsrecht verstösst.
- Verleitung zum Vertragsbruch und Ausbeutung einer Vertragsverletzung, sofern nicht bereits UWG 4 erfüllt ist.

C) Organhaftung (ZGB 55 II)

Gemäss ZGB 55 II verpflichten die Organe eine juristische Person durch den Abschluss von Rechtsgeschäften und durch sonstiges Verhalten. Unter sonstiges Verhalten fällt auch das deliktische Verhalten.

Die Organhaftung setzt voraus, dass (1) ein Organ handelt und (2) dieses in Ausübung geschäftlicher Verrichtungen tätig wird.

1.) Begriff des Organs

Menschen, die nach Gesetz, Statuten oder einem davon abgeleiteten Reglement oder aufgrund faktischer Gegebenheiten den Willen der juristischen Person ausdrücken, indem sie für die juristische Person gesellschaftliche Aufgaben wahrnimmt. Das Organ ist Teil der juristischen Person.

a) Formelles Organ

Wird von Gesetz bzw. der juristischen Person als solches bezeichnet bzw. ernannt. Dazu gehören der Vereinsvorstand (ZGB 69), der Stiftungsrat (ZGB 83) sowie der Verwaltungsrat (OR 707 ff.).

b) Faktisches Organ

In der Realität sind noch viele weitere Menschen für eine juristische Person tätig. Ein faktisches Organ ist an der internen Willensbildung beteiligt und betätigt sich in einer leitenden Stellung, wodurch es wichtige Entscheidungen in selbstständiger und unabhängiger Weise fällt und so gegen aussen in Erscheinung tritt.

c) Abgrenzung zur Hilfsperson

Hilfspersonen sind subordiniert. Ihr Verhalten wird der juristischen Person nach den Grundsätzen von OR 55 zugerechnet.

2.) Schädigung in Ausübung geschäftlicher Verrichtung

Das Handeln muss in Ausübung der geschäftlichen Verrichtungen erfolgen oder seiner Natur nach in den Bereich der Organkompetenz fallen, damit es der juristischen Person zugerechnet werden kann.

3.) Rechtsfolge

Hat ein Organ in Ausübung einer geschäftlichen Verrichtung unter den Voraussetzungen von OR 41 I i.V.m. ZGB 55 II einen Schaden verursacht, wird die juristische Person schadensersatzpflichtig.

12 - Einfache Kausalhaftung

A) Überblick

1.) Anknüpfungspunkte und Rechtsnatur der einfachen Kausalhaftung

Die einfachen Kausalhaftungen knüpfen nicht an ein Verschulden, sondern an jeweils festgelegte Zurechnungskriterien an. Dies ist bspw. eine Sorgfaltspflichtverletzung oder eine Überschreitung einer Rechtsausübungsbefugnis (bspw. Grundeigentümerhaftung). Der Schädiger steht in einer engen Beziehung zum schadenauslösenden Subjekt oder Objekt. Er zieht den Nutzen aus der Tätigkeit seiner Hilfsperson (OR 55) oder seines Werks (OR 58), weshalb er auch das Risiko tragen soll.

Die Haftung kann dabei auch eintreten, wenn der Schaden nicht auf das Verhalten des Schädigers zurückzuführen ist.

Die Rechtsnatur ist umstritten. Ein massgeblicher Teil der Lehre kategorisiert die Kausalhaftung als Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweislast. Es gilt jedoch ein strengerer Massstab: Es genügt bereits eine Unsorgfalt bei der Kausalhaftung. Während dem Schädiger bei der Verschuldenshaftung jeglicher Nachweis offensteht, werden die Entlastungsbeweise bei der Kausalhaftung auf bestimmte Verhaltensweisen eingeschränkt.

2.) Gesetzliche Grundlagen und Verhältnis zur Verschuldenshaftung

a) Gesetzliche Grundlagen

Es besteht keine allgemeine Kausalhaftung sondern mehrere Haftungsnormen. Dabei setzen sie alle eine gewisse "Unregelmässigkeit" voraus.

- Objektive Sorgfaltspflichtverletzung (OR 55, 56, 59a, ZGB 333)
- Überschreitung einer Rechtsbefugnis (ZGB 679 / 684)
- Mangelhafte Sache (OR 58, PrHG)

Es besteht damit eine Kausalhaftung für fremdes Verhalten oder für eine Sache.

Die Kausalhaftungstatbestände haben sich jedoch nicht vollständig von Elementen der Verschuldenshaftung emanzipiert. So haftet bspw. der Geschäftsherr, wenn er die Hilfsperson nicht sorgfältig auswählt, instruiert oder überwacht (OR 55). Der objektivierte Sorgfaltsmassstab führt bloss zu einem graduellen Unterschied. Deshalb wird die Kausalhaftung oft als konkretisierter Sondertatbestand der Verschuldenshaftung angesehen, wobei die Beweislast für die Einhaltung der Sorgfalt beim Schädiger liegt.

Für die Kausalhaftung reicht jedoch nicht bereits eine bloss adäquate Verursachung des Schadens. Der Schaden muss widerrechtlich herbeigeführt werden und der Zurechnungsgrund der einzelnen Haftungsnorm muss erfüllt sein.

b) Verhältnis zur Verschuldenshaftung

Zwischen der einfachen Kausalhaftung und der Verschuldenshaftung besteht eine Anspruchskonkurrenz. Der Geschädigte kann seinen Schadensersatzanspruch daher sowohl auf die eine wie auch die andere Norm stützen, sofern beide Voraussetzungen erfüllt sind.

B) Geschäftsherrenhaftung (OR 55)

1.) Wesen und Rechtsnatur

Die Geschäftsherrenhaftung ist die Haftpflicht des Geschäftsherrn für schädigendes Verhalten seiner Hilfspersonen. Die Beschäftigung von Hilfspersonen führt zu einem

gewissen Schadensrisiko. Da der Geschäftsherr den ökonomischen Nutzen aus der Tätigkeit der Hilfsperson zieht, soll er auch für einen allfälligen Schaden einstehen. Die Geschäftsherrenhaftung kann als Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweislast angesehen werden. Zwar wird die Haftung durch ein schädigendes Fremdverhalten ausgelöst, der Geschäftsherr haftet aber für sein eigenes Verhalten. Er hat seine Sorgfaltspflicht bei Auswahl, Instruktion und Überwachung der Hilfsperson verletzt. Fällt der Haftungstatbestand in den Anwendungsbereich eines Spezialgesetzes, ist dieses ausschliesslich anwendbar (bspw. SVG 58 I).

2.) Haftungsvoraussetzungen

a) Überblick

- Der Geschäftsherr (Haftungssubjekt) haftet für ⇒ Geschäftsherr
- Schäden, die ⇒ Schaden
- seine Hilfsperson ⇒ Hilfsperson
- in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtung ⇒ Handeln in Ausübung geschäftlicher Verrichtung
- rechtswidrig und ⇒ Widerrechtlichkeit
- adäquat-kausal verursacht hat, ⇒ Adäquate Kausalität
- es sei denn, er könne nachweisen, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt zur Schadensverhütung angewandt hat oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre. ⇒ Misslingen Entlastungsbeweis

b) Geschäftsherr und Hilfsperson

- Geschäftsherr
Der Geschäftsherr ist der Träger des Geschäftsbetriebs. Er steht in einem Subordinationsverhältnis zur Person, welche für ihn dauernd oder vorübergehend Geschäfte besorgt. Es kann sich um eine natürliche oder juristische Person handeln oder um eine Personengemeinschaft (Bsp.: Einfache Gesellschaft). Auch der Staat hat Geschäftsherr sein. Im Betrieb ist nur der Betriebsinhaber, nicht auch der unmittelbare Vorgesetzte Geschäftsherr.
- Hilfsperson
Bsp.: Vorarbeiter, Bauführer, Zeitungsredaktor, Handlungsbevollmächtigter nach OR 462
Die Hilfsperson ist dem Geschäftsherrn subordiniert, da dieser die Weisungsbefugnis und Aufsicht ausübt. Der Geschäftsherr muss der Hilfsperson jedoch nicht fachlich überlegen sein. Entscheidend ist bloss eine ökonomisch-organisatorische Subordination. Dabei handelt es sich um eine tatsächliche Beziehung. Eine rechtsgeschäftliche Beziehung ist nicht zwingend erforderlich. Auch braucht es nicht zwingend eine Entlohnung. In der Regel liegt jedoch ein Arbeitsvertrag vor. Auftrag oder Werkvertrag schliessen ein Subordinationsverhältnis regelmässig aus, da der Beauftragte eine grosse Selbstständigkeit besitzt.
Bsp.: Unterordnungsverhältnis zwischen Bauunternehmung - Arbeiter, Zeitungsverlag - Redaktor, Bank - Kassier, Restaurant - Bedienungspersonal.
Bsp.: Kein Unterordnungsverhältnis zwischen Klient - Anwalt, Patient - Arzt, Bauherr - Architekt, Grundeigentümer - Pächter.
Ein Organ ist nie Hilfsperson, sondern selbst Geschäftsherr. Seine Haftung richtet sich nach ZGB 55 II i.V.m. einer Haftungsnorm.
Bei der Ausmietung von Arbeitskräften, dem Personalverleih, besitzt ein Arbeitnehmer zwei Arbeitgeber. Einen ständigen und einen vorübergehenden. Dabei ist derjenige als Geschäftsherr zu betrachten, welcher im Zeitpunkt der schädigenden Handlung Weisungs- und Überwachungsbefugnis besitzt.

c) Handeln in Ausübung geschäftlicher Verrichtung

– Allgemeines

Der Geschäftsherr kann nicht für jedes private Handeln seiner Hilfspersonen haftbar gemacht werden. Andererseits kann die Haftung auch nicht auf die Fälle beschränkt werden, in denen die Hilfsperson im Interesse des Geschäftsherrn handelt. Der Funktionelle Zusammenhang zwischen geschäftlicher Verrichtung und schädigender Handlung soll einen Interessenausgleich schaffen. Dabei ist eine objektivierte Betrachtung notwendig.

– Funktioneller Zusammenhang

Der funktionelle Zusammenhang muss zwischen der geschäftlichen Verrichtung und dem schädigenden Verhalten vorliegen. Das unkorrekte Verhalten der Hilfsperson muss bei der Erfüllung des Geschäftszwecks geschehen sein. Ein bloss örtlicher und zeitlicher Zusammenhang reicht dabei noch nicht aus. Der funktionelle Zusammenhang entfällt auch nicht bereits, wenn die Hilfsperson von den Weisungen des Geschäftsherrn abweicht, ihre Kompetenzen überschreitet oder vorsätzlich ein Schaden verursacht. Der funktionelle Zusammenhang ist auch bei Mobbing oder sexueller Belästigung zu bejahen.

Auch das Verhalten der Hilfsperson während der Arbeitspausen ist als Ausübung geschäftlicher Verrichtung zu betrachten, da Pausen Teil des Arbeitsalltags sind.

Bsp.: Funktioneller Zusammenhang VERNEINT: Private Fahrt mit dem vom Geschäftsherrn ausgeliehenen Fahrzeug.

Fehlt der funktionelle Zusammenhang, liegt eine private Handlung der Hilfsperson vor, für welche die Hilfsperson nach OR 41 I haftbar ist.

d) Schädigendes Verhalten der Hilfsperson

Die Hilfsperson muss durch ihr Verhalten einen Schaden verursachen. Ein Verschulden ist dabei jedoch nicht erforderlich. Der Geschäftsherr haftet damit auch für die Handlungen einer urteilsfähigen Hilfsperson. Handelt die Handlungsperson schuldhaftet, haftet sie nach OR 41 I in Anspruchskonkurrenz zum Geschäftsherrn.

e) Misslingen des Entlastungsbeweises

- Sorgfaltsmassstab

Der Geschäftsherr kann sich von seiner Haftung befreien, wenn er den Nachweis erbringt, dass er alle nach den objektiven Kriterien und den jeweiligen Umständen gebotenen Massnahmen getroffen hat, um den Schaden zu verhindern. Die erforderlichen Massnahmen hängen von Art und Grösse des Risikos ab. Bleiben Zweifel an den entlastenden Tatsachen bestehen, ist die Haftung zu bejahen.

Alternativ zum Sorgfaltsbeweis kann der Geschäftsherr auch nachweisen, dass der Schaden auch bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt eingetreten wäre (Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens). Man muss nachweisen, dass kein adäquater Kausalzusammenhang zwischen der Unsorgfalt des Geschäftsherrn und dem eingetretenen Schaden besteht.

Nur wenn diese Sorgfaltspflichten kumulativ eingehalten sind, kann sich der Geschäftsherr entlasten. Ob die Sorgfaltspflichten erfüllt sind, ist vor der schädigenden Handlung, ex ante, zu beurteilen. Dabei darf nicht Umzumutbares verlangt werden. In grossere Unternehmen werden Sorgfaltspflichten regelmässig delegiert, wobei der Geschäftsherr jedoch verantwortlich für deren Einhaltung bleibt.

- Sorgfalt in der Auswahl der Hilfsperson (cura in eligendo)

Gewissenhafte und vertrauenswürdige Hilfspersonen müssen ausgewählt werden. Die Hilfsperson muss der Aufgabe in intellektueller, physischer und psychischer Hinsicht gewachsen sein. Abzustellen ist auf die Vorbildung, Kenntnisse, Erfahrungen und Fähigkeiten der Hilfsperson, welche durch Zeugnisse, Einholen von Referenzen, Betreibungs- und Strafregisterauszüge,

Psychologischen Tests oder Eignungsprüfungen sowie persönliche Gespräche zu verifizieren sind.

- Sorgfalt in der Instruktion (cura in instruendo)
Auch hier sind die konkreten Umstände massgebend, wozu auch Erfahrungen und Vorkenntnisse des Mitarbeiters gehören. Dabei sollen keine lebensfremden Anforderungen gestellt werden. Die Instruktion kann durch Aushängen von Unfallverhütungsmassnahmen im Betrieb, Angebot von Schulungskursen oder durch Einweisung in die Bedienung komplizierter Maschinen durch Spezialisten erfolgen.
- Sorgfalt in der Überwachung (cura in custodiendo)
Die Hilfsperson muss bei der Erledigung ihrer Arbeit genügend überwacht werden. Dabei sind Art der Tätigkeit, Erfahrung und Kenntnisse der Hilfsperson sowie das Schädigungspotential der Arbeit massgebend. Die Pflicht zur Überwachung umfasst auch die Pflicht zur zumindest stichprobeartigen Kontrolle der Arbeitsprodukte bzw. Arbeitsabläufe. Die Kontrolle eines Spezialisten hat durch einen anderen Spezialisten zu erfolgen.
- Sorgfalt in der Ausrüstung mit geeignetem Material und Werkzeug
Der Hilfsperson muss geeignetes Material und Werkzeug zur schadensfreien Ausführung seiner Arbeit zur Verfügung gestellt werden.
- Sorgfalt in der Organisation der Arbeit und des Betriebs (cura in organisando)
Dazu gehören das Erstellen einer klaren Kompetenzordnung sowie von Stellen- und Funktionsbeschreibungen, die Etablierung einer wirksamen Qualitätskontrolle, eine institutionalisierte Endkontrolle der Produkte, das Aufstellen einer Stellvertreterregelung und eine Arbeitseinteilung, welche das Personal weder überfordert noch übermüdet.
Die Warenkontrollpflicht trifft nicht nur den Hersteller, sondern auch den Vertreiber des Produkts.

3.) Rückgriff des Geschäftsherrn nach OR 55 II

Der Geschäftsherr kann auf die Hilfsperson Rückgriff nehmen, sofern diese selbst schadensersatzpflichtig ist. Die Refelung ist jedoch überflüssig, da sich die Regressmöglichkeit bereits aus OR 51 II ergibt.

4.) Abgrenzung und Unterschiede zu OR 101 I

OR 55	OR 101 I
Hilfspersonenhaftung im ausservertraglichen Bereich	Hilfspersonenhaftung bei vertraglicher Beziehung zwischen Geschäftsherrn und geschädigtem Dritten
Entlastungsbeweis möglich	Kein Entlastungsbeweis
Widerrechtliches Verhalten vorausgesetzt	Vertragsverletzung vorausgesetzt
Hilfsperson ist subordiniert	Hilfsperson wird für Erfüllung der vertraglichen Pflicht herbeigezogen
Funktioneller Zusammenhang gefordert	Funktioneller Zusammenhang darin, dass schädigendes Verhalten in Erfüllung der Schuldpflicht geschehen muss.

C) Familienhauptshaftung (ZGB 333)

Die aufsichtspflichtige Person haftet für Schäden von Menschen, die mit ihr in einer Hausgemeinschaft leben und unter ihrer Obhut stehen (Kinder / Bevormundete).

1.) Haftungssubjekt

Gemäss ZGB 333 I haftet das "Familienoberhaupt". Der Begriff wird gesetzlich nicht weiter definiert. Begriffsprägend sind das Vorliegen einer Hausgemeinschaft und eines Subordinationsverhältnisses.

- Hausgemeinschaft
Es wird keine Familie im rechtlichen Sinn verlangt, die Personen müssen nicht verwandt oder verschwägert sein. Vorausgesetzt ist jedoch ein faktisches Bestehen einer Hausgemeinschaft. Mehrere Personen müssen in einem gemeinsamen Haushalt leben, wobei diese Gemeinschaft von einer gewissen Dauer sein muss.
Bsp.: Erziehungsanstalten, Kinder- und Altersheime, Internate, Kinderkrippen, ...
- Subordinationsverhältnis
Das Subordinationsverhältnis kann sich ergeben aus:
 - Gesetz (Verwandtschaft)
 - Vertrag (Lehrvertrag, Internatsvertrag)
Dabei können auch juristische Personen Familienhaupt sein.
- Mehrzahl von Personen als Familienhaupt
Die Eheleute haften solidarisch, wenn sie gemeinsam für das Wohl des Kindes, seine Pflege und Erziehung verantwortlich sind (ZGB 159 II / 301 I). Dasselbe gilt auch für unverheiratete, in einem gemeinsamen Haushalt lebenden Personen.
- Zugehörigkeit zu verschiedenen Familienhäuptern möglich
Eine Person kann nacheinander, aber nicht nebeneinander, verschiedenen Familienhäuptern unterstehen. So untersteht der Lehrling unter Woche der Familie seines Lehrmeisters, da er dort wohnt, und am Wochenende seinen Eltern, da er nach Hause zurückkehrt.

2.) Haftungsvoraussetzungen

a) Schadensverursachung durch Hausgenossen

- Hausgenosse
Der Hausgenosse ist eine Person, die mit dem Familienhaupt in einer Hausgemeinschaft lebt und diesem subordiniert ist. Zusätzlich muss eine der folgenden Qualifikationen vorliegen:
 - Unmündigkeit (ZGB 14)
 - Entmündigung: Dabei reicht ein Bevormundungsgrund nach ZGB 369 ff. noch nicht (Geisteskrankheit, Verschwendung oder Trunksucht). Es muss vielmehr formell ein Vormund bestellt worden sein.
 - Geistesschwäche oder -krankheit: Diese psychischen Störungen sind durch eine psychiatrische Begutachtung festzustellen. Eine formelle Entmündigung muss nicht vorliegen.
- Schadensverursachung
Der Schaden muss adäquat-kausal und widerrechtlich verursacht worden sein. Ein Verschulden des Hausgenossen ist hingegen nicht erforderlich. Primär handelt ZGB 333 von der Schadensverursachung bei Dritten. Ausnahmsweise kann die Familienhaupthaftung eine Rolle spielen, wenn der Hausgenosse geschädigt ist.
Bsp.: 3-jähriger Junge krabbelt unter einer Bahnschranke hindurch und verletzt sich schwer. Die Eisenbahnunternehmung entlastet sich wegen Drittverschuldens der Eltern gemäss ZGB 333.

b) Misslingen des Sorgfaltsbeweises

Das Familienhaupt haftet nur, wenn er nicht nachweisen kann, dass er die übliche und durch die Umstände gebotene Sorgfalt beachtet hat. Das Gesetz vermutet demnach die mangelhafte Beaufsichtigung. Die Familienhaupthaftung ist eine Kausalhaftung, weshalb ein Verschulden des Familienhauptes nicht erforderlich ist. Das Mass der obliegenden Sorgfaltspflicht richtet sich nach den konkreten Verhältnissen des Einzelfalles. Es wird darauf abgestellt, ob eine schädigende

Handlung des Hausgenossen vorhersehbar war. War diese nicht vorhersehbar, trifft das Familienhaupt nur das übliche Mass an Überwachung.

Besteht die Annahme, dass der Hausgenosse einen Schaden verursachen könnte, richtet sich die Sorgfaltspflicht nach den örtlichen, sozialen und persönlichen Verhältnissen. Es ist auf Reife, Alter, Charakter und Neigungen des Hausgenossen abzustellen und die Natur des Spielzeuges/Instrumentes zu beachten. Eine ständige Beaufsichtigung wird nicht verlangt, sie nimmt mit dem Alter ab.

Neben der Beaufsichtigung trifft das Familienhaupt auch die Pflicht zur Ergreifung aller Massnahmen, die geeignet sind, den Hausgenossen an der Verursachung des Schadens zu hindern.

Wird eine Hilfsperson zur Beaufsichtigung beigezogen (Babysitter), wird die Hausgewalt nicht übertragen. Das Familienhaupt hat dafür einzustehen, dass die Hilfsperson die erforderliche Sorgfalt beachtet.

D) Tierhalterhaftung (OR 56)

1.) Rechtsnatur und Wesen der Haftung

Auch bei der Tierhalterhaftung handelt es sich um eine Kausalhaftung. Ein Teil der Lehre nimmt jedoch eine Verschuldenshaftung mit Beweislastumkehr an.

Ein Tier ist ein Lebewesen und keine Sache (ZGB 641a I). Es hat einen eigenen Charakter und kann durch sein Verhalten Schäden verursachen. Dem Halter des Tieres wird das Schadensrisiko überbunden. Der Halter kann sich jedoch von seiner Haftung befreien, wenn er nachweist, dass er genügende Sorgfalt bei Verwahrung und Beaufsichtigung des Tieres aufgewendet hat.

2.) Haftungssubjekt

– Tierhalter

Tierhalter ist, wer das tatsächliche Gewaltverhältnis über das Tier ausübt. Dabei wird nicht auf das Eigentum am Tier abgestellt. Massgebend ist, wer für den Unterhalt aufkommt, das Tier betreut, den Nutzen aus der Tierhaltung zieht und ein Interesse am Tier besitzt. Dabei haftet der Halter auch für entlaufene Tiere.

Das Verhältnis zum Tier muss von einer gewissen Dauer sein. Bei vermieteten Tieren bleiben der allgemeine Nutzen und das wirtschaftliche Interesse grundsätzlich beim Vermieter. Bei einer länger andauernden Miete können der Nutzen und das Interesse des Mieters jedoch auch überwiegen.

Tierhalter können sowohl natürliche wie auch juristische Personen sein.

– Hilfsperson

Häufig ist das Tier in Gewahrsam einer anderen Person als des Halters (Bspw. Tierarzt, Hufschmied, Mieter, Freund, ...). Der Halter hat für deren Verhalten einzustehen wie für sein eigenes. Er profitiert nicht von einem Entlastungsbeweis analog zu OR 55 I. Er haftet auch, wenn nur die Hilfsperson die erforderliche Sorgfalt verletzte.

– Mehrfache Halterschaft

Ausnahmsweise können auch mehrere Personen zusammen die Haltereigenschaften erfüllen. In einem solchen Fall haften die Halter solidarisch.

Bsp.: Ehegatten besorgen sich in gleichem Mass einen Hund.

3.) Haftungsvoraussetzungen

- 1) Schaden
- 2) Verursachung durch ein Tier
- 3) Adäquate Kausalität
- 4) Ohne Sorgfaltsbeweis des Halters
- 5) Widerrechtlichkeit nur untergeordnet, da nur Personen- und Sachschäden gedeckt

a) Schadensverursachung durch ein Tier

- Tier
Der Schaden muss von einem Tier verursacht worden sein, das gehalten werden kann. Das Tier muss dem Willen des Halters unterworfen werden können. Ob es dann auch gehorcht, ist nicht massgebend.
Bsp.: Pferde, Kühe, Vögel, Bienenschwärme, ...
- Verwirklichung der dem Tier eigenen Gefahr
Das Tier muss aus eigenem Antrieb gehandelt haben. Am eigenen Antrieb fehlt es
 - wenn der Mensch das Tier als willenloses Instrument einsetzt (*Halter hetzt seinen Hund auf eine andere Person*)
 - wenn es Krankheiten überträgt (*Kind bekommt vom Haustier Läuse*)
 - wenn unangenehme Immissionen vom Tier ausgehen (*Lärm, Geruch, ...*)Die Schadensverursachung ist dem Tier zuzurechnen, wenn es von äusseren Umständen gereizt oder zum schädigenden Verhalten veranlasst wurde.
OR 56 II gewährt dem Tierhalter einen Regress, wenn das Tier durch eine Drittperson oder ein fremdes Tier gereizt wurde. Dabei ist die Norm Anwendungsfall von OR 51 II.

b) Misslingen des Sorgfaltsbeweises

- Der Halter wird von der Haftung befreit, wenn er nachweist,
- dass er die notwendige Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung des Tieres angewendet hat oder
 - wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre (sog. Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens).

Der Halter muss sämtliche objektiv notwendige und durch die Umstände gebotene Massnahmen getroffen haben.

Dabei wird auch die allgemeine Gefährlichkeit der Tiergattung, den Charakter des Tiers sowie auf den Aufenthaltsort abgestellt. Bleiben Zweifel bestehen, haftet der Tierhalter. Unter Umständen muss der Halter ein Warnschild anbringen.

Die konkreten Sorgfaltspflichten richten sich nach geltenden Sicherheits- und Unfallverhütungsvorschriften. Fehlen gesetzliche oder reglementarische Vorschriften, ist zu prüfen, welche Sorgfalt nach der Gesamtheit der konkreten Umstände geboten ist.

E) Haftung für Signaturschlüssel (OR 59a)

1.) Grundlagen

Seit Anfang 2005 besteht das BG über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur (ZertES). Damit sollen optimale Voraussetzungen für einen sicheren Rechtsgeschäftsverkehr auf elektronischer Grundlage geschaffen werden. Elektronische Signaturen sind Daten in elektronischer Form, die digitalen Dokumenten beigefügt oder logisch mit ihnen verknüpft werden und der Authentifizierung dienen. Die symmetrische Verschlüsselung dient dazu, denn Ersteller einer Meldung zu identifizieren (Authentizität) und festzustellen, ob eine Meldung manipuliert wurde (Integrität). Zur Verschlüsselung und Entschlüsselung wird ein respondierendes Schlüsselpaar verwendet:

Der Versender erstellt als sog. Komprimat eine Kurzfassung des elektronischen Dokuments. Jeder Text ergibt ein einmaliges Komprimat, jede Textänderung führt zu einem anderen Wert. Das Komprimat wird mit einem privaten Signaturschlüssel signiert. Wird das Dokument nun versandt, kann der Empfänger die elektronische Signatur überprüfen. Stimmen die beiden Komprimata überein, befindet sich das Dokument vermutlich im Originalzustand. Der öffentliche Schlüssel ist vergleichbar mit einem Personalausweis, der private Schlüssel mit der persönlichen Unterschrift. Die Kombination beider Schlüssel bildet die digitale "Unterschrift".

Die Schlüsselpaare sind dabei bei anerkannten Anbietern von Zertifizierungsdiensten zu beziehen.

Bei der Kausalhaftung nach OR 59a haftet jedoch der Inhaber des Signaturschlüssels, also diejenige Person, welche die elektronische Signatur benutzt.

2.) Haftungsregelung

a) Allgemeines

Haftungsfragen sind von grosser Bedeutung, da der elektronische Datenverkehr allgemein für Missbräuche anfällig ist. Der Zertifizierungsdiensteanbieter wie auch die Anerkennungsstelle haften sowohl dem Inhaber eines Signaturschlüssels als auch Dritten, welche sich auf ein gültiges Zertifikat verlassen. Die Haftung umfasst dabei auch den Ersatz reiner Vermögensschäden.

Der Inhaber eines Signaturschlüssels haftet nach OR 59a, wenn Drittpersonen durch den Missbrauch des Signaturschlüssels einen Schaden erleiden.

b) Aktiv- und Passivlegitimation

Aktivlegitimiert ist der geschädigte Dritte.

Passivlegitimiert ist der Inhaber des Signaturschlüssels. Dieser wird im Zertifikat als Inhaber bezeichnet (ZertES 7 I c). Tritt der Inhaber unter einem Pseudonym auf, kann seine Identität mit Hilfe des Verzeichnisses des Zertifizierungsdiensteanbieters festgestellt werden (ZertES 11).

c) Haftungsvoraussetzungen

Ein Schaden muss adäquat-kausal und widerrechtlich einem Dritten zugefügt werden. Dabei werden auch reine Vermögensschäden erfasst.

Der Schlüsselinhaber kann sich von seiner Haftung durch den Nachweis befreien, dass er die nach den Umständen notwendigen und zumutbaren Sicherheitsvorkehrungen getroffen hat, um den Missbrauch des Schlüssels zu verhindern (OR 59a II). Dabei gilt ein objektiver Sorgfaltsmassstab.

Die Signaturerstellungseinheit (bspw. Chipkarte) darf keiner anderen Person anvertraut werden. Bei Verlust oder Diebstahl muss so rasch wie möglich die Ungültigkeitserklärung der betroffenen elektronischen Signatur beantragt werden. Der PIN muss so gewählt werden, dass er nicht einfach zu ermitteln ist. Zudem ist er getrennt von der Signaturerstellungseinheit aufbewahrt werden.

F) Werkeigentümerhaftung (OR 58)

1.) Allgemeines

Der Eigentümer des Werks hat den Nutzen des Gebäudes oder Werks und soll deshalb auch für Schäden einstehen müssen.

Die Haftung des Eigentümers für sein Gebäude / Werk (OR 58) und die Haftung des Grundeigentümers für übermässige Immissionen (ZGB 679 / 684) sind zwei verschuldensunabhängige Haftungsnormen. Der Eigentümer kann sich nicht durch Entlastungsbeweis von seiner Haftung befreien.

Die Werkeigentümerhaftung ist eine Zustandshaftung: Der Werkeigentümer haftet auch, wenn der Schaden durch Zufall entstanden ist oder wenn dieser auf fremdes Verschulden zurückgeht.

Der Werkeigentümer kann daher nur durch Unterbrechung des Kausalzusammenhangs wegen höherer Gewalt oder groben Selbst- oder Drittverschuldens entlastet werden.

2.) Aktiv- und Passivlegitimation

a) Aktivlegitimation

Aktivlegitimiert ist jede Person, welche durch den Werkmangel adäquat-kausal geschädigt wird. Dies kann auch ein blosser Spaziergänger sein. Damit unterscheidet sich die Werkeigentümerhaftung von der Grundeigentümerhaftung nach ZGB 679, wonach nur Nachbarn geschützt sind.

b) Passivlegitimation

Passivlegitimiert ist im Grundsatz der Eigentümer des Werks im Zeitpunkt des Schadenseintritts. Dabei muss der Eigentümer nicht unmittelbarer Besitzer sein. Er haftet auch, wenn er sein Werk vermietet hat. Besteht Miteigentum am Werk, haften die Miteigentümer solidarisch. Bei Stockwerkeigentum haften die Stockwerkeigentümer jedoch nur anteilmässig gemäss den Wertquoten. Gesamteigentümer (bspw. Erbengemeinschaft) haften solidarisch. Ausnahmsweise haftet bei Werken nicht der Eigentümer, sondern der tatsächliche Benutzer. Dies ist insbesondere beim dienstbarkeitsberechtigten Gemeinwesen anzunehmen, welches alleine für den Unterhalt des Werks (Bsp.: Strassen) aufkommt. Umstritten ist, dass der bloss obligatorische Berechtigte (bspw. Mieter) nicht passivlegitimiert ist.

3.) Haftungsvoraussetzungen

- 1) Schaden
- 2) Aufgrund eines Werkmangels
- 3) Widerrechtlichkeit
- 4) Adäquate Kausalität

a) Werk

Ein Gebäude oder eine andere von Menschen gestaltete und mit dem Erdboden stabil, direkt oder indirekt verbundene künstliche Vorrichtung.

– Künstliche Vorrichtung

Das Werk muss von Menschen erstellt oder umgestaltet worden sein. Naturerzeugnisse sind demnach keine Werke, sofern sie nicht von Menschenhand abgeändert werden. Ein eingepflanzter Baum, dessen Äste geschnitten werden, ist daher als ein Werk nach OR 58 zu betrachten.

– Stabilität

Die Verbindung des Werks mit dem Erdboden soll nicht bloss zufällig sein. Die Verbindung kann jedoch sowohl mittelbar wie auch unmittelbar vorliegen. Dabei genügt eine "relative" Stabilität, d.h., sie muss nicht dauernd bestehen. Daher gelten auch Baugerüste oder Baubaracken als Werke nach OR 58. Auch bewegliche Sachen können Werke sein, wenn sie mittelbar mit dem Erdboden verbunden sind (bspw. Fahrnisbauten). Fahrbare Maschinen sind jedoch keine Werke!

Auch Bestandteile eines Gebäudes fallen unter den Werkbegriff. Der Werkmangel kann sich aus einer Kombination des an sich mängelfreien Bestandteils und des Rests des Gebäudes ergeben (Bsp.: Installation eines Gasofens in einem ungeeigneten Raum). Auch fest montiertes Zugehör (ZGB 644 II) kann Werkqualität besitzen.

– Werk muss seiner endgültigen Bestimmung dienen

Das Werk muss vollendet sein. Ein im Um- oder Ausbau befindendes Haus oder der in der Reparatur befindliche Skilift dient noch nicht der endgültigen Bestimmung. Für die in diesem Stadium vorhandenen Mängel haftet der Eigentümer nicht. Die Haftung richtet sich dann nach OR 41 I und OR 55.

Dient das Werk hingegen seiner Bestimmung, obwohl es noch nicht vollendet ist, muss es hinsichtlich der entsprechenden Nutzung mängelfrei sein, ansonsten haftet der Werkeigentümer nach OR 58.

b) Werkmangel

– Begriff

Ein Werkmangel liegt vor, wenn das Werk keine genügende Sicherheit bietet, wegen eines Mangels in der Anlage, Herstellung oder beim Unterhalt. Dem Eigentümer obliegt deshalb die Pflicht, eine nicht gefährdende Existenz und Funktion des Werks zu garantieren.

Ob ein Mangel vorliegt, ist unter Berücksichtigung der konkreten Umstände, des Zwecks, den das Werk zu erfüllen hat sowie danach zu beurteilen, was sich nach der Lebenserfahrung am fraglichen Ort zutragen kann. Dabei ist ein objektiver Massstab anzuwenden. Entscheidend sind die Sicherheitserwartungen des Benutzers.

Öffentliche Werke und solche mit regem Publikumsverkehr müssen erhöhten Anforderungen genügen.

Der Werkeigentümer darf jedoch vom bestimmungsgemässen Gebrauch ausgehen. Das Werk muss dem bestimmungswidrigen Gebrauch nicht gewachsen sein, es sei denn, dieser sei vorhersehbar und es können zumutbare Massnahmen getroffen werden, um den bestimmungswidrigen Gebrauch oder zumindest den Schadeneintritt zu verhindern.

Die Schutzmassnahmen haben sich am Zweck bzw. der Funktion oder der konkreten Widmung des Werks zu orientieren. Sie müssen technisch möglich und finanziell zumutbar sein und in einem vernünftigen Verhältnis zum Schutzinteresse der Benutzer stehen.

Die Beachtung des Üblichen, die behördliche Genehmigung des Werks, die Befolgung von Vorschriften oder die amtliche Kontrolle alleine reichen noch nicht aus.

– Arten

- Konstruktionsfehler: Fehlerhafte Anlage oder Herstellung des Werks.
- Mangelhafter Unterhalt: Spätere Mängel des ursprünglich fehlerfrei konstruierten Werks werden noch oder bloss ungenügend beseitigt.

– Inbesondere bei Strassen

Strassen, Trottoirs, Wege und Plätze müssen so angelegt und unterhalten werden, dass sie den Benützern hinreichende Sicherheit bieten. Dabei gilt ein milderer Massstab.

Es wird nicht erwartet, dass jede Strasse so ausgebaut ist, dass sie die höchstmögliche Verkehrssicherheit bietet. Es genügt, wenn die Strasse bei gewöhnlicher Sorgfalt gefahrlos benützt werden kann. Den Verkehrsteilnehmer trifft eine Pflicht, sein Verhalten an die Strassenverhältnisse anzupassen.

Inbesondere bei Glatteis besteht keine allgemeine Pflicht des Gemeinwesens, überall Salz oder Sand zu streuen.

G) Grundeigentümerhaftung (ZGB 679)

1.) Grundgedanke

Die Vorschrift des Nachbarrechts besagt, dass der Grundeigentümer sein Grundstück gebrauchen und nutzen darf, jedoch für übermässige Immissionen als Ausgleich haften muss. Zurechnungsgrund ist demnach die Überschreitung einer Rechtsbefugnis.

Auch der Grundeigentümer kann sich nicht durch einen Sorgfaltsbeweis von seiner Haftung befreien. Er haftet demnach auch für den Zufall.

2.) Aktiv- und Passivlegitimation

a) Aktivlegitimation

Da ZGB 679 eine nachbarrechtliche Vorschrift darstellt, ist sie nur zwischen Personen anwendbar, die an Nachbargrundstücken berechtigt sind.

- Aktivlegitimiert ist grundsätzlich der Eigentümer des betroffenen Nachbargrundstücks. Der Kreis der Anspruchsberechtigungen wird aber auf jene Personen erweitert, die ein beschränktes dingliches oder persönliches Recht besitzen, bspw. der Mieter oder Pächter.
- In räumlicher Hinsicht gilt ein funktioneller Nachbarschaftsbegriff. Nachbar ist nicht nur der Anstösser, sondern jeder, der von den übermässigen Immissionen betroffen wird.
- Passanten oder Besucher können sich hingegen nicht auf ZGB 679 berufen.

b) Passivlegitimation

Passivlegitimiert ist der Eigentümer des Grundstücks, von dem die Immissionen ausgehen. Die Passivlegitimation wurde auf den dinglich Berechtigten ausgedehnt. Umstritten und eher verneint ist die Passivlegitimation des bloss obligatorisch Berechtigten (bspw. Mieter).

Auch das Gemeinwesen kann als Grundeigentümer gemäss ZGB 679 haftbar sein. Es kann jedoch nicht verlangt werden, dass ein planmässiger, im öffentlichen Interesse liegender Betrieb eingestellt wird. Stattdessen kann ein Anspruch auf formelle Enteignung der Nachbarrechte entstehen.

3.) Haftungsvoraussetzung: Überschreitung des Grundeigentums

a) Allgemeines

Vorausgesetzt ist ein Schaden, der adäquat-kausal durch die Überschreitung des Grundeigentums verursacht wurde. Dabei werden auch reine Vermögensschäden erfasst. Voraussetzung ist die Überschreitung der aus dem Grundeigentum fliessenden Nutzungsrechte. Entsprechende Schranken ergeben sich aus dem Privatrecht (bspw. ZGB 684) sowie auf dem Verwaltungsrecht (bspw. Bauvorschriften).

Eine Überschreitung der Eigentumsrechte setzt eine Benützung des Grundstücks voraus. Wer sein Grundstück in naturbelassenem Zustand lässt, ist nicht gemäss ZGB 679 haftbar.

Zudem ist eine Wirkung über die Grundstücksgrenze hinaus erforderlich. Die Quelle der Immissionen können auch ausserhalb des Grundstücks liegen, wenn diese als Folge einer Benutzung / Bewirtschaftung des Ausgangsgrundstücks erscheinen. ZGB 679 erfasst nur mittelbare Schädigungen. Der unmittelbare Eingriff fällt unter die Eigentumsfreiheitsklage von ZGB 641 II oder die Besitzesstörungsklagen von ZGB 926 ff.

b) Übermässige Immissionen

Während verhältnismässige Immissionen geduldet werden müssen, haftet man für übermässige Einwirkungen (ZGB 684 I). Dazu gehören nicht gerechtfertigte Einwirkungen durch Luftverunreinigung, üblen Geruch, Lärm, Schall, Erschütterung, Strahlung oder durch den Entzug von Besonnung oder Tageslicht (ZGB 684 II).

Ob eine übermässige Einwirkung vorliegt, ist ein Ermessensentscheid und hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Zu berücksichtigen sind Lage des Grundstücks, Beschaffenheit sowie Ortsgebrauch. Massgebend ist ein objektiver Massstab.

- Materielle Immissionen
Bsp.: Rauch, Gestank, Lärm

- Ideelle Immissionen
Bsp.: Betrieb eines Erotik-Clubs in einem Wohnhaus
- Negative Immissionen
Bsp.: Entzug von Besonnung oder Tageslicht
Diese Ansprüche können jedoch nur geltend gemacht werden, wenn bei der Erstellung der Baute oder Einrichtung die damals geltenden Vorschriften nicht eingehalten wurden (ZGB 679 II).

c) Erlaubte Immissionen

Beim Bauen ergeben sich häufig ausserordentliche und unvermeidbare Immissionen. Ist die Bautätigkeit erlaubt, würde grundsätzlich keine Haftbarkeit bestehen. Es wurde eine Gesetzeslücke angenommen und ZGB 679a wurde geschaffen. Danach haftet der Grundeigentümer für Schäden, die er beim rechtmässigen Bauen einem Nachbarn verursacht hat durch vorübergehend übermässige und unvermeidliche Nachteile. Der Nachbar hat jedoch nur Anspruch auf Schadensersatz. Die restlichen Rechtsbehelfe stehen ihm nicht zur Verfügung.

4.) Rechtsbehelfe

Der Geschädigte hat nach ZGB 679 Ansprüche auf Beseitigung, Unterlassung und Schadensersatz. Diese Ansprüche setzen alle kein Verschulden des Grundeigentümers voraus.

- Beseitigung
Der Beseitigungsanspruch geht auf Beseitigung der schädigenden Ursache auf dem Ausgangsgrundstück.
- Unterlassung
Kann gefordert werden, wenn sich die schädigende Handlung auch in Zukunft noch auswirkt.
- Feststellung
Der Geschädigte kann auch lediglich auf Feststellung der Überschreitung des Eigentums durch seinen Grundeigentümer klagen.
- Schadensersatz
Es kann nicht nur Geld gefordert werden, sondern auch Naturalersatz und damit die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands auf dem beeinträchtigten Grundstück.

Bei negativen Immissionen sind die Rechtsbehelfe des geschädigten Nachbarn gemäss ZGB 679 II auf jene Fälle beschränkt, in denen die Baute / Einrichtung unrechtmässig erstellt wurde.