



**Universität  
Zürich** <sup>UZH</sup>

Rechtswissenschaftliches Institut

---

# Obligationenrecht I

**Allgemeine Hinweise zur Veranstaltung**

Prof. Dr. Ulrike Babusiaux (Lehrstuhl für Römisches Recht, Privatrecht und Rechtsvergleichung)



## Vorlesungsziele

- Sicheres **Grundwissen** im Obligationenrecht
- Grundverständnis für rechtswissenschaftliche Fragestellungen im Obligationenrecht; Hintergrundinformationen zu Entscheidungen des Gesetzgebers/Entwicklungen in der Rechtslehre und Rechtsprechung: «**juristisches Denken**»
- Zusammen mit Übungen: Erkennen von juristischen Problemstellungen, Falllösung und sicherer Subsumtionsstil
- **Insbesondere:** Vermeidung des Schubladendenkens zwischen Allgemeinem Teil und Besonderem Teil durch verbundene Veranstaltung und gemeinsame Prüfung (entspricht den praktischen Anforderungen)



## Methode

- Einstiegsfall/Einstiegsfälle zur Erläuterung der Problemstellung
- Lektüre des Gesetzes und schulmässige Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen (= «Befragen des Gesetzes»)
- Vorstellung der wesentlichen «Dogmatik» und exemplarische Einführung in Rechtsprechung

### ***Dogmatik***

*= das von der juristischen Doktrin und der Rechtsprechung entwickelte Verständnis des Hintergrunds und Zusammenhangs zwischen einzelnen Vorschriften; notwendig für Rechtssicherheit u. f. Lösung von Zweifelsfragen; im Privatrecht (Obligationenrecht): Dogmatik des 19. Jahrhunderts nach wie vor prägend (= genetischer Zusammenhang zwischen schweiz. und deutschem Recht, vermittelt über das sog. «gemeine Recht»)*



## Vorbereitung von studentischer Seite

- **Durcharbeiten** der angegebenen Abschnitte aus einem Lehrbuch (z.B. von Prof. Huguenin) **im Abgleich** mit den gesetzlichen Vorschriften
- **Gezieltes Lesen:**
  - Überraschende Ergebnisse einer gesetzlichen Norm notieren («hätte ich das erwartet?»)
  - Übereinstimmungen/Abweichungen zwischen dem Gesetzestext und der Darstellung im Lehrbuch notieren («entspricht das im Lehrbuch dargestellte Verständnis dem Wortlaut der Norm oder nicht?»; «ist die Abweichung nachvollziehbar»? etc.)
  - Sind mir Situationen, die mir im Lehrbuch/im Gesetz begegnen, vertraut? («habe ich schon einmal einen Vertrag geschlossen?»)



## Während der Vorlesung

- **Zuhören:** der Dozentin **und** den Mitstudierenden
- **Mitlesen:** Gesetzestext mitführen und entsprechend aufschlagen
- **Mitdenken:** sich auf Fragen einlassen (auch wenn sie irritieren); keine Unterhaltungsshow
- **Mitreden:** auf Fragen der Dozentin zu antworten versuchen; selbst Fragen zum Verständnis/zur Wiederholung stellen (nach jedem Abschnitt wird Gelegenheit gegeben)

NB: Das Mitschreiben entfällt durch die ausführlichen Folien! Allenfalls kurze ergänzende Randnotizen sind notwendig!



## Nachbereitung

- erneutes **Durcharbeiten** der entsprechenden Abschnitte in einem Lehrbuch (evtl. ein anderes Lehrbuch heranziehen)
- **Nachvollziehen** des zur Einführung gestellten Falls: Wie wäre er schulmässig zu lösen? Funktioniert dies mit dem in der Vorlesung erworbenen und im Lehrbuch vertieften Wissen? Gibt es offene Fragen?
- **Lektüre der diskutierten oder angesprochenen BGEs zur Vertiefung**



## Konzept des Blended Learning

- Portionierung der Vorlesungsabschnitte mit Lernpausen
- Verlagerung bestimmter Stoffteile (**wichtige** Elemente zur Wiederholung) in kurze animierte **Videos**
  - Die Videos erläutern zentrale Konzepte, die in der Vorlesung nur wiederholt oder durch Beispiele/ Problemfälle vertieft werden!
  - Die Videos sind Teil des Lernstoffes!
  - Der Lernstoff wird, soweit er in den Videos besprochen wird, in der Vorlesung selbst nicht erneut vollständig durchgesprochen; FRAGEN IHRERSEITS sind erlaubt bzw. erwünscht!



**Universität  
Zürich** <sup>UZH</sup>

Rechtswissenschaftliches Institut

---

# Obligationenrecht I

**Abschnitt Vertragsschluss**

**Thema: Willenserklärung und Konsens**

Prof. Dr. Ulrike Babusiaux (Lehrstuhl für Römisches Recht, Privatrecht und Rechtsvergleichung)

18.09.2023





## Willenserklärung und Konsens

Zur Erinnerung: [Theorie der Willenserklärung](#) → [Video 1](#)

«Die Willensäußerung ist die Mitteilung des Willens zur Begründung, Änderung oder Beendigung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses. Es handelt sich um eine private Willenskundgabe, die darauf gerichtet ist, eine Rechtsfolge zu erzielen.»

### ***Wille und Erklärung***

Wille: Handlungswille, Erklärungswille, Rechtsbindungswille

Erklärung: Abgabe und Kenntnisnahme

Empfangsbedürftige Willenserklärung, h.M., sog. Zugangstheorie: «Die Willenserklärung wird wirksam, wenn sie so in den Bereich des Empfängers gelangt ist, dass mit Kenntnisnahme zu rechnen ist».



## Willenserklärung und Konsens (Inhalt)

1. Der Vertrag als Rechtsgeschäft
2. Tatsächlicher und rechtlicher Konsens
3. Einigung über die wesentlichen Vertragspunkte (*essentialia negotii*)
4. Antrag und Annahme (Grundsätze)



## Einführungsfall Vertragsschluss allgemein:

R braucht dringend Mehl für ihre kleine Privatbäckerei. Sie wendet sich an die Grosshändlerin U, um an Mehl zu gelangen.

Var. 1: U verfügt über ein Geschäft, in dem die Mehlsäcke mit Preisauszeichnung im Schaufenster stehen. Unter Bezugnahme auf diese Auslage verlangt R die Lieferung von 400 Kilo feinstem Weizenmehl, was U verweigert, weil sie dann nicht mehr genügend für andere mögliche Kunden habe.

Var. 2: Nachdem R eine Nachricht auf Us Anrufbeantworter hinterlassen hat, in der sie die Lieferung von 400 Kilo feinsten Weizenmehls verlangt, bemerkt sie, dass der Anbieter Y sehr viel günstiger ist. Noch bevor U die erste Nachricht abgehört hat, spricht R daher eine weitere Nachricht auf den Anrufbeantworter, in der sie die Bestellung «storniert».

Var. 3: R bestellt 400 Kilo Weizenmehl per Fax mit dem Vermerk «äusserst dringlich» und bittet um sofortige Bestätigung der Bestellung. Da U im Urlaub weilt und keine Vertretung organisiert hat, bleibt das Fax 14 Tage lang unbeantwortet. Da R davon ausgeht, dass sie von U kein Mehl mehr erhalte, bestellt sie stattdessen beim Anbieter Y. Vier Wochen später wird ihr von U ebenfalls Mehl geliefert.



# 1. Der Vertrag als Rechtsgeschäft (I)

Mehrdeutigkeit des Begriffs «Vertrag»

- **Rechtsgeschäft** (= Zustandekommen, Wirksamkeit der Obligation)
- **Rechtsverhältnis** (= Fortdauernde Rechtslage, Sonderverhältnis der Vertragsparteien)

«Rechtsgeschäft» (*acte juridique, negozio giuridico*) = «private (= nicht hoheitliche) Willenserklärung, die darauf gerichtet ist – allein oder mit anderen Tatbestandselementen – eine dem erklärten Willen entsprechende Rechtsfolge eintreten zu lassen»

- Willenserklärung = Kern des Rechtsgeschäfts, vgl. auch **Video 1**: «Mitteilung des Willens zur Begründung, Änderung oder Beendigung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses»
- Vertrag = zweiseitiges Rechtsgeschäft, d.h. Austausch von Willenserklärungen (von mindestens 2 Personen)



## 1. Der Vertrag als Rechtsgeschäft (II)

Einteilung der Verträge (wie der Rechtsgeschäfte) nach der Rechtsfolge:

Rechtsgeschäfte unter Lebenden:

- **Verpflichtungsgeschäft** = Begründung einer oder mehrerer Verpflichtungen, z.B. Kauf, Werkvertrag  
(NB: ausnahmsweise auch Verpflichtungsgeschäft einseitig möglich, z.B. Auslobung, Art. 8 OR)
- **Verfügungsgeschäft** = unmittelbare Änderung des Bestandes oder des Inhalts des Rechts, das einem Erklärenden zusteht (NB: nicht nur im Sachenrecht, z.B. Eigentumsübertragung, sondern auch im Obligationenrecht, z.B. Abtretung, Art. 164 OR)
- **Statusgeschäft** = Begründung, Veränderung oder Beendigung eines dauerhaften Gemeinschaftsverhältnisses
- **Ermächtigung** = Erteilung der Befugnis, im Rechtsbereich des Erklärenden zu handeln (z.B. Vollmacht für Stellvertretung)



## 1. Der Vertrag als Rechtsgeschäft (III)

Rechtsgeschäfte von Todes wegen: Gestaltung der Nachfolge in eine Erbschaft (Nachlass betreffend):

- Verfügungen von Todes wegen: letztwillige Verfügung (Testament) oder Erbvertrag (Art. 481ff. ZGB)
- Schenkung von Todes wegen: Art. 245 Abs. 2 OR

Abgrenzung des Rechtsgeschäfts (Willenserklärung/Vertrag) von:

- Realakten (Tathandlungen) = Handlungen, an die die Rechtsordnung **unabhängig** von einem entsprechenden Willen des Handelnden Rechtsfolgen knüpft (z.B. Eigentumserwerb durch Verarbeitung, Art. 726 Abs. 1 ZGB)
- Rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen = Willens- und Willensmitteilungen, an die das Gesetz Rechtsfolgen knüpft, **ohne** dass diese vom Mitteilenden gewollt sein müssen (z.B. Kundgabe der Vollmacht, Art. 34 Abs. 3 OR; Mahnung bei Verzug, Art. 102 Abs. 1 OR; Anzeige der Abtretung an den Schuldner, Art. 167 OR)



## 1. Der Vertrag als Rechtsgeschäft (IV)

Vertrag > Rechtsgeschäft > Willenserklärung → hoher Abstraktionsgrad

**Herkunft:** Lehren der Pandektistik (19. Jh.) = Verwendung der römischrechtlichen Quellen zur Abstraktion zur Erfassung der Rechtswirklichkeit/ Konstruktion von Rechtsbegriffen

**Vorteile/Funktion:** Instrumentarium zur Analyse von juristischen Sachverhalten und angemessene Differenzierung zwischen verschiedenen Erscheinungen; in alle Rechtsordnungen Europas (auch z.B. Code civil, der nicht von der Willenserklärung, sondern vom Vertrag ausgeht) rezipiert.

**Nachteile/Vorbehalte:** stark willentheoretische Prägung («Willenserklärung»), die heute tw. stärker durch Vertrauensschutzgedanken überlagert wird; zunächst schwerer zugänglich (weil hoher Abstraktionsgrad)

ABER: **Grundlage des Gesetzes;** klare Begrifflichkeit sorgt für Vergleichbarkeit und Rechtssicherheit



## 2. Tatsächlicher und rechtlicher Konsens (I)

Art. 1 Abs. 1 OR Abschluss des Vertrages durch Austausch von Willenserklärungen

→ zum Aufbau und zu Einzelfragen der Willenserklärung, vgl. **Video 1**.

Konsens = tatsächliche Übereinstimmung der beiden Willenserklärungen → «Vertragsverhältnis»

Bsp.: P bietet dem M sein altes Mountainbike für CHF 150 zum Kauf an; M stimmt zu.

Sonderfall: *falsa demonstratio non nocet*, Art. 18 Abs. 1 OR «der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten»

Bsp: P bietet dem M «sein Baby» für CHF 150 zum Kauf an; M, der genau weiss, dass «sein Baby» der Name für das Mountainbike des P ist, stimmt zu. Die neue Freundin des M, die dem Gespräch beiwohnt, ist entsetzt, dass hier ein Kind verkauft werden soll und hält das Geschäft für unwirksam.

vgl. auch «Haakjöringsköd-Fall», RGZ 99, 147ff. (übereinstimmende Verwendung des Terminus für «Walfischfleisch», obwohl Haakjöringsköd übersetzt «Haifischfleisch» heisst)





## 2. Tatsächlicher und rechtlicher Konsens (II)

Pathologische Fälle: kein übereinstimmender tatsächlicher Konsens → liegt rechtlicher Konsens vor?

**Faktischer Konsens:** was wollten die Parteien tatsächlich?

**Rechtlicher Konsens:** welcher Inhalt der Erklärung lässt sich aus dem Vertrauensprinzip ermitteln?

**Vertrauensprinzip:** die Willenserklärungen sind so auszulegen, wie sie der jeweilige Empfänger nach guten Treuen verstehen durfte (vgl. Art. 2 Abs. 1 ZGB; massgeblich ist also nicht länger der Wille, sondern die Erklärung, siehe zum Unterschied von Willenstheorie und Erklärungstheorie **Video 1**)

Auslegung nach dem Vertrauensprinzip betrifft:

- Existenz einer Willenserklärung (wenn der Erklärende gar keine Willenserklärung abgeben wollte; Beispiel Trierer Weinversteigerung [hier kein Erklärungswille, doch Beispiel bleibt auch bei fehlendem Handlungswillen gleich])
- Empfänger der Willenserklärung (wenn der Erklärende sich an einen anderen Adressaten richten wollte)
- Inhalt einer Willenserklärung (wenn der Erklärende eine Erklärung anderen Inhalts abgeben wollte)



## 2. Tatsächlicher und rechtlicher Konsens (III)

Pathologische Fälle:

Bsp. «**fehlender Geschäftswille**»: P bietet dem M sein altes Mountainbike für CHF 150 zum Kauf an; aufgrund von Baulärm hat M nur das Wort «Mountainbike» gehört; er nickt, weil er glaubt, dass P ihm vorgeschlagen hat, eine Radtour zu machen.

→ M hat subjektiv keine Willenserklärung zum Kauf eines Mountainbikes abgegeben; fraglich ist aber, ob P das Nicken in guten Treuen als Zustimmung zum Kauf auffassen durfte.

Bsp. «**zweifelhafter Adressat**»: P bietet dem M sein altes Mountainbike für CHF 150 «als Freundschaftspreis» zum Kauf an; M lehnt ab; der Passant X, der das Gespräch zufällig mitgehört hat, erklärt sofort seine Zustimmung zum Kauf.

→ P wollte nur an M verkaufen; fraglich ist aber, ob er das X nach guten Treuen entgegenhalten kann.

Bsp. «**Inhaltsabweichung**»: P ruft M an, um ihm sein Mountainbike für CHF 150 zum Kauf anzubieten; M versteht, dass P das Mountainbike für CHF 50 verkaufen wolle und stimmt zu.

→ M meint, das Mountainbike für CHF 50 gekauft zu haben; fraglich ist nun, ob nach Vertrauensprinzip überhaupt ein Kaufvertrag (und wenn ja, zu welchem Betrag) zustande gekommen ist.



## 2. Tatsächlicher und rechtlicher Konsens (IV)

Grundsätze bei Anwendung des [Vertrauensprinzips](#):

Massgeblich ist die Auslegung der Erklärung vom Standpunkt des Empfängers aus.

→ Als erklärt gilt, was der Empfänger (nicht: ein beliebiger Dritter) vernünftigerweise verstehen durfte und musste, d.h. insbesondere, dass Sonderwissen des Empfängers auch zu seinen Lasten berücksichtigt wird (vgl. nochmals Art. 18 Abs. 1 OR)

Kriterien:

- objektive Bedeutung des verwendeten Erklärungszeichens
- Kontext der Erklärung (Ort, Zeit, sonstige Umstände und Anlass)
- Sonderwissen der Parteien (abweichender Sprachgebrauch; Vorgeschichte)
- Auslegung nach dem Vertrauensprinzip darf nicht zu einem Vertrag führen, den keine Partei wollte

**NB: Die Auslegung betrifft jeweils die einzelne Willenserklärung!**



### 3. Einigung über die wesentlichen Vertragspunkte (I)

**Vertragstypenlehre:** Gesetz bestimmt Mindestvoraussetzungen für die Zuordnung eines Vertrages (und damit auch eines Vertragsschlusses)

Bsp.: Art. 184 Abs. 1 OR: Kaufgegenstand und Kaufpreis

beim **Innominatkontrakt:** Sinn des Vertrages muss wenigstens in Umrissen erkennbar sein.

Verhältnis zur Vertragsfreiheit:

NB: die *essentialia negotii* sind heute **nicht** mehr Wirksamkeitsvoraussetzung, sondern dienen nur dazu, einen gewissen Bestimmtheitsgrad der Vereinbarung zu gewährleisten (ein vollständig unbestimmter Vertrag wäre unverbindlich, weil kein Verpflichtungsinhalt erkennbar wäre)



### 3. Einigung über die wesentlichen Vertragspunkte (II)

#### Dissens:

- fehlender Konsens
- NB: im gemeinen Recht weitergehende Bedeutung, weil Irrtumsfälle tw. als «Dissens» behandelt wurden

#### Unterschiedliche Rechtsfolgen:

- Dissens über Hauptpunkte → kein Vertragsschluss (aber Privatautonomie/Innominatkontrakt beachten)
- Dissens über Nebenpunkte → Art. 2 Abs. 1 OR: Vermutung des wirksamen Vertragsschlusses



### 3. Einigung über die wesentlichen Vertragspunkte (III)

«**versteckter (latenter) Dissens**»: die Parteien glauben, zu einer Einigung gelangt zu sein; erst im Nachhinein stellt sich heraus, dass bestimmte Punkte ungeklärt geblieben sind.

- Dissens in einem Hauptpunkt: Parteien weichen (ohne dies erkannt zu haben) in einem *essentiale negotii* voneinander ab oder haben (ohne dies bemerkt zu haben) einen Hauptpunkt doch nicht geregelt:
  - ➔ es ist kein Vertrag zustande gekommen; bereits empfangene Vertragsleistungen sind zurück zu erstatten (nach Bereicherungsrecht und/oder Vindikation);
  - ➔ NB: Vorrang hat der normative Konsens! (auch wenn subjektiv etwas nicht gewollt war, kann es nach Vertrauensprinzip vereinbart worden sein)
- Dissens in einem Nebenpunkt: die Parteien haben unwissentlich einen Nebenpunkt ungeregelt gelassen
  - ➔ Art. 2 Abs. 1 OR: der Vertrag ist wirksam geschlossen; der fehlende Nebenpunkt wird durch Einigung der Parteien oder durch Richterspruch geregelt.



## 4. Antrag und Annahme (I)

**Vertragsschluss:** zwei übereinstimmende Willenserklärungen, Art. 1 Abs. 1 OR

- Theorie der Willenserklärung, vgl. **Video 1** (hier: empfangsbedürftige Willenserklärung)
- Willenserklärungen beim Vertragsschluss: Art. 3 bis Art. 9 OR

### **Terminologie**

zeitlich erste Willenserklärung: **Antrag, Angebot = Offerte** (*offre, offerta*)

zeitlich zweite Willenserklärung: **Annahme = Akzept** (*acceptation, accettazione*)

Erklärende:

Antragender/Anbieter/Offerent <> Antragsempfänger/Angebotsempfänger/Oblat

Akzeptant/Annehmender <> Akzeptempfänger/Annahmempfänger



## 4. Antrag und Annahme (II)

**Antrag/Offerte/Angebot** (vom Gesetz vorausgesetzt): «eine Erklärung, die den Vertragswillen soweit bestimmt, dass der Antragsempfänger durch einfache Zustimmung den Vertrag zustande bringt».

- muss alle objektiv wesentlichen Vertragspunkte enthalten, diese müssen zumindest bestimmbar sein (siehe nächste Folie)
- muss den Verpflichtungswillen zum Ausdruck bringen

Offenbleiben kann (je nach den Umständen):

- Person des Vertragspartners (z.B. Angebot *ad incertas personas*: derjenige, der sich zuerst bereit erklärt, bringt den Vertrag zustande)

**Annahme/Akzept** (vom Gesetz vorausgesetzt): «die vorbehaltlose Zustimmung zu den im Antrag formulierten Vertragsbedingungen»

- darf keine Änderungen gegenüber dem Antrag enthalten (sonst: neuer Antrag); muss mit dem Antrag übereinstimmen
- muss sich an den Antragenden richten





## 4. Antrag und Annahme (III)

### Kriterien zur genügenden Bestimmbarkeit der *essentialia negotii*

- Durch Einigung über wesentliche Vertragsinhalt legen Parteien fest, was zu den wesentlichen Vertragspunkten gehört (z.B. Kaufgegenstand, Kaufpreis)
- Im Regelfall wird der wesentliche Vertragsinhalt **unmittelbar** bestimmt.
- Ausnahmsweise werden einzelne Vertragspunkte **mittelbar** bestimmt. Vertrag kann auch zustande kommen, wenn Vertragspunkt erst zum Erfüllungszeitpunkt feststeht
- Frage: Ist der wesentliche Inhalt des Vertrags dennoch genügend bestimmt, damit er gemäss Art. 1 Abs. 1 OR zustande kommt?
- **Unproblematisch**, wenn:
  - Objektive Bestimmbarkeit: Parteien haben ein sachliches Bestimmungskriterium (Marktpreis, Börsenkurs, Übung) festgelegt oder ein Dritter bestimmt den Vertragspunkt
- **Problematisch**, wenn:
  - Subjektive Bestimmbarkeit: eine Vertragspartei allein definiert den Vertragspunkt (möglicherweise Verstoss gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB)



## 4. Antrag und Annahme (IV)

Gesetzliche Regeln zum Antrag

Art. 3 Abs. 1 OR: Bindungswirkung des Antrags

Art. 4 OR: Antrag unter Anwesenden

Art. 5 OR: Antrag unter Abwesenden

Art. 6a OR: Zusendung unbestellter Sachen ist kein Antrag

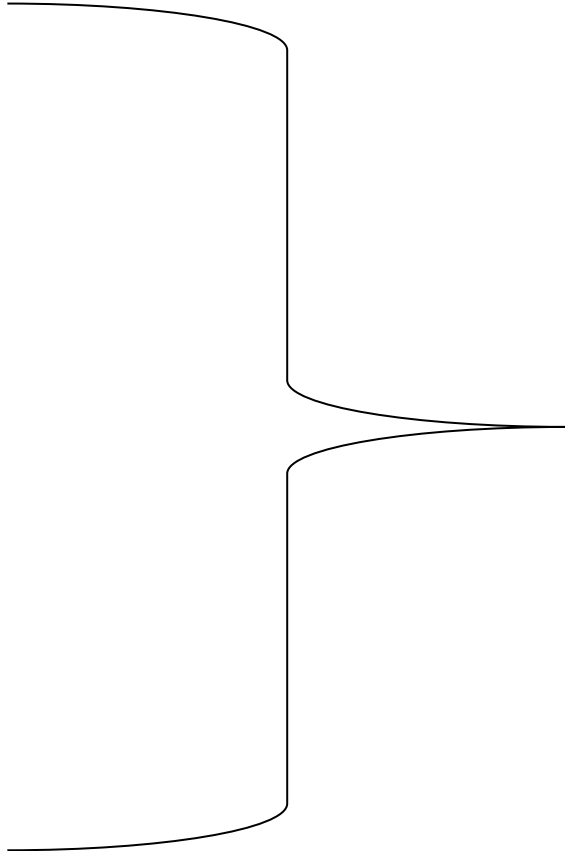
Art. 7 OR: Auskündigung/Auslage

Art. 9 OR: Widerruf

Gesetzliche Regeln zur Annahme

Art. 6 OR: Schweigen ist keine Annahme

Art. 9 OR: Widerruf der Annahme



Art. 10 OR:  
Wirksamwerden des  
Vertrags unter  
Abwesenden



## 4. Antrag und Annahme (V)

### Antrag

= empfangsbedürftige Willenserklärung mit Angebot zum Abschluss eines Vertrages

Art. 3 Abs. 1 OR Fristsetzung zur Annahme: Bindung an den Antrag; mit Verstreichen der Frist: Freiwerden, vgl. Art. 3 Abs. 2 OR.

Klarstellung Art. 4 Abs. 1 OR bei Antrag unter Anwesenden: sofort anzunehmen; Art. 4 Abs. 2 OR: Erweiterung auf telefonischen Antrag oder Antrag mittels Stellvertreter (Bevollmächtigten)

Art. 5 Abs. 1 OR Antrag unter Abwesenden: Bindung bis «zu dem Zeitpunkte, ... wo er den Eingang der Antwort bei ihrer ordnungsgemässen und rechtzeitigen Absendung erwarten darf»

Klarstellung: Art. 5 Abs. 2 OR rechtzeitiger Zugang des eigenen Antrags ist vorauszusetzen

Obliegenheit Art. 5 Abs. 3 OR Anzeige, dass rechtzeitig abgesandte Annahmeerklärung erst nach der Frist von Art. 5 Abs. 1 OR eingegangen ist (Obliegenheit, weil negative Folgen den Antragenden selbst treffen, nämlich: Vertragsschluss)



**Universität  
Zürich** <sup>UZH</sup>

Rechtswissenschaftliches Institut

---

# Obligationenrecht I

**Abschnitt Vertragsschluss**

**Thema: Antrag und Annahme**

Prof. Dr. Ulrike Babusiaux (Lehrstuhl für Römisches Recht, Privatrecht und Rechtsvergleichung)

19.09.2023



## Antrag und Annahme (Inhalt)

1. Antrag und Annahme unter Abwesenden, Art. 5 OR
2. Zusendung unbestellter Sachen, Art. 6a OR
3. Antrag ohne Verbindlichkeit, Auskündigung, Auslage, Art. 7 OR
4. Schweigen im Rechtsverkehr
5. Widerruf, Art. 9 OR



## 1. Antrag und Annahme unter Abwesenden (Art. 5 OR) (I)

BGE 98 II 109, S. 109f.

Kossava war Gymnasiallehrer für Englisch am Institut Rosenberg; für Weihnachten 1969/1970 reiste er in die USA und erkrankte dort an Grippe. Am 4. Januar 1970 versendete er daher einen Luftexpressbrief mit dem Hinweis, dass er aufgrund seiner Erkrankung nicht am 8. Januar, sondern erst am 15. Januar wieder seine Stelle antreten könne; er schrieb weiter: «Sollten Sie leicht Ersatz für mich finden, verständigen Sie mich bitte; ich bleibe dann gerne in den USA.» Der Brief traf am 8. Januar beim Institut Rosenberg ein; schon am gleichen Tag fand das Institut einen Ersatz. Am 13. Januar schickte das Institut ein Telegramm nach New York: «Ersatz gefunden; Vertrag aufgelöst; Rückkehr nicht erforderlich».

Kossova hatte bereits am 11. Januar 1970 die Rückreise von der Westküste aus angetreten und erhielt am 14. Januar an der Ostküste (Flughafen New York) Kenntnis vom Telegramm. Da er das Billet schon hatte und keinerlei Möglichkeit sah, einen anderen Unterrichtsauftrag zu erhalten, kehrte er in die Schweiz zurück und wollte am 15. Januar seinen Dienst am Institut antreten, was ihm verwehrt wurde.

BGE 98 II 109, S. 112f. Die Annahmeerklärung (zur Aufhebung des Anstellungsverhältnisses) war verspätet und ging daher ins Leere.



## 1. Antrag und Annahme unter Abwesenden (Art. 5 OR) (II)

BGE 89 II 109, S. 112f.: Wie die Vorinstanz feststellt, verstrichen zwischen dem Eintreffen des Angebotes bei der Beklagten [...] und der Absendung der fernschriftlichen Annahmeerklärung [...] 5 Tage, wovon 2 Tage auf ein Wochenende fielen. Die Beklagte musste aus dem Schreiben des Klägers vom 5. Januar 1970, obwohl ihr keine Frist angesetzt wurde, erkennen, dass der Kläger eine rasche Antwort erwartete. Er stellte darin seine Rückkehr zur Arbeit für die «nächste Woche», also für Montag, den 12. Januar 1970 in Aussicht.. [...] Freilich steht fest, dass der Kläger - wie im Luftpostbrief vom 9. Januar angekündigt - die Abreise in Washington am 14. Januar antrat und die Arbeit bei der Beklagten am folgenden Tag aufzunehmen beabsichtigte. Das Kantonsgericht stellt nur fest, dass die Beklagte diesen Brief erhalten hat. [...] Folglich ist nicht geklärt, wann die Beklagte den Brief empfangen hat. Das kann indessen offen bleiben. Entscheidend ist, dass die Beklagte bereits am 8. Januar den Vertrag mit Helge Fischer abschloss und dass sie ohnehin innert nützlicher Frist mit der Erteilung einer Arbeitsbewilligung nicht rechnen konnte. Sie hatte somit kein berechtigtes Interesse, mit der Absendung der telegrafischen Antwort bis zum 13. Januar zuzuwarten. Zudem wusste sie beim Vertragsschluss mit Helge Fischer nur, dass der Kläger gemäss Brief vom 5. Januar 1970 die Arbeit am Montag, den 12. Januar wieder aufzunehmen beabsichtigte, und sie musste daher berücksichtigen, dass er vor seiner Abreise an der angegebenen Adresse Bescheid erwarten durfte. Die Annahmeerklärung vom 13. Januar war daher verspätet, und der Vertrag bestand weiter.



## 2. Zusendung unbestellter Sachen, Art. 6a OR:

Unbestellt = nicht angefordert; Sache = körperlicher Gegenstand; str. auch Dienstleistungen

1991 eingefügt als Konsumentenschutznorm (nach dem Vorbild einer EU-Richtlinie)

→ Wortlaut der Bestimmung ist zu weit gefasst:

Betrifft nach dem Gesetzeszweck **nicht** die Zusendung von Waren im Verhältnis von zwei Unternehmern oder zwischen zwei Konsumenten (Realofferte; Offertestellung durch konkludentes Verhalten), sondern nur die Zusendung von Waren durch einen Unternehmer an einen Konsumenten (und daher einen Wettbewerbsverstoss = unlautere Praxis; restriktive Auslegung ist umstr.)

→ Rechtsfolge: unwiderlegbare Vermutung, dass kein Antrag vorliegt (auch wenn dies gewollt war);

→ geringe praktische Bedeutung der Vorschrift





### 3. Antrag ohne Verbindlichkeit, Auskündigung, Auslage, Art. 7 OR (I)

Art. 7 Abs. 1 OR kein Antrag/keine Offerte im Rechtssinne, wenn:

- (a) «einer die Behaftung ablehnenden Erklärung» oder
- (b) «Vorbehalt aus der Natur des Geschäftes»
- (c) (aus der Dogmatik): Antrag mit Widerrufsvorbehalt

Bsp. (a): «freibleibend», «ohne Obligo», «unverbindlich»

Bsp. (b): Steigerungskauf (Vergabe an den Höchstbietenden)

Bsp. (c): «Widerruf vorbehalten»

«Antrag ohne Verbindlichkeit» = kein Antrag im Rechtssinne, aber «Einladung zur Offertestellung» (*invitatio ad offerendum*), d.h. Anzeige der generellen Bereitschaft zum Vertragsschluss (und damit z.B. Bindung durch Schweigen möglich)



### 3. Antrag ohne Verbindlichkeit, Auskündigung, Auslage, Art. 7 OR (II)

Art. 7 Abs. 2 OR **Auslegungsregel**, nach der die Versendung von Tarifen, Preislisten etc. «an sich» keinen Antrag darstellen (sog. **Auskündigung**; *offre publique*)

Bsp.: Präsentation im Teleshopping mit Angabe der Telefonnummer für die Bestellung.

→ Die Formulierung «an sich» zeigt, dass besondere Umstände eine abweichende Auslegung begründen.

Bsp.: Im Begleitschreiben wird dem Empfänger eine Reservierung von Teilen des Bestandes garantiert.

Art. 7 Abs. 3 OR **Auslegungsregel**, nach der die Auslage von Waren mit Angabe des Preises «in der Regel» als Antrag gelten (sog. **Auslage**); Vertragsschluss nach dem Prioritätsgrundsatz.

→ Die Formulierung «in der Regel» zeigt, dass Ausnahmen möglich sind.

Bsp.: Zusatzerklärung «verkauft», «reserviert», «Muster».

NB: Art. 7 Abs. 3 OR kommt auch **im Selbstbedienungsladen** zur Anwendung, d.h. das Vorzeigen der Ware an der Kasse gilt regelmässig als Annahme des Antrags!



### 3. Antrag ohne Verbindlichkeit, Auskündigung, Auslage, Art. 7 OR (III)

BGE 105 II 23, S. 23

Werner Nussberger ist Juwelier und Goldschmied in Baden. In einem Schaukasten in der Nähe seines an der Obern Gasse in Baden gelegenen Geschäftes stellte er im Herbst 1974 einen Damenring mit blauem Opal und 25 Brillanten aus. Den Preis für diesen Ring hatte er auf Fr. 13'800.- festgesetzt; aus Versehen brachte aber eine Angestellte Nussbergers, Silvia Meier, am Ring eine Preisetikette an, auf der ein Verkaufspreis von Fr. 1'380.- vermerkt war. Am 15. Oktober 1974 betrat K. das Geschäft Nussbergers und wünschte den ausgestellten Ring zu kaufen. K. wurde von Jürg Jauslin bedient, der das «Garantie-Zertifikat» für den Ring ausstellte und alsdann K. den Ring zu dem auf der Preisanschrift aufgeführten Preise von Fr. 1'380.- überliess. Am folgenden Tage entdeckte Nussberger den Fehler. Er erklärte K. gegenüber den Rücktritt vom Vertrage und forderte ihn auf, den Ring gegen Erstattung des Kaufpreises von Fr. 1'380.- zurückzugeben. Eine Einigung kam nicht zustande.



### 3. Antrag ohne Verbindlichkeit, Auskündigung, Auslage, Art. 7 OR (IV)

Vertragsschluss im Selbstbedienungsladen BGE 105 II 23, S. 24:

Nach Art. 7 Abs. 3 OR gilt die Auslage von Waren mit Angabe des Preises in der Regel als Antrag. Das ist unter anderem auch dann der Fall, wenn eine Kaufsache nicht nur im Geschäftslokal, sondern, wie hier, ausserhalb von diesem in einem Schaukasten ausgestellt wird (SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 28 zu Art. 7 OR). Aus dem angefochtenen Urteil ergeben sich keine Anhaltspunkte, wonach der Beklagte erkannt hat oder doch hätte erkennen müssen, dass der Kläger den Ring zu einem höheren als dem auf der Preisetikette vermerkten Preis verkaufen wollte. **Der Vertrag kam somit zustande, als der Beklagte gegenüber dem Angestellten des Klägers, Jauslin, die Annahme erklärte (Art. 1 Abs. 1 OR).** Dass Jauslin einen neuen Antrag gemacht hätte und dieser vom Beklagten angenommen worden wäre, stellt die Vorinstanz nicht fest. Unter diesen Umständen kann auf das Verhalten Jauslins nichts mehr ankommen. Hingegen muss sich der Kläger die von seiner Angestellten Meier als Hilfsperson erstellte falsche Preisanschrift so anrechnen lassen, wie wenn der Fehler ihm selbst unterlaufen wäre; andererseits darf er sich auf den Irrtum dieser Hilfsperson berufen.



## 4. Schweigen im Rechtsverkehr (I)

**Annahme** = unmissverständliches Akzeptieren der Bedingungen des Antrags

Problem: **Schweigen**, Art. 6 OR

(NB: «stillschweigend» in der Marginalie meint NICHT konkludentes Handeln, sondern Nichtstun)

Grundsatz: Schweigen hat keinen Erklärungswert

Ausnahmen: wenn wegen der «besonderen Natur des Geschäftes» oder «nach den Umständen» «eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist» (gesetzlich geregelte Fälle des Vertrauensprinzips!)

- ➔ besondere Natur des Geschäftes: Verträge, die dem Empfänger ausschliesslich vorteilhaft sind, z.B. Schenkung, Bürgschaft (eines anderen zugunsten des Empfängers), Schulderlass etc.
- ➔ andere Umstände: bestehender Rahmenvertrag, aus dem sich der Annehmende zur Entgegennahme von Anträgen bereit erklärt hat; eine Einladung zur Offertestellung durch Auskündigung (Art. 7 Abs. 2 OR); Betrieb eines Gewerbes, die obrigkeitliche Bestellung oder öffentliche Empfehlung i.S.d. Art. 395 OR



## 4. Schweigen im Rechtsverkehr (II)

Sonderfall: [Schweigen auf kaufmännisches Bestätigungsschreiben](#) (Art. 6 OR entsprechend)

[Bestätigungsschreiben](#) = schriftliche Erklärung, mit der der Erklärende (Absender) dem Empfänger des Schreibens mitteilt, er habe mit ihm einen in der Erklärung umschriebenen mündlichen Vertrag abgeschlossen.

- Beweisfunktion (deklaratorische Wirkung): Schreiben bildet Indiz für Abschluss und Inhalt des Vertrages
- Konstitutive Wirkung? Im kaufmännischen Verkehr: Grundsatz, dass ein Bestätigungsschreiben, dem nicht innerhalb angemessener Frist widersprochen wird, rechtserzeugende Kraft hat, so dass ein Vertrag mit dem bestätigten Inhalt zustande kommt.

Grundlage dieser konstitutiven Wirkung ist die [Vertrauenshaftung](#) (str., BGE 114 II 250)



## 4. Schweigen im Rechtsverkehr (III)

BGE 114 II 250, S. 250:

Die Firma A. ist in der Papierbranche tätig. Sie belieferte B. einige Jahre lang mit Waren, wofür B. ihr im März 1983 noch Fr. 171'916.05 schuldete. Am 30. März verhandelten die Parteien über die Tilgung der Schuld, nach Angaben der Firma aber ohne Erfolg. Es kam daraufhin zwischen ihnen noch zu einem Telefongespräch. Mit Brief vom 11. April teilte B. der Firma A. mit, dass er ohne umgehende gegenteilige Nachricht ihr «vereinbarungsgemäss bis spätestens 14. April 1983» per Saldo aller weiteren Ansprüche Fr. 30'000.-- überweisen werde, was er an diesem Tag auch tat.

Die Firma A. will mit Schreiben vom 15. April einer solchen Regelung der Schuld widersprochen und den überwiesenen Betrag als blosser Akontozahlung bezeichnet haben. B. hat das Schreiben angeblich nicht erhalten. Der Aufforderung der Firma vom 8. Februar 1984, die ihres Erachtens noch ausstehende Schuld von Fr. 141'916.05 zu begleichen, kam er nicht nach. Diesen Betrag nebst Zins klagte die Firma A. sodann ein.



## 4. Schweigen im Rechtsverkehr (IV)

BGE 114 II 250, S. 252:

Entscheidend ist indes, dass die rechtserzeugende Kraft eines solchen Schreibens sich so oder anders nur aus dem Grundsatz der Vertrauenshaftung ergeben kann, welcher sich der Empfänger aussetzt, wenn er schweigt, obschon er an sich allen Anlass hätte, dem Schreiben zu widersprechen [...]. Damit setzt der Vertrauensgrundsatz nicht nur der konstitutiven Wirkung, sondern auch der Bindung des Schweigenden Schranken. Der Absender darf deshalb nicht von einer solchen Bindung ausgehen, wenn sein Schreiben vom Verhandlungsergebnis derart abweicht, dass nach Treu und Glauben nicht mehr mit dem Einverständnis des Empfängers gerechnet werden darf [...]. Dies beurteilt sich nach einem objektiven Massstab, hängt folglich nicht von der subjektiven Einstellung des Absenders ab, selbst wenn die schriftliche Bestätigung eines angeblichen Verhandlungsergebnisses, das vom tatsächlich erzielten erheblich abweicht, regelmässig auch auf Unsorgfalt oder gar auf Unredlichkeit schliessen lässt [...]. Wenn die rechtserzeugende Kraft eines streitigen Bestätigungsschreibens nach dem Vertrauensgrundsatz ermittelt und begrenzt wird, geht es dagegen um eine Frage der Rechtsanwendung. Aus diesem Unterschied erhellt, dass die rechtliche Begrenzung vorzuziehen und aus Gründen der Rechtssicherheit auch sachlich gerechtfertigt ist.





## 4. Schweigen im Rechtsverkehr (V)

BGE 114 II 250, S. 252 f.:

Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz hat die Klägerin anlässlich der Besprechung vom 30. März 1983 einen Prozentvergleich mit einer Saldozahlung von Fr. 30'000.-- ausdrücklich abgelehnt. Bis zum 11. April sodann, als der Beklagte der Klägerin schrieb, führten die Parteien zwar ein Telefongespräch, dessen angeblich positiver Ausgang aber von der Klägerin bestritten wurde und zudem unbewiesen blieb. Der Beklagte beruft sich somit auf Bestätigungen, die dem negativen Verhandlungsergebnis stracks zuwiderlaufen und darauf ausgehen, der Klägerin eine Lösung zu unterstellen, die sie von Anfang an zurückgewiesen hat. Unter diesen Umständen geht es schon nach dem Vertrauensgrundsatz nicht an, dem unwidersprochen gebliebenen Bestätigungsschreiben des Beklagten eine konstitutive Wirkung beizumessen, gleichviel wie es sich damit nach den Absichten des Absenders und dessen Finanzlage verhielte.



## 5. Widerruf, Art. 9 OR (I)

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

- empfangsbedürftige Willenserklärung, die den Vertragsschluss von vornherein verhindert
- NB: Widerruf wird im Gesetz bisweilen auch für Kündigungen (mit Wirkung *ex tunc*) verwendet, z.B. Widerruf der Schenkung, Art. 249–252 OR; es handelt sich um Gestaltungserklärungen.

Grundsatz: Unwiderruflichkeit des Antrags (Bindung) und der Annahme (Vertragsschluss)



## 5. Widerruf, Art. 9 (II)

Ausnahme (Art. 9 Abs. 1 und Abs. 2 OR):

Zugang des Widerrufs VOR oder GLEICHZEITIG mit dem Antrag bzw. der Annahme, d.h. der Erklärungsvorgang ist noch nicht beendet.

Aber: dispositives Recht, d.h. dies findet keine Anwendung, wenn Parteien abweichendes (z.B. Widerrufsvorbehalt) vereinbart haben.

**NB: Widerruf bei Haustürgeschäften Art. 40a–f OR fällt nicht hierunter (Aufhebung eines bereits geschlossenen Vertrages)**



## BGEs

BGE 98 II 109 Antrag und Annahme unter Abwesenden (Art. 5 OR)

BGE 105 II 23 Vertragsschluss bei Auslage (Juwelergeschäft)

BGer 4A\_152/2018, 29. Juni 2018, zur Frage, ob der Unterzeichnende Mitmieter und Solidarschuldner ist (Vertrauensgrundsatz)



**Universität  
Zürich** <sup>UZH</sup>

Rechtswissenschaftliches Institut

---

# Obligationenrecht I

**Abschnitt Vertragsschluss**

**Thema: Vertragsschluss Besonderheiten**

Prof. Dr. Ulrike Babusiaux (Lehrstuhl für Römisches Recht, Privatrecht und Rechtsvergleichung)

19.09.2023



## Vertragsschluss Besonderheiten (Inhalt)

1. Gesetzliche und vertragliche Form
2. Simulation
3. Auslobung
4. Kontrahierungszwang
5. Merkposten: Vertragsschluss unter Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (vgl. **Video 3**)
6. Merkposten: Stellvertretung (vgl. Abschnitt 3)



## Einführungsfall Vertragsschluss Besonderheiten:

K hat eingewilligt, T ihr Seegrundstück am Zürichsee zu verkaufen. Um Steuern zu sparen, nehmen sie in den notariell abgeschlossenen Kaufvertrag (Art. 216 Abs. 1 OR) nicht den eigentlich vereinbarten Kaufpreis von CHF 4,5 Mio., sondern einen niedrigeren Kaufpreis in Höhe von CHF 3 Mio. auf.

Var. 1: Nach der Abwicklung des Vertrages – K hat den Kaufpreis von CHF 4,5 Mio. erhalten, erhält T Besuch von seinem Sohn S, der Jus studiert. Dieser erklärt ihm, dass der Kaufvertrag nur in Höhe von CHF 3 Mio. zustande gekommen sei und er deshalb zu viel gezahlt habe. Daraufhin erhebt T Klage gegen K auf Rückzahlung von CHF 1,5 Mio. Zu recht?

Var. 2: Noch bevor der Vertrag erfüllt wird, übt die Gemeinde ihr Vorkaufsrecht aus (Art. 216d OR). K verlangt CHF 4,5 Mio.; die Gemeinde beruft sich auf den beurkundeten Kaufpreis von CHF 3 Mio.

Wie ist die Rechtslage?



## 1. Gesetzliche und vertragliche Form (I)

Grundsatz der Vertragsfreiheit → Formfreiheit der (lebzeitigen) Verträge («Konsensprinzip»)

NB: Formgebot für **Verfügungen von Todes** wegen, vgl. Art. 245 Abs. 2 OR, Art. 498 und 512 ZGB!

Ausnahme Art. 11 Abs. 1 und Abs. 2 OR gesetzliche Form und Ungültigkeit bei Verstoss

Regelungen zum Umfang des Formgebotes in Art. 12 bis Art. 15 OR

NB: nur das formelle Parlamentsgesetz kann ein Formgebot statuieren!

Ausnahme Art. 16 Abs. 1 und 2 OR vertragliche Form

NB: Formvorschriften sind als Ausnahmen vom Konsensprinzip und somit **restriktiv** auszulegen!





# 1. Gesetzliche und vertragliche Form (II)

Zwecke der gesetzlichen Form:

- Schutz der Vertragsschliessenden (vgl. Art. 22 Abs. 2 OR) vor Übereilung: WARNFUNKTION
- Schaffung von Rechtssicherheit zwischen den Parteien und auch gegenüber Dritten: KUNDGABE- und BEWEISFUNKTION
- Grundlage für sichere Führung öffentlicher Register: REGISTERFUNKTION
- Hinweise für eine besonders schützenswerte Partei (v.a. Konsumentenschutz): INFORMATIONSFUNKTION

NB: Eine Formvorschrift kann verschiedene Zwecke verfolgen; dabei kann auch ein Formzweck überwiegen oder bedeutsamer sein als andere.



# 1. Gesetzliche und vertragliche Form (III)

Arten der gesetzlichen Form:

- einfache Schriftlichkeit, Art. 13 bis Art. 15 OR
- qualifizierte Schriftlichkeit: einfache Schriftlichkeit wird durch zusätzliche Elemente qualifiziert
  - ➔ Erklärung muss zum Teil eigenhändig geschrieben sein, Art. 493 Abs. 2 OR und Art. 505 ZGB
  - ➔ Urkunde muss ggfls. weitere Elemente enthalten, vgl. Art. 270 Abs. 2 OR, Art. 347a OR.
- öffentliche Beurkundung: «die Aufzeichnung rechtsgeschäftlicher oder prozessrechtlicher Erklärungen oder rechtserheblicher Tatsachen in einem Dokument durch eine dazu örtlich und sachlich zuständige Urkundsperson in der vorgeschriebenen Form und in dem vorgeschriebenen Verfahren.»
  - ➔ Einzelheiten nach kantonalem Recht (in den Schranken des Bundesrechts)
  - ➔ Beachte Art. 9 ZGB erhöhe Beweiskraft der öffentlichen Urkunde; sie erbringen «für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhalts nachgewiesen ist.»



## 1. Gesetzliche und vertragliche Form (IV)

einfache Schriftlichkeit, Art. 13 bis Art. 15 OR:

Art. 13 Abs. 1 OR: Unterschrift der verpflichteten Person

- ➔ zweiseitige Schuldverträge: Unterschrift beider Vertragsparteien; einseitige Schuldverträge: Unterschrift der sich verpflichtenden Vertragspartei (oder ihres Vertreters)
- ➔ Keine weiteren Vorgaben zum Verfassen der Urkunde (handschriftlich, auf Computerausdruck, Formular etc.); keine Angaben zu Personalien; aber Sondervorschriften für einzelne Formvorschriften möglich
- ➔ Unterschrift heisst: Namenszug (Vor- und Familienname oder auch nur Familienname, wenn eindeutig)
- ➔ Unterschrift muss eigenhändig sein, Art. 14 Abs. 1 OR; beachte aber Art. 14 Abs. 2<sup>bis</sup> und Abs. 3 OR

NB: Art. 13 Abs. 1 OR geht von einer einheitlichen Beurkundung aus; Verträge können auch durch mehrere Urkunden geschlossen werden; auch ein Brief, der die Unterschrift des Verpflichteten trägt, ist ausreichend.

NB: Art. 14 Abs. 2<sup>bis</sup> OR trägt dem zunehmend **elektronischen Geschäftsverkehr** Rechnung (qualifizierte elektronische Signatur)



# 1. Gesetzliche und vertragliche Form (V)

## Umfang des Formzwangs

Grundsatz: Formbedürftig ist der gesamte Einzelvertrag und zwar mit sämtlichen Vertragspunkten, die objektiv und subjektiv wesentlich sind.

→ objektiv wesentliche Punkte sind namentlich:

- Bestimmbarkeit/Bestimmtheit des Vertragsobjektes

NB: Verweisungen auf andere Dokumente sind nur eingeschränkt möglich (bei öffentl. Beurkundung ausgeschlossen)

→ subjektiv wesentliche Punkte sind namentlich:

- alles, was die Parteien für entscheidend halten (kann im Einzelfall zur Überdehnung des Formzwangs führen); daher: Vertragspunkte, die ihrer Natur nach ein Element des Vertragstypus bilden (also beim Kaufvertrag, alles, was die Kaufsache und den Kaufpreis betrifft; nicht aber weitere Bestimmungen zu Architekten und Unternehmern, die auf dem Grundstück tätig werden sollen/dürfen).

Im Zweifel ist der Umfang des Formzwangs nach dem Formzweck zu bestimmen.



# 1. Gesetzliche und vertragliche Form (VI)

## Formungültigkeit

Art. 11 Abs. 2 OR Wirksamkeit des Vertrages hängt im Zweifel von der Beachtung der Form ab.

BGE 108 II 296, S. 299f.: Art. 11 Abs. 2 OR «füllt lückenhafte Formvorschriften, welche keine Regelung über die Folgen der Nichteinhaltung der vorgeschriebenen Form enthalten, gesamthaft und zwingend aus, und zwar in dem Sinn, dass die Form Gültigkeitserfordernis ist».

Formnichtigkeit bedeutet: der vom Formmangel betroffene Vertrag ist unheilbar unwirksam

- jedermann kann sich darauf berufen
- die Nichtigkeit ist von Amts wegen zu beachten
- bereits empfangene Leistungen sind zurückzuerstatten (Vindikation Art. 641 Abs. 2 ZGB; Art. 62–67 OR)

Abschwächung der Formnichtigkeit **durch Rechtsmissbrauchsverbot, Art. 2 Abs. 2 ZGB**: Wenn die Berufung auf die Formnichtigkeit gegen Treu und Glauben verstösst und die Berufung darauf rechtsmissbräuchlich ist. In diesem Fall ist die Form zwischen den Parteien als erfüllt anzusehen und der Vertrag insoweit als gültig zu behandeln.



# 1. Gesetzliche und vertragliche Form (VII)

## Rechtsmissbrauchsverbot und Formmangel

### BGE:

- beidseitige vollständige Erfüllung in Kenntnis der Formungültigkeit des Vertrags (NICHT: Erfüllung in Unkenntnis der Formungültigkeit)
- Weitere Umstände:
  - ➔ Arglistige Herbeiführung des Formmangels durch die Partei, die sich auf diesen beruft
  - ➔ Zweckwidrigkeit der Berufung auf den Formmangel, weil sie nur dazu dient, sich z.B. Gewährleistungsansprüchen zu entziehen oder eine Wertsteigerung nach Vertragsschluss für sich zu nutzen.

### h.L.:

Formungültigkeit soll nicht von Amts wegen zu berücksichtigen sein; zudem ist von Heilbarkeit des Formmangels auszugehen, die vor allem bei vollständiger Erfüllung des Vertrages eintritt (Bestandsschutz).



## 1. Gesetzliche und vertragliche Form (VIII)

BGE 104 II 99, S. 100

Mit öffentlich beurkundetem Vorvertrag vom 21. September 1971 verpflichtete sich Hans Grawehr, dem Ernst Sahli mehrere sich in der Gemeinde Bottighofen befindliche Parzellen landwirtschaftlich genutzten Landes im Halte von ungefähr 870 Aren [...] zu einem Preise von Fr. 720'000.- zu verkaufen. Auf diesen Parzellen liess Sahli im Jahre 1972 verschiedene Neubauten errichten; im November 1972 waren die meisten davon [...] fertiggestellt. Am 3. November 1972 wurde der Kaufvertrag öffentlich beurkundet und die Handänderung im Grundbuch eingetragen. Sahli bezahlte den in den öffentlich beurkundeten Verträgen festgehaltenen Kaufpreis von Fr. 720'000.-, weigerte sich aber, dem Grawehr eine weitere, mündlich versprochene Zahlung von Fr. 100'000.- auszurichten. Im Januar 1974 erhob Grawehr beim Bezirksgericht Kreuzlingen gegen Sahli Klage, mit der er verlangte, dass die Nichtigkeit der beiden öffentlich beurkundeten Verträge festzustellen sei; ferner «sei die gestützt auf den Kaufvertrag vom 3. November 1972 vorgenommene Grundbucheintragung im Grundbuch Bottighofen zu löschen und das Eigentum an den Grundstücken [...] auf den Kläger zurückzuübertragen». Ein Zwischenentscheid des Bezirksgerichts wurde vom Obergericht des Kantons Thurgau am 28. September 1976 aufgehoben. Jenes wies hierauf die Klage mit Urteil vom 6. April 1977 ab, was vom Obergericht auf Appellation des Klägers hin am 20. September 1977 bestätigt wurde.



## 1. Gesetzliche und vertragliche Form (IX)

BGE 104 II 99, S. 101

Formnichtigkeit ist im Verhältnis unter den Parteien unbeachtlich und die Berufung darauf ist unstatthaft, wenn sie gegen Treu und Glauben verstösst und daher einen offenbaren Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB darstellt. [...] Das ändert aber nichts daran, dass ein Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 ZGB in jeder Instanz von Amtes wegen zu beachten ist, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen von einer Partei in der vom Prozessrecht vorgeschriebenen Weise vorgetragen wurden und feststehen. Einer besonderen Einrede bedarf es nicht [...]. Ob ein Rechtsmissbrauch vorliege, der die Berufung auf Formnichtigkeit eines Kaufvertrages verbietet, hat der Richter nicht in Anwendung von starren Regeln zu entscheiden, sondern unter Würdigung aller Umstände des konkreten Falles [...]. Dabei kommt der erfolgten freiwilligen Erfüllung des Kaufvertrages durch die Parteien besondere Bedeutung zu. Sie schliesst zwar nicht notwendigerweise aus, dass die Nichtigkeit des Vertrages dennoch berücksichtigt werde, lässt die Anrufung des Formmangels aber doch als rechtsmissbräuchlich erscheinen, wenn nicht die Würdigung aller übrigen Umstände, namentlich das Verhalten der Parteien bei und nach Vertragsschluss, eindeutig zum gegenteiligen Schluss führt [...]. Unter der freiwilligen Vertragserfüllung wird nach jüngerer Begriffsumschreibung in der Judikatur die Herstellung der Vermögenslage verstanden, die dem wirklichen, vom verkündeten abweichenden Parteiwillen entspricht





## 1. Gesetzliche und vertragliche Form (X)

BGE 104 II 99, S. 105

Alsdann ist davon auszugehen, dass vorliegend der verkündete Kaufvertrag beidseitig erfüllt wurde, der Eigentumsübergang im Grundbuch eingetragen ist und allein die Schwarzzahlung aussteht. Auf den dissimulierten Vertrag bezogen ergibt das die vollständige Erfüllung seitens des Klägers und die Erfüllung in der Hauptsache seitens des Beklagten. Zu prüfen bleibt, welche weiteren Umstände hinzukommen, und ob sie zusammen mit den Erfüllungsgegebenheiten die Geltendmachung des Formmangels als rechtsmissbräuchlich erscheinen lassen. Beweis würdigend und anhand eigenen Vorbringens des Beklagten hält das Obergericht fest, dass das Schwarzzahlungsversprechen zwar auf Vorschlag des Beklagten, jedoch unter sofortiger Zustimmung des Klägers und in dessen alleinigem Interesse vereinbart wurde. Nach dem Vertrag habe ausschliesslich der Kläger die Handänderungskosten zu tragen gehabt; dank dem geringeren verkündeten Kaufpreis habe er zudem auch Grundstückgewinnsteuern einsparen können. Beide Parteien hätten um die Unerlaubtheit ihres Vorgehens gewusst. Aber der Kläger habe den Formmangel zum eigenen Vorteil, um Öffentliche Abgaben zu umgehen, herbeigeführt. [...].



## 1. Gesetzliche und vertragliche Form (XI)

BGE 104 II 99, S. 107 f.

Letztlich erörtert und verneint das Obergericht die Frage, ob dem Beklagten ein missbräuchliches Verhalten von etwa gleicher Schwere wie jenes des Klägers anzulasten und ihm deshalb die Einrede aus Art. 2 ZGB zu versagen sei. Beizustimmen ist ihm vorweg darin, dass die Verweigerung der Schwarzzahlung allein nicht genügt, um im Rahmen der gesamten Umstände die Haltung des Beklagten als ebenso missbräuchlich zu kennzeichnen, wie die des Klägers. Und sonst liegt gegen ihn nach Feststellung des Obergerichts nichts vor. Die mit der Berufung angebrachten Unterstellungen haben keine fassbare Stütze. Gewiss ist die Nichteinhaltung eines gegebenen Versprechens an sich wenig geeignet, zum Vorwurf des Rechtsmissbrauchs an den betroffenen Partner zu legitimieren. Aber auf teilweise Schwarzzahlung ausgerichtete Grundstücksgeschäfte sind von besonderer Art, und dementsprechend im Streit zwischen den Beteiligten zu behandeln. Es ist an die bezüglichen Überlegungen in BGE 92 II 325 E. 3 zu erinnern. Danach muss es vorliegend bei dem von den Parteien durch Vollzug des öffentlich beurkundeten Kaufvertrages geschaffenen Rechtszustand unter den dargelegten Umständen sein Bewenden haben. Dieses Ergebnis deckt sich zudem mit der für die ungerechtfertigte Bereicherung geltenden, aber grundsätzlich allgemeine Beachtung heischenden Regel des Art. 66 OR, dass nicht zurückgefordert werden kann, was in der Absicht, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen, gegeben worden ist.



## 1. Gesetzliche und vertragliche Form (XII)

Vertraglich vorbehaltene Form, Art. 16 OR

= Einigung der Parteien, für ihren Vertrag eine Form zu verlangen (kann selbst formlos vereinbart werden)

➔ Abschlussform = der Vertrag hat nur dann Bindungswirkung, wenn er in der vereinbarten Form verabschiedet wurde ↔ Beweisform = die Form hat lediglich deklaratorischen Charakter

Art. 16 Abs. 1 OR statuiert eine Vermutung zugunsten der Abschlussform.

Widerlegung der Vermutung

➔ Nachweis, dass die Parteien eine bloße Beweisform gewollt haben (Wortlaut oder Umstände)

➔ Nachweis, dass der Vertrag trotz Nichteinhaltung der Form zustande gekommen ist (d.h. übereinstimmender Abschlusswille vorliegt)

Art. 16 Abs. 2 OR statuiert als Forminhalt die einfache Schriftlichkeit im Sinne von Art. 13–15 OR

Widerlegung durch Nachweis, dass andere Form vereinbart war (z.B. Telefax, Email)



## 1. Gesetzliche und vertragliche Form (XIV)

Vertraglich vorbehaltene Form, Art. 16 OR

- **Formvorbehalt** selbst bedarf keiner Form und kann auch stillschweigend vereinbart werden
- vorformulierte Formvorbehalte in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind aber bei Globalübernahme als nicht wirksam übernommen anzusehen

Art. 16 Abs. 1 OR ist auch auf den Fall anwendbar, dass die Parteien eine strengere Form als die gesetzlich vorgeschriebene vereinbart haben (z.B. öffentliche Beurkundung statt einfacher Schriftform)

Nachträgliche Änderung des Vertrages (entgegen Art. 12 OR): Die Abänderung ist nicht formpflichtig, es sei denn die Parteien haben dies besonders vereinbart



## 2. Simulation (I)

Art. 18 Abs. 1 OR regelt zwei Tatbestände

- *falsa demonstratio non nocet*: Bei übereinstimmender irrtümlicher/unbewusster Abweichung vom objektiven Wortsinn gilt zwischen den Parteien das Gewollte (vgl. Haakjöringsköd-Fall)
  - Simulation/Scheingeschäft: bewusste Vortäuschung eines Vertragsschlusses oder eines anderen Vertragsinhalts als des wirklich beabsichtigten (hierauf bezieht sich auch Art. 18 Abs. 2 OR)
- ➔ In beiden Fällen der Diskrepanz von Wille und Erklärung gilt das GEWOLLTE

Voraussetzungen:

- Gemeinsame Ausdrucksweise
- Übereinstimmender Wille hinsichtlich der Verwendung der Ausdrucksweise
- Diskrepanz zwischen Wille und Ausdrucksweise



## 2. Simulation (II)

Scheingeschäft/Simulation liegt vor, «wenn beide Parteien darüber einig sind, dass die gegenseitigen Erklärungen nicht ihrem Willen entsprechende Rechtswirkungen haben sollen, **weil sie entweder ein Vertragsverhältnis vortäuschen** oder mit dem Scheingeschäft einen wirklich beabsichtigten Vertrag verdecken wollen» (BGE 123 IV 61)

→ reines Scheingeschäft = es gibt gar kein Vertragsverhältnis.

Bsp.: Bei einer Versteigerung bietet der Einlieferer oder ein Verwandter des Versteigerers mit, um den Preis in die Höhe zu treiben.

Bsp.: Art. 18 Abs. 2 OR, Ausstellen eines schriftlichen Schuldbekenntnisses, um die Forderung gegenüber einem Dritten abzutreten.

## 2. Simulation (III)

Scheingeschäft/Simulation liegt vor, «wenn beide Parteien darüber einig sind, dass die gegenseitigen Erklärungen nicht ihrem Willen entsprechende Rechtswirkungen haben sollen, weil sie entweder ein Vertragsverhältnis vortäuschen **oder mit dem Scheingeschäft einen wirklich beabsichtigten Vertrag verdecken wollen**» (BGE 123 IV 61)

→ Aufgrund einer Simulationsabrede (*convention de simulation*) gibt es zwei Rechtsgeschäfte

Scheingeschäft

= das vorgetäuschte Geschäft (*l'acte simulé*)

Dissimuliertes Geschäft

= das versteckte Geschäft (*l'acte dissimulé*)

**Das Scheingeschäft ist unwirksam!**

**Das dissimulierte Geschäft ist wirksam, ausser es liegen andere Unwirksamkeitsgründe vor (z.B. Form, Art. 216 OR).**



## 2. Simulation (IV)

Scheingeschäft

Dissimuliertes Geschäft

**Vollsimulation:** Das dissimulierte Geschäft tritt vollständig hinter das Scheingeschäft zurück.  
Bsp.: Die Parteien vereinbaren zum Schein ein Darlehen; in Wahrheit liegt eine Schenkung vor.

**Teilsimulation:** Das dissimulierte Geschäft ist Teil des Scheingeschäftes und kann als solches Wirksamkeit entfalten.

Bsp.: Die Parteien vereinbaren einen niedrigeren Kaufpreis im Scheingeschäft und einen höheren im dissimulierten Geschäft.

**Parteisimulation (Sonderfall der Teilsimulation):** Der Vertrag ist mit einer anderen Partei gewollt als mit derjenigen, die in Erscheinung tritt.





## 2. Simulation (V)

Wichtigster Anwendungsfall: Preissimulation beim Grundstückskauf («Schwarzkauf»):

- Beurkundung (Art. 216 Abs. 1 und Abs. 2 OR) eines niedrigeren Preises
- Formlose Vereinbarung eines höheren Preises

BG: Beide Verträge sind unwirksam: Der beurkundete als Simulation, Art. 18 Abs. 1 OR; der versteckte aufgrund Formmangels, Art. 11 Abs. 2 OR → Theorie des Doppelmangels

- Klage auf beurkundeten wie vereinbarten Kaufpreis scheitert.
- Erbrachte Leistungen können nach den Regeln des Bereicherungsrechts (Art. 62–67 OR), der Vindikation (Art. 641 Abs. 2 ZGB) zurückgefordert werden (Berichtigung des Grundbuchs nach Art. 975 ZGB)

ABER: Berufung auf Formungültigkeit kann als Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB) angesehen werden.

M.M.: Zweck des Art. 216 Abs. 1 und Abs. 2 OR liegt in Schutz vor Übereilung; dieser wird gewahrt, wenn sogar ein niedrigerer Preis beurkundet wird.



## 2. Simulation (VI)

Abgrenzungen:

- **Mentalreservation**: lediglich eine Partei täuscht ihren Vertragswillen nur vor; nach Vertrauensprinzip wird sie an der Erklärung festgehalten; die Willenserklärung und der Vertrag sind wirksam.  
Bsp.: P und M schliessen einen Erbvertrag; P hat aber Vorbehalte, die sie nicht äussert und die auch für M nicht ersichtlich sind.
  - **Scherzerklärung** (*déclaration facétieuse*): eine Person gibt eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung in der Erwartung ab, die andere Seite erkenne die fehlende Ernstlichkeit  
Bsp.: A erklärt in einer Theateraufführung, sein letztes Hemd zu schenken.
- ➔ in beiden Fällen fehlt die Übereinstimmung zwischen den Parteien (anders: Simulation).
- ➔ in beiden Fällen ist die Erklärung nach Vertrauensprinzip auszulegen und ggfls. wirksam (die Mentalreservation ist eher unbeachtlich; die Scherzerklärung nur dann wirksam, wenn der Scherzcharakter nicht offensichtlich war, dann aber Anfechtungsmöglichkeit).



## 3. Auslobung (I)

**Art. 8 OR Auslobung** = Auskündigung einer Belohnung für die Vornahme einer Leistung

Versprechen zu Gunsten unbestimmter Personen durch das sich der Versprechende für den Fall einer bestimmten Leistung zur Ausrichtung einer Belohnung verpflichtet:

Auskündigung muss öffentlich erfolgen (*publiquement/publicamente*): an jedermann oder an unbestimmte Personen einer bestimmten Gruppe, z.B. Mitglieder eines Vereins oder Abonnenten einer Zeitung

Leistung, für die Belohnung versprochen wird, kann beliebig sein, z.B. Verfassen eines Gedichts, Wiederfinden einer Sache oder eines Kindes, Aufdeckung eines Verbrechens

Belohnung kann eine Geldsumme oder auch andere Leistung (Ehrung, Medaille) sein

- ➔ Einseitiges Leistungsversprechen, das OHNE VERTRAG zur Bindungswirkung führt.
- ➔ Bedingtes Leistungsversprechen, das BEI EINTRITT der Bedingung zur Bindungswirkung führt.



## 3. Auslobung (II)

VOR Erbringung der Leistung ist die Auslobung FREI WIDERRUFLICH,  
aber [Schadenersatzpflicht nach Art. 8 Abs. 2 OR](#)

Ersatzberechtigt sind die Adressaten der Auslobung, die auf Grund der Auskündigung Aufwendungen gemacht haben (Frustrationsschaden)

Soweit diese Aufwendungen in guten Treuen erforderlich waren (bis zum Höchstbetrag der ausgesetzten Belohnung)

Ersatzanspruch entfällt, wenn der Auslobende beweist, dass dem Adressaten die Leistung nicht gelungen wäre (Nachweis, dass es nicht möglich war) bzw. dass er die Belohnung nicht verdient hätte (Nachweis, dass jemand anders zuvorgekommen wäre)

NB: Hat die ausgesetzte Belohnung keinen Geldwert, besteht kein Anspruch auf Schadenersatz!



### 3. Auslobung (III)

**Preisausschreiben** = Sonderfall der Auslobung → Auslobung im Rahmen eines Wettbewerbs.

Auslobender ist Veranstalter des Wettbewerbs, z.B. Architekturwettbewerb, Forschungswettbewerb etc.

Besonderheiten gegenüber der Auslobung:

- Veranstalter erwartet mehrere Leistungen (z.B. verschiedene Architektenentwürfe, verschiedene Projekte etc.), verspricht aber nur die Belohnung an einen Teilnehmenden (der als besonders geeignet oder preiswürdig erscheint)
- Teilnahme am Preisausschreiben setzt eine Anmeldung voraus, die entweder mit der Bewerbung um den Preis zusammenfällt oder früher zu erfolgen hat (Vertragsverhältnis, während die Auslobung einseitig ist)

NB: Richtet sich ein Preisausschreiben nur an bestimmte Personen (z.B. individuell ausgewählte Architekten) ist Art. 8 Abs. 2 OR nicht anwendbar (es liegt dann ein **unechtes Preisausschreiben** vor, das keine Auslobung ist).



## 4. Kontrahierungszwang (I)

Vertragsfreiheit: Abschlussfreiheit, d.h. man ist frei, einen Vertrag abzuschliessen oder nicht (negative Abschlussfreiheit)

**Kontrahierungspflicht** = Pflicht, einen bestimmten Vertrag mit dem Berechtigten abzuschliessen

→ als Einschränkung der Vertragsfreiheit eng auszulegen.

→ bedarf einer besonderen Grundlage

Gesetzlicher Kontrahierungszwang

Vertraglicher Kontrahierungszwang



## 4. Kontrahierungszwang (II)

### Gesetzlicher Kontrahierungszwang

- im öffentlichen Recht der Daseinsvorsorge:

z.B. FernmeldeG (Interkonnektionspflicht), Radio- und Fernsehgesetz (Gleichbehandlungs- und Duldungspflichten) sowie Anschlusspflicht nach dem Stromversorgungsgesetz

Kartellrecht: Abschluss von Verträgen durch den Verursacher der Wettbewerbsbehinderung mit den Behinderten zu markt- und branchenüblichen Bedingungen, Art. 12 Abs. 1 lit. a KG

- im Privatrecht:

Persönlichkeitsrecht: Verbot von Diskriminierung, Art. 28 Abs. 2 ZGB

Abschlussfreiheit darf nicht dazu missbraucht werden, um einzelne Interessenten wegen einer bestimmten Eigenschaft oder einer Ausübung eines Rechts, das ihnen kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, vom Vertrag auszuschliessen, also z.B. aufgrund des Geschlechts, des Alters, der Nationalität oder politischer oder religiöser Ansichten



## 4. Kontrahierungszwang (III)

Art. 28 Abs. 1 ZGB: Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen.

Art. 28 Abs. 2 ZGB: Eine Verletzung ist widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist.

Art. 28a ZGB

<sup>1</sup> Der Kläger kann dem Gericht beantragen:

1. eine drohende Verletzung zu verbieten;
2. eine bestehende Verletzung zu beseitigen;
3. die Widerrechtlichkeit einer Verletzung festzustellen, wenn sich diese weiterhin störend auswirkt.

<sup>2</sup> Er kann insbesondere verlangen, dass eine Berichtigung oder das Urteil Dritten mitgeteilt oder veröffentlicht wird.

<sup>3</sup> Vorbehalten bleiben die Klagen auf Schadenersatz und Genugtuung sowie auf Herausgabe eines Gewinns entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag.





## 4. Kontrahierungszwang (IV)

### Klage auf Beseitigung nach Art. 28a Abs.1 Ziff. 2 ZGB

- ➔ wenn ein Vertragsschluss geeignet ist, die Verletzung zu beseitigen, erfolgt aus dem Beseitigungsanspruch ein KONTRAHIERUNGSZWANG

Umstritten ist, ob Art. 28 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB auch die Schlechterstellung bestimmter Personengruppen untersagt (also Anspruch auf gleiche Behandlung gegenüber anderen im Sinne eines allgemeinen Diskriminierungsverbots).

Jedenfalls dort, wo eine Konkretisierung eines allgemeinen Diskriminierungsverbotes aus anderen Regelungen abgeleitet werden kann: Bundesgesetz über Gleichstellung von Mann und Frau (im Arbeitsrecht); Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung.



## 4. Kontrahierungszwang (V)

Kontrahierungszwang **aufgrund eines Verstosses gegen die guten Sitten:**

Problem: Art. 20 Abs. 1 OR sieht Nichtigkeit von sittenwidrigen Verträgen vor; eine Begründung aus dem Sittenverstoss kann nur auf Art. 41 Abs. 2 OR abgeleitet werden; dann braucht es einen absichtlichen Verstoss gegen die guten Sitten, was schwer zu beweisen ist).

BGE 129 III 35:

Voraussetzungen

- (1) Öffentliches und allgemeines Angebot von Waren oder Dienstleistungen;
- (2) Güter und Dienstleistungen betreffen den Normalbedarf, der jedem zur Verfügung stehen muss;
- (3) Interessenten haben kaum Ausweichmöglichkeiten aufgrund beherrschender Position des Anbieters;
- (4) Anbieter hat keine sachlichen Gründe, welche eine Weigerung zum Vertragsabschluss rechtfertigen könnten.



## 4. Kontrahierungszwang (VI)

BGE 129 III 35, S. 36:

Im Dezember 1999 wollte der Verein gegen Tierfabriken (VgT) (nachfolgend: der Kläger) bei der Hauptpost St. Gallen zwei seiner Publikationen, die «Vgt-Nachrichten» (Publikationsorgan für die Deutschschweiz) und die «ACUSA-News» (Publikationsorgan für die Westschweiz), als unadressierte Massensendung zur Versendung an alle Haushaltungen übergeben. [...] Die Post lehnte den Versand dieser Publikationen ab. In der Folge beantragte der Kläger beim Bezirksgericht Frauenfeld, es sei festzustellen, dass die Ablehnung des Versands der «VgT-Nachrichten VN00-1», der Sonderausgabe «VgT-Nachrichten VN00-1a» sowie der «ACUSA-News AN99-01» durch die Post widerrechtlich sei. Die Post beantragte, auf die Klage sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen. [...] Mit Urteil vom 22. September 2000 stellte die Bezirksgerichtliche Kommission fest, dass die Verweigerung der Annahme der erwähnten Publikationen widerrechtlich erfolgt sei. Dagegen erhob die Post Berufung ans Obergericht des Kantons Thurgau. Mit Urteil vom 22. März 2001 bestätigte das Obergericht den Entscheid der Bezirksgerichtlichen Kommission.



## 4. Kontrahierungszwang (VII)

BGE 129 III 35, S. 45f.:

Heute darf allgemein als anerkannt gelten, dass eine Kontrahierungspflicht nicht auf die Fälle beschränkt ist, in denen eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage vorliegt. Vielmehr kann sich eine Kontrahierungspflicht auch aus allgemeinen Prinzipien des Privatrechtes wie dem Verbot sittenwidrigen Verhaltens ergeben. Für die Konkretisierung dieses Grundsatzes ist jedoch vorab festzuhalten, dass die Vertragsfreiheit – und damit auch die Vertragsabschlussfreiheit – als Element der Privatautonomie einen ausserordentlich hohen Stellenwert in der Privatrechtsordnung hat. [...] Eine Kontrahierungspflicht auf dieser Grundlage setzt erstens voraus, dass ein Unternehmer seine Waren oder Dienstleistungen allgemein und öffentlich anbietet. Der Bereich des rein privaten Güterausstausches ist von einer Kontrahierungspflicht zum Vornherein ausgenommen. Zweitens kann sich der Kontrahierungszwang nur auf Güter und Dienstleistungen beziehen, die zum Normalbedarf gehören. [...] Drittens kann ein Kontrahierungszwang nur angenommen werden, wenn dem Interessenten aufgrund der starken Machtstellung des Anbieters zumutbare Ausweichmöglichkeiten zur Befriedigung seines Normalbedarfs fehlen. Von einer solchen Machtkonstellation ist dann auszugehen, wenn entweder nur ein einziger Anbieter zureichend erreichbar ist, oder wenn sich alle in Frage kommenden Anbieter gegenüber dem Interessenten gleichermassen ablehnend verhalten. Und viertens kann von einer Kontrahierungspflicht nur dann ausgegangen werden, wenn der Unternehmer keine sachlich gerechtfertigten Gründe für die Verweigerung des Vertragsabschlusses anzugeben vermag.



## 5. Vertragsschluss unter Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (als Merkposten)

Zur Erinnerung **Video 3**: AGB-Kontrolle

Abschluss des Vertrages unter Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

**Allgemeine Geschäftsbedingungen** = Vertragsbestimmungen, die im Hinblick auf eine Vielzahl von Verträgen eines bestimmten Typs vorformuliert wurden (Rationalisierungsfunktion).

Problematik: einseitige Vertragsgestaltung zugunsten des Verwenders; Verdrängung des dispositiven Gesetzesrechts durch einseitige Marktmacht; geringe Ausweichmöglichkeiten aufgrund Verwendung gleichlautender Allgemeiner Geschäftsbedingungen in bestimmten Branchen

Vertragsschluss: Übernahme (Einbeziehung) durch ausdrückliche oder stillschweigende Einbeziehung oder durch ausdrückliche oder stillschweigende Verweisung (Globalübernahme ohne Kenntnisnahme, aber zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme).

Kontrolle der Übernahme durch **Vorrang der Individualabrede**, **Ungewöhnlichkeitsregel**; (ferner: **Inhaltskontrolle** nach Art. 8 UWG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 OR).



## 6. Stellvertretung (als Merkposten Video 7)

Vertragsschluss durch Bevollmächtigten (Stellvertreter)

Art. 32 Abs. 1 OR:

Vertragsschluss (Willenserklärung) [Abgrenzung: keine eigene Willenserklärung beim Boten]

in fremdem Namen [Ausnahme: Geschäft für den, den es angeht]

mit Vertretungsmacht [Ausnahme: Duldungs- und Anscheinsvollmacht, Zurechnung]

Eintritt der Rechtsfolgen in der Person des Vertretenen!

Problematische Fälle bei Missbrauch der Vertretungsmacht



## BGEs

BGE 104 II 99 (Rechtsmissbrauch Formungültigkeit)

BGE 123 IV 61 (Scheingeschäft)

BGE 129 III 35 (Kontrahierungszwang)



**Universität  
Zürich** <sup>UZH</sup>

Rechtswissenschaftliches Institut

---

# Obligationenrecht I

**Abschnitt Vertragsschluss**

**Thema: Willensmängel: Übervorteilung und Irrtum**

Prof. Dr. Ulrike Babusiaux (Lehrstuhl für Römisches Recht, Privatrecht und Rechtsvergleichung)

26.09.2023





## Willensmängel (Inhalt)

1. Willensmängel (Allgemeines)
2. Übervorteilung nach Art. 21 OR
3. Rechtsfolgen der Übervorteilung, Art. 21 OR
4. Merkposten: Irrtum (vgl. **Video 2**)



## 1. Willensmängel: Allgemeines (I)

- Vertrauenstheorie: Bindung an die Erklärung (der innere entgegenstehende Wille ist unbeachtlich), so wie der Erklärungsempfänger sie nach Treu und Glauben verstehen durfte
- Art. 23-31 OR «Mängel des Vertragsschlusses»: Fälle, in denen der Wille fehlerhaft gebildet oder in Abweichung vom inneren Willen geäußert wurde → Willensmängel
- Willensmängel berechtigen den Erklärenden, sich von der Erklärung zu lösen (der innere Wille berechtigt also dazu, sich von der Erklärung «loszusagen»), wenn Art. 31 Abs. 1 -2 OR erfüllt sind:
  - (a) «Eröffnung, sich nicht an den Vertrag zu halten» («Anfechtung» in Terminologie des BGB) = empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber dem Vertragspartner, mit welcher der Willensmangel geltend gemacht wird
  - (b) innerhalb eines Jahres ab Entdeckung (Irrtum, Täuschung), ab Beseitigung (Furcht)
  - (c) kein sonstiger Ausschluss, zB Art. 25 OR



## 1. Willensmängel: Allgemeines (II)

- Rechtsfolgen der Geltendmachung von Willensmängeln: Unwirksamkeit des Vertrages und Rückabwicklung (im Detail str.; siehe unten)

Beachte:

- Schadenersatzpflicht des fahrlässig Irrenden, vgl. Art. 26 Abs. 1 OR und Art. 26 Abs. 2 OR
- Schadenersatzpflicht des Täuschenden oder Furcht Ausübenden, Art. 31 Abs. 3 OR setzt diesen Anspruch voraus; er ergibt sich aus culpa in contrahendo und/oder Art. 41 Abs. 1 OR iVm Art. 146 StGB (Betrug) oder Art. 41 Abs. 1 OR iVm Art. 181 StGB (Nötigung)



## Einführungsfall Willensmängel (neben Irrtum)

P ist bei einem Unfall durch Verschulden des S verletzt worden und leidet noch heute unter den Folgen des Unfalls. Unter anderem ist er teilinvalid und kann seinen Beruf nur in Teilzeit ausüben. S hat deswegen Schadenersatz geleistet und P erhält auch Leistungen der Versicherung.

Dennoch lauert P dem S regelmässig auf, um ihn um weitere Zahlungen anzugehen; eines Tages droht er S, sich selbst etwas anzutun, wenn S nicht ein Schuldanerkennnis über CHF 500'000 unterzeichne. S, der wegen des Unfalls ein schlechtes Gewissen hat, will auf keinen Fall den Tod des P auf dem Gewissen haben und unterzeichnet das Schuldanerkennnis.

In der Folge klagt P den Betrag von S ein; S beruft sich in der Klageerwiderung auf Unwirksamkeit der Verpflichtung wegen Drohung. Wie ist die Rechtslage?



## 2. Übervorteilung nach Art. 21 OR (I)

Übervorteilung (Wucher) ist **kein** Willensmangel im eigentlichen Sinne; im Gesetz aber in der Nähe der Willensmängel eingeordnet; jedenfalls auch subjektive Elemente notwendig, um Tatbestand zu erfüllen

Art. 21 Abs. 1 OR nennt:

- **offenbares Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung** = Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung, die jedem Betrachter ins Auge fällt
- **Schwäche der benachteiligten Partei**, die sie zum Abschluss des nachteiligen Vertrages veranlasst hat, namentlich Notlage, Unerfahrenheit oder Leichtsinn (= Dispositionen, die die betroffene Partei in eine unterlegene Verhandlungsposition versetzen)
- **Ausnutzung durch die Gegenpartei** = die Gegenpartei macht sich die Schwäche zunutze, um sich durch den Vertragsabschluss übermässige Vorteile zu verschaffen, d.h. die Gegenpartei erkennt die Schwäche und das offensichtliche Missverhältnis und nimmt – auch gegenüber inneren Vorbehalten oder Zögern – das Ergebnis billigend in Kauf



## 2. Übervorteilung nach Art. 21 OR (II)

Einzelheiten zur Schwäche der übervorteilten Partei:

- «**Notlage**» (*gêne, bisogni*) = der Partei erscheint es aufgrund ihrer Bedrängnis vorteilhafter, den nachteiligen Vertrag als kleineres Übel einzugehen; es handelt sich um eine subjektive Notlage
- «**Unerfahrenheit**» = der Partei fehlen die Kenntnisse, die erforderlich sind, um den Vertrag zutreffend zu würdigen
- «**Leichtsinn**» = der Partei fehlt es an Vorsicht und Überlegung

NB: Es ist keine pathologische Dimension notwendig; vielmehr genügt eine von den üblichen Standards abweichende Disposition.

Es handelt sich um **Beispiele für eine geschwächte Verhandlungsposition**, daher auch andere Situationen vorstellbar, z.B. Schwäche durch Alkohol, Drogen, einen Zustand der Erschöpfung oder der Überraschung.



## 2. Übervorteilung nach Art. 21 OR (III)

BGE 123 III 292, S. 293:

Die Tonwerke Thayngen AG ist Eigentümerin [...] einer Wiese im Halte von 12'015 m<sup>2</sup>, welche sie mit Vertrag vom 17. Oktober 1974 dem Fussballclub Lohn gegen eine jährliche Entschädigung von Fr. 300.-- zur Nutzung als Fussballplatz überliess. Am 1. Juni 1990 kündigte sie den Vertrag auf den 31. Dezember 1992. In nachfolgenden Verhandlungen [...] offerierte dieser am 31. Januar 1991 für eine weitere Gebrauchsüberlassung eine Entschädigung von Fr. 2'000.-- im Jahr. Die Grundeigentümerin unterbreitete ihm ein Gegenangebot über Fr. 3'000.--, welches er mit Schreiben vom 24. Juli 1991 annahm. Auf dieser Grundlage schlossen die Parteien am 17./22. Januar 1992 einen neuen Vertrag mit Nutzungsbeginn am 1. Januar 1993. [...] Mit Klage vom 14. August 1992 beantragte der Fussballclub dem Kantonsgericht Schaffhausen im ordentlichen Verfahren, «den angefochtenen Mietzins auf Fr. 800.-- im Jahr herabzusetzen», wobei er sich auf Art. 21 OR berief. [...] Mit Urteil vom 25. Januar 1994 hiess das Kantonsgericht die Klage gut und setzte den vertraglich festgesetzten Mietzins auf Fr. 800.-- im Jahr herab. Gleich entschied das Obergericht des Kantons Schaffhausen mit Urteil vom 28. Juni 1996.



## 2. Übervorteilung nach Art. 21 OR (IV)

BGE 123 III 292, S. 301–303: Eine Notlage im Sinne von Art. 21 OR liegt vor, wenn sich eine Partei bei Vertragsabschluss in starker Bedrängnis, in einer Zwangslage befindet. Die romanischen Gesetzestexte sind insoweit aussagekräftiger als der deutsche, wenn sie das Tatbestandselement mit «gêne» oder - am deutlichsten - mit «bisogni» umschreiben [...]. In Betracht fällt dabei nicht nur die wirtschaftliche Bedrängnis, sie kann auch persönlicher, familiärer, politischer oder anderer rechtserheblicher Natur sein [...]. Entscheidend ist, dass ein Verhandlungspartner den Abschluss des für ihn ungünstigen Vertrags gegenüber der Inkaufnahme drohender Nachteile als das kleinere Übel betrachtet [...], sofern diese Güterabwägung auch in objektiver Betrachtung (Art. 2 Abs. 1 ZGB) als vertretbar erscheint. Auf eine solche Notlage kann sich ebenfalls eine juristische Person berufen [...]. Ein objektives Missverhältnis zwischen den Austauschleistungen hat das Obergericht mit der Begründung bejaht, der Fussballplatz liege als zonenwidrige Anlage in der Landwirtschaftszone und könnte daher anderweitig nur als Landwirtschaftsland genutzt werden. Damit aber liesse sich bloss ein Jahrespachtzins von rund Fr. 480.-- bis Fr. 720.-- erzielen. Mit dem vereinbarten Jahresmietzins von Fr. 3'000.-- werde dieses Mass um mehr als 200% überschritten, was in objektiver Hinsicht den zivilrechtlichen Wuchertatbestand erfülle. Damit hat es die vermierterseitige Leistung bundesrechtswidrig bewertet.





## 2. Übervorteilung nach Art. 21 OR (V)

BGE 123 III 292, S. 302: Einerseits muss die Bedrängnis nicht wirtschaftlicher Natur sein, und andererseits ist nicht zu fragen, ob ein Vertragspartner durch Abschluss des für ihn ungünstigen Vertrags in eine Notlage geraten ist, sondern ob er sich aus einer Notlage heraus gezwungen sah, den mit diesem Inhalt nicht gewollten Vertrag abzuschliessen. In einer Notlage im Sinne von Art. 21 OR kann sich daher durchaus auch befinden, wer die Mittel zur Verfügung hat, das geforderte Übermass zu leisten. [...] Im Lichte der massgebenden Kriterien wird zwar nicht leichthin davon auszugehen sein, Verträge im Freizeitbereich könnten in einer objektiv rechtserheblichen Notlage geschlossen werden, doch verhält es sich grundsätzlich anders, wenn der Vertragsgegenstand für eine Partei von existentieller Bedeutung ist, selbst wenn ihre Existenz sich allein aus dem Zweck der Freizeitgestaltung herleitet. Indem das objektive Recht dem Verein den idealen Zweck als Grundlage juristischer Existenz genügen lässt, gar als notwendig erachtet (Art. 60 ZGB), stellt es von vornherein auch ihm seinen Rechtsbehelf gegen existenzbedrohende Ausbeutung zur Verfügung. Hat das Obergericht aber für das Bundesgericht verbindlich festgestellt (Art. 63 Abs. 2 OG), bei Verlust des Spielplatzes hätte der Kläger seine Lizenz und damit wohl auch seine Existenzberechtigung verloren, hat es in dieser drohenden Gefahr zu Recht einen Umstand erblickt, welcher als Notlage im Sinne von Art. 21 OR zu beachten ist.



### 3. Rechtsfolgen der Übervorteilung (I)

#### Rechtsfolgen:

einseitige Unwirksamkeit des Vertrages, entspricht Rechtslage beim Irrtum gemäss Art. 23 OR, denn:

Art. 21 Abs. 1 OR erteilt dem Verletzten die Befugnis, innerhalb Jahresfrist, die Unwirksamkeit des Vertrages zu erklären

- ➔ im Grundsatz: Nichtigkeit des Vertrages aufgrund Art. 21 OR und Rückabwicklung der bereits ausgetauschten Leistungen (nebst Schadenersatz aus *culpa in contrahendo*)
- ➔ str. Teilunwirksamkeit entsprechend Art. 20 Abs. 2 OR: Problem der geltungserhaltenden Reduktion



## 3. Rechtsfolgen der Übervorteilung (II)

### Problem der geltungserhaltenden Reduktion:

h.L. und Rechtsprechung sprechen sich im Individualvertrag (nicht: AGB) für [Herabsetzung des Vertrages](#) auf das gültige Mass aus.

- Übervorteilung stellt auf den Willen des Übervorteilten ab (kein objektiver Nichtigkeitsgrund)
- «Zeitgeist»: im materialen Privatrecht sei es angemessener, wirtschaftliche Äquivalenz herzustellen als mit der schlichten Nichtigkeitsfolge zu drohen
- Angemessenheit vor allem bei Dauerschuldverhältnissen (könnte zum Nachteil des Übervorteilten sein)

NB: nur AUF ANTRAG des Betroffenen möglich (nicht auf Antrag der begünstigten Partei)



### 3. Rechtsfolgen der Übervorteilung (III)

BGE 123 III 292, S. 294–296: Da dem Gericht nach Art. 63 Abs. 1 OG verwehrt ist, über die Anträge der Parteien hinauszugehen, ist vorab zu prüfen, ob Art. 21 OR dem Übervorteilten überhaupt die Möglichkeit gibt, bloss eine teilweise Unverbindlichkeit des wucherischen Vertrags geltend zu machen und dessen Fortbestand mit geändertem Inhalt zu beanspruchen. [...] Das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 enthielt den Übervorteilungstatbestand nicht. Er wurde erst mit dessen Anpassung an das Zivilgesetzbuch – auf Veranlassung von Eugen Huber – in das Gesetz eingefügt, angelehnt an § 138 Abs. 2 BGB, mit dessen ursprünglicher Fassung (vor der Revision von 1976) er im Tatbestand, nicht aber in der Rechtsfolge übereinstimmt, indem der wucherische Vertrag im Gegensatz zur deutschen Regelung nicht als nichtig, sondern bloss als einseitig unverbindlich und damit der Konvaleszenz zugänglich erklärt wird [...]. Die Möglichkeit richterlicher Vertragskorrektur erwähnt der Gesetzestext nicht. [...] In der älteren schweizerischen Literatur wurde die Aufrechterhaltung des wucherischen Vertrags mit reduzierter Verpflichtung und damit die Annahme blosser Teilungültigkeit regelmässig, wenngleich meist mit Bedauern, abgelehnt [...]. Dies entspricht im Ergebnis der in Deutschland herrschenden Auffassung zu § 138 Abs. 2 BGB, jedenfalls mit Ausnahme der gesondert geregelten Miet- und Lohnwucher sowie der Missachtung normativ bestimmter Preise [...].

### 3. Rechtsfolgen der Übervorteilung (IV)

BGE 123 III 292, S. 296f. [...] Beruhte das Obligationenrecht des Jahres 1881 noch auf einer «rein geschäftsmässigen Auffassung des Verkehrslebens» [...], wandte bereits die Revision von 1911 [...] sich einem vermehrt materialen Vertragsdenken zu, und hat diese Tendenz sich im sogenannt sozialen Privatrecht kontinuierlich verstärkt. [...]. Die zeitgemässe Rechtsüberzeugung ist nicht mehr allein vom Schwarz-weiss-Schema der Gültigkeit oder Nichtigkeit privater Rechtsgestaltung geprägt, sondern fasst immer fester auch in der Grauzone der geltungserhaltenden Reduktion fehlerhafter Kontakte durch richterliche Inhaltskorrektur Fuss. [...] Blosser Teilnichtigkeit wucherischer Verträge entspricht damit geltungszeitlichem Grundsatzdenken. Dieses Ergebnis ist auch systemkonform. Das Gesetz selbst sieht geltungserhaltende Reduktionen verbreitet vor, etwa in Art. 20 Abs. 2 OR mit der blossen Teilnichtigkeit unmöglicher, rechts- oder sittenwidriger Verträge, in Art. 163 Abs. 3 und Art. 417 OR mit den herabsetzbaren Konventionalstrafe und Mäklerlohn, in Art. 269 ff. OR mit dem anfechtbaren Mietzins, in Art. 340a Abs. 2 OR mit dem einzuschränkenden Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag oder in Art. 356b Abs. 2 OR mit der richterlichen Korrekturmöglichkeit unangemessener Anschlussbedingungen an einen Gesamtarbeitsvertrag. [...] Leitgedanke ist dabei allemal, dass, wo blosses Übermass als unzulässig erscheint, die rechtliche Missachtung sich auf das Übermass beschränkt, mithin die Rechtsfolge der Unwirksamkeit, beruhe sie auf Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit, in solchen Fällen nicht zwingend qualitativ, sondern vorerst quantitativ zu beachten und zu beheben ist[...].



## 4. Merkposten: Irrtum (vgl. Video 2) (I)

Irrtum in der Willensbildung ([Motivirrtum](#)) ist grds. nicht beachtlich (Ausnahme: Grundlagenirrtum);

Irrtum in der Willensäußerung ([Erklärungsirrtum](#)) kann hingegen wesentlich oder unwesentlich sein

- Erklärungsirrtum im engen Sinne: Irrtum über ein Erklärungszeichen
- Erklärungsirrtum im weiteren Sinne: Irrtum über den Sinn der Erklärung

Rechtsfolgen des Irrtums: Art. 23 OR [einseitige Unverbindlichkeit](#) des Vertrages

Weitere Regelungen:

Art. 25 Abs. 1 OR: Berufung auf den Irrtum kann unstatthaft sein = unnütze Rechtsausübung oder unzumutbare Nachteile für den Gegner

Art. 25 Abs. 2 OR: Berufung auf den Irrtum ist unstatthaft, wenn der Erklärungsgegner einverstanden ist, den Vertrag mit dem gewollten Inhalt gelten zu lassen (dann besteht kein Interesse an der Unwirksamkeit)

Art. 26 OR: fahrlässiger Irrtum führt zu Schadenersatzpflicht (Abs.1 : negatives Interesse, Abs. 2: weiterer Schaden)



## 4. Merkposten: Irrtum (vgl. Video 2) (II)

Einseitige Unverbindlichkeit gemäss Art. 23 OR:

**Ungültigkeitslehre:** der einseitig unverbindliche Vertrag ist von Anfang an (*ex tunc*) ungültig; er entfaltet keine Vertragswirkungen; die geschützte Partei muss sich auf die Unwirksamkeit berufen; dem Vertragspartner ist es verwehrt, sich gegen den Willen der irrenden Partei auf die Unwirksamkeit zu berufen.

- ➔ Rückabwicklung nach Vindikation Art. 641 Abs. 2 ZGB, nach ungerechtfertigter Bereicherung Art. 62 OR oder auch durch Grundbuchberichtigung Art. 975 ZGB.
- ➔ bei beidseitiger Rückabwicklung erfolgt die Leistungserstattung Zug um Zug.

**Anfechtungstheorie:** der einseitig unverbindliche Vertrag ist zunächst gültig; die betroffene Partei hat jedoch ein Anfechtungsrecht; übt sie das Recht aus, wird der Vertrag *ex tunc* unwirksam

- ➔ im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch kodifiziert; im OR gerade nicht
- ➔ BGE 114 II 131, S. 142 f. lehnt sie ausdrücklich ab



**Universität  
Zürich** <sup>UZH</sup>

Rechtswissenschaftliches Institut

---

# Obligationenrecht I

**Abschnitt Vertragsschluss**

**Thema: Willensmängel: Täuschung und Furchterregung**

Prof. Dr. Ulrike Babusiaux (Lehrstuhl für Römisches Recht, Privatrecht und Rechtsvergleichung)

02.10.2023





## Willensmängel: Täuschung und Furchterregung (Inhalt)

1. Absichtliche Täuschung Art. 28 OR
2. Furchterregung Art. 29 f. OR
3. Rechtsfolgen von Willensmängeln und Rückabwicklung des Vertrages (vgl. auch **Video 2a**)



## 1. Absichtliche Täuschung Art. 28 OR (I)

Art. 28 Abs. 1 OR Täuschung durch den Vertragspartner

Art. 28 Abs. 2 OR Täuschung durch einen Dritten, die dem Vertragspartner bekannt war/hätte bekannt sein müssen

Voraussetzungen:

- Täuschung
- Irrtum
- Kausalität der Täuschung für den Irrtum
- Kausalität des Irrtums für den Vertragsschluss



# 1. Absichtliche Täuschung Art. 28 OR (II)

## – Täuschung:

- durch positives Verhalten: Vorspiegelung von Tatsachen, die nicht bestehen oder Behauptung, dass eine gegebene Tatsache nicht bestehe; Täuschungshandlung: Worte (Äusserungen) oder auch Handlungen (Verwendung von falschen Urkunden, Erzeugung eines falschen Scheins)
- durch Schweigen/Unterlassen: Nichtaufklärung eines ersichtlichen Irrtums der Gegenseite, wenn eine PFLICHT zur Aufklärung besteht (NB: grds. keine Verpflichtung, die andere Seite über selbst ermittelbare Informationen «aufzuklären»); aus Treu und Glauben ergibt sich die Aufklärungspflicht namentlich dann, wenn Fehlvorstellung auf eigenem Vorverhalten beruht, ein Informationsgefälle besteht oder die Natur des Vertrages besondere Schutz- und Treuepflichten begründet.

## – absichtliche Täuschung

- Absicht = Vorsatz, d.h. Erkennen und wenigstens Inkaufnehmen der Fehlvorstellung des Gegners
- NICHT NOTWENDIG: Absicht im technischen Sinne (zielgerichtete Schädigungsintention oder Bereicherungsintention)



## 1. Absichtliche Täuschung Art. 28 OR (III)

– Täuschung durch einen Dritten:

- Vertragspartner muss die Täuschung positiv kennen oder fahrlässig nicht erkannt haben
- Dritte i.S.v. Art. 28 Abs. 2 OR sind nur Aussenstehende; hingegen wird die Täuschung durch Abschlussgehilfen dem Vertragspartner selbst zugerechnet (dies gilt namentlich für einen Stellvertreter)

Bsp. für Dritte: unrichtige Werbeaussagen des Herstellers im Verhältnis zum Verkäufer (sofern nicht der Verkäufer explizit auf diese Aussagen verweist)

NB: Wird die Täuschung durch einen Dritten i.S.v. Art. 28 Abs. 2 OR verübt, ohne dass der Vertragspartner sie kannte oder kennen musste, kommen die Regeln über den Grundlagen- und Erklärungsirrtum zur Anwendung.



## 1. Absichtliche Täuschung Art. 28 OR (IV)

- Kausalität der Täuschung für die Fehlvorstellung
  - ➔ Die Täuschung muss gerade die *conditio sine qua non* für die Fehlvorstellung (Irrtum) sein.
- Kausalität der Fehlvorstellung für den Vertragsabschluss
  - ➔ Der Irrtum muss den Getäuschten zum **Vertragsabschluss** bewegt haben (*dolus causam dans*)
  - ➔ Der Irrtum muss den Getäuschten zum **Vertragsinhalt** bewegt haben (*dolus incidens*)

### Rechtsfolgen:

- Unverbindlichkeit des Vertrages (einseitige Unverbindlichkeit, s.o.)
- Art. 31 OR Frist
- Schadenersatzpflicht aus *culpa in contrahendo* (und/oder Art. 41 OR falls die Täuschung auch ein Schutzgesetz verletzt), beachte: Art. 31 Abs. 3 OR

BEACHTEN: Einige Sonderregeln in Spezialgesetzen (z.B. VVG, UWG)



## 2. Furchterregung Art. 29 f. OR (I)

Unverbindlichkeit der Willensäußerung aufgrund Furchterregung

Tatbestandsvoraussetzungen:

- Furchterregung = Drohung/Androhung eines Übels, die vom Bedrohten ernst genommen wird
- durch den Vertragspartner oder einen Dritten
- «gegründete» Furcht (*crainte fondée*) ist eine qualifizierte; Regelbeispiele in Art. 30 Abs. 1 OR:
  - ➔ Bedrohung des Vertragspartners oder ihm nahestehenden Person an Leib, Leben, Ehre oder Vermögen
  - ➔ andere Drohungen vergleichbarer Schwere, d.h. an anderen Rechtsgütern (z.B. Freiheit, Selbstmorddrohung)
- Widerrechtlichkeit der Drohung: Der angedrohte Nachteil ist als solcher widerrechtlich (Verletzung eines absoluten Rechtsgutes) oder die Art und Weise der Verbindung von Nachteil und Vertragsschluss ist widerrechtlich (z.B. Drohung mit strafrechtlicher Verfolgung, die in keinem Verhältnis zum Vertrag ist), vgl. Art. 30 Abs. 2 OR



## 2. Furchterregung Art. 29 f. OR (II)

### Rechtsfolgen der Furchterregung:

- Unverbindlichkeit des Vertrages für den Bedrohten (Frist Art. 31 Abs.1 und Abs. 2 OR)
- Schadenersatzpflicht des Drohenden zugunsten des Bedrohten nach *culpa in contrahendo* oder nach Art. 41 OR mit Schutzgesetz (beachte unbefristet Art. 31 Abs. 3 OR)
- Schadenersatzpflicht des Bedrohten zugunsten des Vertragspartners (bei Drohung durch Dritte), sofern der Vertragspartner die Drohung nicht kannte und nicht erkennen konnte (Rechtsgedanke aus Art. 29 Abs. 2 OR)



## 3. Rechtsfolgen von Willensmängeln und Rückabwicklung des Vertrages (I)

Die einseitige Unwirksamkeit des Vertrages muss innert **Jahresfrist** (Verwirkungsfrist) geltend gemacht werden, Art. 31 Abs. 1 OR (zur Fristberechnung: Art. 31 Abs. 2 OR)

Nicht rechtzeitige Geltendmachung wirkt als Genehmigung, Art. 31 Abs. 1 OR.

Bei Unwirksamkeit des Vertrages:

- Rückerstattung der bereits erbrachten Leistungen nach Bereicherungsrecht (Art. 62 bis 67 OR)
- Vindikation der im Eigentum des Gebenden verbliebenen Sache nach Art. 641 Abs. 2 ZGB
- Frist: 3 Jahre (relativ), 10 Jahre (absolut); Verjährungsfrist (d.h. Regelungen über Stillstand und Unterbrechung finden Anwendung, siehe Art. 134 ff. OR)





## 3. Rechtsfolgen von Willensmängeln und Rückabwicklung des Vertrages (II)

Natur der einseitigen Unverbindlichkeit des Vertrages:

Ungültigkeitstheorie = der einseitig unverbindliche Vertrag ist von Anfang an – *ex tunc* – unwirksam; er entfaltet keine Rechtswirkungen; die Ungültigkeit wird aber nur auf Antrag des Berechtigten festgestellt; eine Prüfung von Amts wegen ist nicht möglich

Anfechtungstheorie = der einseitig unverbindliche Vertrag ist gültig; die betroffene Partei hat ein Anfechtungsrecht; übt sie es aus, wird der Vertrag von Anfang an – *ex tunc* – unwirksam

Theorie der geteilten Ungültigkeit = der Vertrag ist für die betroffene Partei von Anfang an ungültig, für die andere Partei dagegen gültig; genehmigt die betroffene Partei den Vertrag, so wird auch sie zur Leistung verpflichtet; macht die sie Ungültigkeit durch Anfechtung geltend, fällt die Leistungspflicht der Gegenpartei dahin



### 3. Rechtsfolgen von Willensmängeln und Rückabwicklung des Vertrages (III)

BGE 114 II 131, S. 142f.: In der Lehre werden über die Wirkungen eines Vertrages, bei dessen Abschluss sich eine Partei in einem wesentlichen Irrtum befunden hat, verschiedene Auffassungen vertreten. Nach der Ungültigkeitstheorie ist der Vertrag von Anfang an ungültig, entfaltet folglich überhaupt keine Wirkungen; solche entstehen nur, wenn das Rechtsgeschäft nachträglich vom Irrenden ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten genehmigt wird [...]. Der Vertrag ist somit suspensiv bedingt. Nach der Anfechtungstheorie gilt er hingegen vorerst als gültig, kann aber vom Irrenden durch Berufung auf den Willensmangel aufgelöst werden, weshalb er als resolutiv bedingt erscheint. Diese Auffassung soll zur Zeit in der schweizerischen Lehre vorherrschen [...]. Nach einer dritten Theorie schliesslich, die von einer geteilten Ungültigkeit ausgeht, ist der Vertrag für die betroffene Partei von Anfang an ungültig, für die andere dagegen gültig, für jene also suspensiv, für diese resolutiv bedingt [...]. Unterschiedlich wird nach diesen Theorien auch der Bereicherungsanspruch qualifiziert, der sich ergibt, wenn der Irrende den Vertrag mit Erfolg anfecht. Nach der Ungültigkeitstheorie betrifft der Anspruch eine Nichtschuld, weshalb die absolute Verjährung mit der Leistung zu laufen beginnt; nach der Anfechtungstheorie dagegen erweist er sich als Leistung aus nachträglich weggefallenem Grund mit Beginn der absoluten Verjährungsfrist im Zeitpunkt der Anfechtung, während er nach der geteilten Ungültigkeitstheorie für den Irrenden als Leistung einer Nichtschuld, für den Vertragspartner aber als Leistung aus nachträglich weggefallenem Grund erscheint [...].



### 3. Rechtsfolgen von Willensmängeln und Rückabwicklung des Vertrages (IV)

BGE 114 II 131, S. 143: Den Grundgedanken und den Zielen, die sich aus der Entstehung des Gesetzes ergeben, entspricht indes nur die Ungültigkeit des Vertrages, sei diese Wirkung nun als ein- oder zweiseitig anzusehen, bevor der Irrende sich auf den Mangel beruft. [...]. Der Versuch, die einseitige Unverbindlichkeit durch eine eigentliche Anfechtbarkeit («annulabilité») des Vertrages zu ersetzen, wurde in den Vorarbeiten ausdrücklich abgelehnt. Das schweizerische Recht sollte sich dadurch nicht nur klar vom deutschen unterscheiden, das auf dem Grundsatz der Anfechtbarkeit beruht, sondern Ungewissheiten einer verwirrenden Terminologie vorbeugen und die Anwendung des Gesetzes erleichtern [...]. Die an diesem historischen Verständnis insbesondere von PIOTET (in ZBJV 121/1985 S. 148 ff.) geübte Kritik vermag demgegenüber nicht zu überzeugen. Ist aber von der Ungültigkeit des Vertrages auszugehen, so ist die Bereicherung in Fällen wie hier in der Bezahlung eines nichtgeschuldeten Kaufpreises zu erblicken, weshalb die absolute Verjährung mit der Leistung zu laufen beginnt. Diese verjährungsrechtliche Folge ergibt sich übrigens auch aus der Anfechtungstheorie, nehmen deren Vertreter doch an, der Vertrag werde diesfalls ex tunc aufgehoben, folglich von Anfang an unwirksam [...]. Das deutsche Recht sieht diese Rückwirkung denn auch ausdrücklich vor (§ 142 Abs. 1 BGB), und die deutsche Lehre scheint nun ebenfalls mehrheitlich der Meinung zu sein, die Bereicherung lasse sich deshalb nicht als Leistung aus nachträglich weggefallenem Grund ausgeben [...].



## BGEs

BGE 114 II 131 (einseitige Unwirksamkeit)

BGE 123 III 292 (Übervorteilung)

BGE 110 II 132 (Unterzeichnung eines Schuldanerkenntnisses aufgrund Drohung)



**Universität  
Zürich** <sup>UZH</sup>

Rechtswissenschaftliches Institut

---

# Obligationenrecht I

**Abschnitt Vertragsschluss**

**Thema: Inhaltsmängel**

Prof. Dr. Ulrike Babusiaux (Lehrstuhl für Römisches Recht, Privatrecht und Rechtsvergleichung)

03.10.2023



## Inhaltsmängel (Inhalt)

1. Grundsatz der Inhaltsfreiheit (Privatautonomie)
2. Die rechtlichen Schranken der Inhaltsfreiheit, Art. 20 OR
3. Art. 27 ZGB und der Verstoss gegen die guten Sitten
4. Zur Bedeutung der Grundrechte
5. Rechtsfolgen des unmöglichen, widerrechtlichen oder sittenwidrigen Vertrags (vgl. auch **Video 2a**)



## Einführungsfall Inhaltsmängel

Jusstudentin J hat Schwierigkeiten, ihre Masterarbeit zum römischen Vollstreckungsrecht fristgerecht fertig zu stellen; sie nimmt daher über die Webseite der «Jus-Leicht-Gemacht-GmbH» Kontakt auf zur K, die fertige Masterarbeiten in allen Fächern anbietet.

Beide vereinbaren, dass K für J zum Preis von CHF 40'000 eine Masterarbeit für 12 ECTS verfassen soll, die wenigstens die Note «gut» (5) erhält. CHF 20'000 sollen vor der Notenvergabe, CHF 20'000 im Anschluss gezahlt werden. Im Dezember übersendet J die Arbeit an den zuständigen Lehrstuhl und ist sehr enttäuscht, als sie «wegen grundlegender methodischer Mängel» nur die Note «recht» (4.5) erhält.

Als K im Januar Zahlung der ausstehenden CHF 20'000 anmahnt, verweigert J daher die Zahlung. Sie findet vielmehr, K habe ihre Verpflichtungen schlecht erfüllt und müsse daher Schadenersatz leisten. Zudem sei der Vertrag ohnehin unwirksam, weil sittenwidrig und widerrechtlich. Entsprechend fordert J von K die bereits angezahlten CHF 20'000 nach Art. 62 OR zurück.



# 1. Grundsatz der Inhaltsfreiheit (Privatautonomie) (I)

**Privatautonomie** = Parteien können ihre Rechtsverhältnisse nach eigenem Willen gestalten

- Unterfall: **Vertragsfreiheit** als Unterfall der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV
- BG: «tragender Pfeiler der privatrechtlichen Grundfreiheiten»

Aspekte der Vertragsfreiheit:

- **Abschlussfreiheit**: Freiheit, einen bestimmten Vertrag abzuschliessen oder nicht
- **Partnerwahlfreiheit**
- **Aufhebungsfreiheit**: Freiheit, einen Vertrag wieder aufzuheben (*contrarius consensus*)
- **Formfreiheit**: Freiheit, Verträge in beliebiger Weise abzuschliessen
- **Inhaltsfreiheit**: Freiheit, einen Vertrag beliebigen Inhalts zu vereinbaren, vor allem Typenfreiheit

einfachgesetzlich normiert, vgl. Art. 19 Abs. 1 OR: Vertrag ist verbindlich, auch wenn kein bestimmter gesetzlicher Vertragstypus gewählt wurde (es gibt keinen *numerus clausus* der Schuldverträge)





## 1. Grundsatz der Inhaltsfreiheit (Privatautonomie) (II)

Art. 19 Abs. 2 OR Inhaltsfreiheit wird begrenzt durch Schranken des Gesetzes:

- zwingende oder halbzwingende Vorschriften (meist zum Schutz bestimmter Personengruppen)  
→ Verweis auf die gesamte Rechtsordnung (Privatrecht, öffentliches Recht) als Rahmen der Vertragsfreiheit
  
- Verbot, gegen öffentliche Ordnung, gute Sitten oder Recht der Persönlichkeit zu verstossen  
→ Verweis auf Art. 20 Abs. 1 OR  
→ Art. 27 Abs. 1 ZGB Auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit kann niemand ganz oder zum Teil verzichten.  
→ Art. 27 Abs. 2 ZGB Niemand kann sich seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken.



## 2. Die rechtlichen Schranken der Inhaltsfreiheit, Art. 20 OR (I)

Art. 20 Abs. 1 OR Vertrag ist nichtig, wenn:

- ➔ unmöglicher Inhalt = wenn eine der versprochenen Leistungen objektiv nicht erbringbar ist  
(*impossibilium nulla est obligatio*)
- ➔ widerrechtlicher Inhalt = wenn der Vertrag gegen eine objektive Norm des schweizerischen Rechts verstösst
- ➔ sittenwidriger Inhalt = wenn der Vertrag gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstösst (wandelbare Grösse), Sondervorschrift Art. 27 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB



## 2. Die rechtlichen Schranken der Inhaltsfreiheit, Art. 20 OR (II)

Unmöglichkeit i.S.d. Art. 20 Abs. 1 OR:

- ➔ bezogen auf das Leistungsversprechen der Parteien
- ➔ h.M.: objektive, ursprüngliche und dauernde Unmöglichkeit
  - **objektiv** = für jedermann unmöglich (nicht nur für die Partei; Ausnahme: höchstpersönliche Leistung)
  - **ursprünglich** = von Anfang an, schon bei Vertragsschluss
  - **dauernd** = nicht behebbar, sondern von nicht überblickbarer Dauer

NB: der Grund der Unmöglichkeit ist unerheblich

- tatsächliche Unmöglichkeit = es ist aufgrund der Umstände nicht möglich, zu erfüllen, z.B. zu übereignende Scheune ist abgebrannt
- rechtliche Unmöglichkeit = die Parteien haben etwas rechtlich nicht Mögliches (= Unzulässiges) vereinbart, z.B. dingliches Recht an einem Grundstücksteil, vgl. BGE 111 II 134



## 2. Die rechtlichen Schranken der Inhaltsfreiheit, Art. 20 OR (III)

BGE 111 II 134, S. 135 f. Doppelgaragenfall: X. und Y. sind Eigentümer zweier benachbarter Grundstücke in A. Die beiden Parzellen hatten ursprünglich eine Einheit gebildet. Y. war das Gesamtgrundstück zu gross, und X. erklärte sich bereit, einen Teil davon zu kaufen. Das Grundstück wurde in zwei selbständige Teilflächen aufgeteilt, wobei X. und Y. je eine Parzelle übernahmen. Die Parzellierung brachte es mit sich, dass das Grundstück von Y. nicht durch eine Zufahrt erschlossen werden konnte. Die beiden Erwerber einigten sich indessen darauf, dass auf der Parzelle von X. eine Doppelgarage erstellt und an deren einen Hälfte Y. das Baurecht eingeräumt werden soll. Gemäss Art. 5 des Kaufvertrages übernahm X. folgende Verpflichtung: «Der Käufer erklärt sich hiermit schon heute damit einverstanden, dass auf seiner Parzelle für den Eigentümer der Nachbarparzelle ..., Y., eine Garage erstellt wird. Der Käufer räumt hiermit in obligatorischer Weise Y. bzw. der Nachbarparzelle ... für die hievor erwähnte Garage ein unselbständiges Baurecht und, im Hinblick auf die Benützung dieser Garage, über die Kaufsache ein Fuss- und Fahrwegrecht ein. Der Käufer verpflichtet sich, für diese Rechte (Bau-, Fuss- und Fahrwegrecht) zu gegebener Zeit Dienstbarkeiten zu begründen.» [...] Zwischen Y., der für die Einräumung des Baurechts an der einen Hälfte der Garage Fr. 5'000.-- bezahlt hatte, und X. entstanden in der Folge Meinungsverschiedenheiten wegen der Höhe des von Y. zu bezahlenden Anteils an den Baukosten. Im Juli 1980 reichte Y. beim Appellationshof des Kantons Bern ein Begehren ein, wonach X. zur Einräumung des Baurechts an der einen Garagehälfte samt zugehörigen Wegrechten zu verpflichten sei.



## 2. Die rechtlichen Schranken der Inhaltsfreiheit, Art. 20 OR (IV)

BGE 111 II 134, S. 139–141: Bei der Beurteilung des vorliegenden Falles stellt sich die Frage, ob und inwiefern ein Baurecht auch hinsichtlich eines Gebäudebestandteiles begründet werden kann. Auszugehen ist davon, dass dem Bauberechtigten bezüglich des Bauwerks die Stellung eines Grundeigentümers zukommt [...]. Bestand und Gebrauch dürfen nicht von einer andern Baute und deren Eigentümer in dem Sinne abhängig sein, dass der Abbruch des Bauwerks notwendigerweise den Einsturz des Nachbarobjektes zur Folge hätte bzw. ohne Einwilligung des Nachbarn nicht durchgeführt werden könnte. Das schliesst die Begründung eines Baurechts an Teilen von Gebäuden grundsätzlich aus. [...] An ein separates Schicksal der beiden Garagehälften mit gesondertem Eigentum ist in Anbetracht der konstruktiven Einheit des Gebäudes nicht zu denken. Die Eigenständigkeit geht den beiden Teilen der Garage zudem auch in funktioneller Hinsicht ab. [...]. Das Fehlen einer eigentlichen räumlichen Trennung bewirkt überdies, dass beispielsweise kein Garageteil für sich allein beheizt werden könnte. Bei einem Bruch der Wasserleitung oder ähnlichen Ereignissen würden zwangsläufig beide Garagehälften in Mitleidenschaft gezogen. [...] Stellt die auf dem Grundstück des Beklagten erstellte Doppelgarage nach dem Gesagten sowohl baulich wie funktionell ein einheitliches Bauwerk dar, das eine Aufteilung des Eigentums im Sinne von Art. 675 ZGB nicht zulässt, erweist sich der Inhalt der Vereinbarung der Parteien vom 11. Dezember 1980 insofern als unmöglich, als sich der Beklagte verpflichtet hatte, dem Kläger an der einen Garagehälfte ein Baurecht einzuräumen.



## 2. Die rechtlichen Schranken der Inhaltsfreiheit, Art. 20 OR (V)

**Nichtigkeit** wegen Unmöglichkeit i.S.d. Art. 20 Abs. 1 OR:

Problem: historischer Tatbestand der anfänglichen objektiven (dauerhaften) Unmöglichkeit kann mit der Vertragsfreiheit in Kollision treten: die Parteien sind frei, eine Garantie für eine objektiv unmögliche Leistung zu übernehmen bzw. durch die Vereinbarung einer objektiv unmöglichen Leistung eine Schadenersatzpflicht auszulösen: NICHTIGKEITSFOLGE erscheint unpassend (vgl. auch Art. 97 Abs. 1 OR)

→ Korrektur des nach heutiger Vorstellung zu weitgehenden Wortlautes von Art. 20 Abs. 1 OR (teleologische Reduktion):

Nicht jede anfängliche objektive Unmöglichkeit soll zur Nichtigkeit des Vertrages führen !

→ verschiedene Lösungsansätze



## 2. Die rechtlichen Schranken der Inhaltsfreiheit, Art. 20 OR (VI)

Lösungsansätze zur teleologischen Reduktion von Art. 20 Abs. 1 OR

- nur die **offensichtlich** unmögliche Leistung soll zur Nichtigkeit führen (GAUCH) = wenn vernünftige Geschäftspartner die Erfüllung des Leistungsversprechens im Zeitpunkt des Vertragsschlusses für ausgeschlossen ansehen mussten
  - Leistungen, die ihrer Natur nach nicht erbracht werden können (z.B. Konstruktion eines *perpetuum mobile*)
  - Leistungen, die ihrer Natur nach zwar erbracht werden können, nach den konkreten Umständen aber nicht (z.B. Versprechen, ein Bild im Wert eines Van Goghs zu malen)

Ziel: Gerichte sollen sich mit bestimmten unsinnigen Verträgen nicht befassen müssen (Würde der Rechtsordnung und Ökonomie der Rechtspflege; Vereinbarkeit von Art. 97 Abs. 1 OR und Art. 20 Abs. 1 OR)



## 2. Die rechtlichen Schranken der Inhaltsfreiheit, Art. 20 OR (VII)

Lösungsansätze zur teleologischen Reduktion von Art. 20 Abs. 1 OR

- nur **rechtlich** unmögliche Leistung soll zur Nichtigkeit führen (HUGUENIN)
  - Leistungen, die von der Rechtsordnung als ausserhalb der Gestaltungsmacht der Parteien angesehen werden (z.B. Versprechen eines dinglichen Rechts an einem Gebäude- oder Grundstücksteil)

Ziel: Gleichsetzung (Nichtigkeitsfolge) von Widerrechtlichkeit und Unmöglichkeit (Einschränkung der Normsetzungsmacht der Parteien); Art. 20 Abs. 1 OR als Beschränkung der Privatautonomie (nicht als Umsetzung einer willkürlichen ‚natürlichen‘ Grenze der Vertragsfreiheit)





## 2. Die rechtlichen Schranken der Inhaltsfreiheit, Art. 20 OR (VIII)

Widerrechtlichkeit = Verstoss gegen eine objektive Norm des schweizerischen Rechts

Unterscheide:

- Widerrechtlichkeit des **Vereinbarten** (des Gegenstands des Vertrages)

Bsp.: Vereinbarung eines Erfolgshonorars (Verstoss gegen Bundesgesetz über die Freizügigkeit von Anwälten und Anwältinnen, Art. 12 lit. e: «Sie dürfen vor Beendigung eines Rechtsstreits mit der Klientin oder dem Klienten keine Vereinbarung über die Beteiligung am Prozessgewinn als Ersatz für das Honorar abschliessen; sie dürfen sich auch nicht dazu verpflichten, im Falle eines ungünstigen Abschlusses des Verfahrens auf das Honorar zu verzichten.»)

- Widerrechtlichkeit des **Abschlusses des Vertrages** (der Tatsache, dass ein Vertrag mit derartigem Inhalt abgeschlossen wurde)

Bsp.: Verzicht auf die Widerruflichkeit der Vollmacht (Art. 34 Abs. 2 OR); Abtretungsvertrag unter Verstoss gegen ein Zessionsverbot; Verkauf von Drogen (unter Verstoss gegen das Betäubungsmittelgesetz)

- Widerrechtlichkeit des **mittelbaren Vertragszwecks** (des gemeinsamen vertraglichen Motivs)

Bsp.: Verträge zur Umgehung von Verbotsgesetzen (an sich nicht widerrechtlich, aber ein widerrechtlicher Zweck)



## 2. Die rechtlichen Schranken der Inhaltsfreiheit, Art. 20 OR (IX)

Normen, welche die Widerrechtlichkeit begründen können:

- unabänderliche Vorschriften des Privatrechts (Art. 19 Abs. 2 OR zwingendes Privatrecht)
  - ausdrücklich (und absolut) zwingendes Recht, z.B. Art. 34 Abs. 2 OR, Art. 100 Abs. 1 OR
  - einseitig zwingendes Recht, z.B. Art. 256 Abs. 2 OR, Art. 362 OR
  - aufgrund der Auslegung als zwingend anzusehendes Recht, z.B. Art. 404 Abs. 1 OR (h.M.)
- öffentliche Ordnung = Vorschriften des öffentlichen Rechts (des Bundes oder des Kantons)
  - Prozessrecht, z.B. Normen über den Gerichtsstand
  - Verwaltungsrecht, z.B. Normen zur Begrenzung von Bauwerken/Immissionen

NB: Die Vorschrift muss nach ihrem Schutzzweck gerade auch die Nichtigkeit des Vertrages verlangen

**NB: Begrenzung der Nichtigkeit wegen Widerrechtlichkeit nach Schutzzweck der Norm**

Normen, welche die Beteiligung einer oder mehrerer Parteien am Vertrag unterbinden wollen, z.B. Verträge mit ausländischen Arbeitnehmern, die keine Bewilligung für die Schweiz haben; Verträge mit Architekten ohne kantonale Bewilligung (BGE 117 II 47)



## 2. Die rechtlichen Schranken der Inhaltsfreiheit, Art. 20 OR (X)

BGE 117 II 47, S. 47: C. exploite un bureau d'architecte à Lausanne. Il collabore dans le cadre de cette activité avec l'architecte M. C. n'est pas inscrit sur la liste des architectes reconnus dans le canton de Vaud.

Les époux P. ont chargé C. de l'étude des plans et de la mise à l'enquête du projet de construction d'un bâtiment. Le 3 juin 1986, C. a adressé aux époux P. une note d'honoraires s'élevant à 28'949 fr. 20. Le 9 juin 1986, sieur P. a notamment répondu qu'il contestait toutes prétentions découlant d'un mandat qu'il aurait pu lui donner, alléguant avoir été trompé par C. qui lui aurait affirmé être reconnu par l'Etat alors qu'il ne l'était pas. Le 21 juillet 1987, C. a ouvert action contre les époux P. Il a notamment demandé, en dernières écritures, la condamnation des défendeurs à lui payer solidairement la somme de 21'784 fr. 55. Par jugement du 7 mai 1990, le Tribunal cantonal du canton de Vaud a condamné solidairement les époux P. à payer à C. 21'784 fr. 55.



## 2. Die rechtlichen Schranken der Inhaltsfreiheit, Art. 20 OR (XI)

BGE 117 II 47, S. 48: Un contrat est nul en vertu de l'art. 20 al. 1 CO si son contenu est illicite, mais il ne l'est pas si la seule participation subjective d'une partie à ce contrat est interdite [...]. Selon une jurisprudence constante, lorsque la loi ne consacre pas expressément la nullité d'un acte violant une disposition légale, cette conséquence juridique ne doit être admise que si elle résulte du sens et du but de la disposition en cause, c'est-à-dire si elle est appropriée à l'importance de l'effet combattu [...]. S'agissant de l'illicéité d'un contrat, l'art. 20 CO ne distingue pas selon que celle-ci découle de violations du droit fédéral ou du droit cantonal (art. 19 al. 2 CO; [...]), à la condition toutefois, dans cette dernière hypothèse, que le législateur cantonal soit compétent pour promulguer la réglementation en cause [...]. La jurisprudence a refusé de déclarer nul un contrat de courtage passé avec des courtiers étrangers ayant exercé leur activité en Suisse sans autorisation de la police des étrangers pour le motif que l'interdiction de cette activité ne touchait pas au contenu du contrat, mais à la seule participation subjective d'une des parties [...]. En revanche, si la loi interdit à une personne la conclusion d'un contrat et si les intérêts de la collectivité sont en cause, comme par exemple la santé publique, le contrat sera nul [...].



## 2. Die rechtlichen Schranken der Inhaltsfreiheit, Art. 20 OR (XII)

BGE 117 II 47, S. 49f.: [...] TERCIER, qui approuve la décision neuchâteloise susmentionnée, estime que, lorsque l'objet essentiel du contrat concerne une activité pour laquelle la condition de l'inscription dans un registre cantonal est exigée, le contrat est nul en raison de son exécution objectivement impossible (art. 20 CO). [...]. DESSEMONTET, en revanche, opte en faveur de la possibilité d'annuler le contrat pour erreur essentielle car, écrit-il, "il convient de protéger le maître de bonne foi" [...]. Cette dernière thèse doit être préférée à celle de la nullité. Sans doute les dispositions cantonales sur l'exercice de la profession d'architecte ont-elles pour but la protection du public mais, dans les rapports entre l'architecte et son mandant, celui-ci, lorsqu'il est de bonne foi, bénéficie d'une meilleure protection s'il a le choix de l'invalidité et du maintien du contrat. Lui en imposer la nullité irait à l'encontre de la sauvegarde de ses intérêts, et cela sans qu'on en discerne la raison d'être. Une nullité du contrat serait d'autant plus choquante lorsque, comme dans la présente espèce, l'architecte a fourni sa prestation. [...] Il découle de ce qui vient d'être exposé que, sous réserve d'éventuels vices du consentement, le contrat litigieux est valide.



### 3. Art. 27 ZGB und der Verstoss gegen die guten Sitten (I)

Art. 20 Abs. 1 OR Nichtigkeit von Verträgen, die gegen die guten Sitten verstossen

- Verletzung des Persönlichkeitsrechts, Art. 27 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB (Spezialvorschrift)
- allgemeiner Verstoss gegen die «guten Sitten» = «das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden» (Reichsgericht)

Art. 27 Abs. 2 ZGB Beschränkung der Freiheit des Vertragspartners **in sittenwidriger Weise** aufgrund der vertraglichen Bindung

- im Gegenstand der Bindung: Eingriff in die höchstpersönliche Sphäre (Ehe, Familie, Religion, Intimsphäre), die nicht zur Disposition steht
- im Übermass der Bindung: übermässige Konkurrenzverbote, Verträge auf überlange Zeit (keine ewige Bindung), Sperrklauseln für Fussballspieler (Übermass bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls; Massstab: Auslieferung des Vertragspartners in die Willkür des anderen, «Knebelung»; aber: finanzielle Leistungsfähigkeit kann grds. überschritten werden; Beurteilungszeitpunkt: Vertragsschluss)



## 3. Art. 27 ZGB und der Verstoss gegen die guten Sitten (II)

«gute Sitten» (*mœurs*): herrschende Moralvorstellung («Anstandsgefühl») und die der Rechtsordnung selbst immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe

**Ermessensspielraum des Gerichts**; typische Fallgruppen:

- Erlangung von sittenwidrigem Vorteil/Erlangung von Vorteilen in sittenwidriger Weise, z.B. Versprechen von Schmiergeld zur Erlangung eines Auftrags; Vertrag zur Erbschleicherei; Anstellung eines Privatdetektivs zur Provokation des Ehebruchs (= Scheidungsgrund)
- Kommerzialisierung bestimmter Rechtsgüter/Vorteile, die nicht dem Markt überlassen werden sollen, z.B. Schweigegeldvertrag für Unterlassen einer Strafanzeige (anders: Schadenersatz für die Schäden aus der Tat)
- bes. Kommerzialisierung der Sexualsphäre, z.B. Bezahlung für die Förderung ehebrecherischen Verhaltens; str. Prostitution (vgl. BGer 6B\_572/2020, 8.1.2021: nicht sittenwidrig)
- str. Fälle: Verstoss gegen vertragliche Rechte Dritter (besondere Umstände); Verstoss gegen Normen des ausländischen Rechts (wenn dadurch auch die Sittlichkeit im Inland bedroht wird)



### 3. Art. 27 ZGB und der Verstoss gegen die guten Sitten (III)

BGer 6B\_572/2020, 8. Januar 2021: Von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen sind nach Art. 19 Abs. 2 OR freilich nur zulässig, wo das Gesetz nicht eine unabänderliche Vorschrift aufstellt oder die Abweichung nicht einen Verstoss gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder das Recht der Persönlichkeit in sich schliesst. Dementsprechend ist ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, gemäss Art. 20 Abs. 1 OR nichtig. Nach der Rechtsprechung gelten Verträge als sittenwidrig, wenn sie gegen die herrschende Moral, d.h. gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe verstossen [...]. Sittenwidrig können danach nur Rechtsgeschäfte mit eindeutig schwerwiegenden Verstössen gegen die öffentliche Ordnung oder anerkannte und im Wandel der Zeit beständige Moralvorstellungen sein [...]. Nach der Rechtsprechung darf der Vorbehalt der guten Sitten mithin nur als Notventil verstanden werden, um Abmachungen mit eindeutig schwerwiegenden Verstössen gegen anerkannte Moralvorstellungen die Durchsetzbarkeit zu versagen [...].





### 3. Art. 27 ZGB und der Verstoss gegen die guten Sitten (IV)

BGer 6B\_572/2020, 8. Januar 2021: Der Beschwerdeführer weist in diesem Kontext zwar zu Recht darauf hin (Beschwerde S. 14), dass die bisherige Rechtsprechung von der Sittenwidrigkeit des auf die entgeltliche Erbringung sexueller Dienstleistungen gerichteten Prostitutionsvertrages ausgegangen ist (BGE 129 III 604 E. 5.3; 111 II 295 E. 2e; 101 Ia 473 E. 2b; 91 VI 69; Urteil 6B\_188/2011 vom 26. Oktober 2011 E. 2.3). Dabei hat die Rechtsprechung Sittenwidrigkeit indes jeweils bloss im Sinne eines obiter dictums bejaht, ohne näher darzulegen, aus welchen Gründen die entgeltliche sexuelle Dienstleistung gegen die gesamtethischen Vorstellungen der Gesellschaft verstossen soll [...]. Im zivilrechtlichen Schrifttum erheben sich nunmehr allerdings [...] zunehmend Stimmen, welche die Qualifizierung des Prostitutionsvertrages oder Sexarbeitervertrages als sittenwidrig in Frage stellen [...] Im Wesentlichen wird eingewendet, es erscheine mit Blick auf die heute allgemein anerkannten soziaethischen Wertvorstellungen als anachronistisch, die ohne kriminelle Begleiterscheinungen ausgeübte Prostitution von Erwachsenen per se als sittenwidrig zu qualifizieren, so dass Sexarbeiterverträge als gültig angesehen werden sollten [...]. Im Übrigen wird im zivilrechtlichen Schrifttum auch bei Annahme der Sittenwidrigkeit die Meinung vertreten, dass die Erbringung der versprochenen sexuellen Dienstleistung der sich prostituierenden Person gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB einen vollwertigen Vergütungsanspruch verschafft [...].



### 3. Art. 27 ZGB und der Verstoss gegen die guten Sitten (V)

Sonderfall: Sittenwidrigkeit durch **Missverhältnis zwischen Leistungen im Austauschvertrag?**

Lit.: Anlehnung an das deutsche Recht = Sittenwidrigkeit (Verstoss gegen die Moral) kann sich auch aus der offenkundigen objektiven Übervorteilung eines Vertragspartners ergeben

a.A. (h.M.): Art. 21 OR Übervorteilung verdrängt die allgemeine Regel des Art. 20 Abs. 1 OR als *lex specialis*

→ Ausbeutung einer Notlage etc. ist als subjektives Tatbestandsmerkmal notwendig

→ i.E. oftmals identische Lösung, weil sich die Erkennbarkeit der Notlage etc. aus den Umständen ableiten lässt (bei besonders stossenden Missverhältnissen oftmals offenkundig, dass sich die andere Partei in einer misslichen Lage befand)

Praktischer Problemfall: Übersicherung bei Bürgschaften

h.M.: Art. 27 Abs. 2 ZGB kommt zur Anwendung, wenn sich der Bürge nicht nur seiner finanziellen Leistungsfähigkeit begibt, sondern aufgrund besonderer Umstände (Unerfahrenheit, Zwangslage etc.) in der Entscheidungsfreiheit eingeschränkt war (Störung der Vertragsparität)



## 4. Zur Bedeutung der Grundrechte (I)

### Art. 35 BV

- 1 Die Grundrechte müssen in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen.
  - 2 Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen.
  - 3 Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden.
- ➔ Grundrechte sind grds. **Abwehrrechte** gegen den Staat und wirken nicht unmittelbar zwischen Privaten
  - ➔ **Drittwirkung** (mittelbare Drittwirkung zwischen Privaten) nur indirekt bei der Wahrnehmung von Aufgaben und bei Eignung (Behörden = auch Gerichte), namentlich bei
    - Auslegung von Rechtsvorschriften (Normen und Verträgen) «im Lichte der Grundrechte»
    - Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe nach grundrechtlichen Vorgaben (Abwägung)



## 4. Zur Bedeutung der Grundrechte (II)

**Art. 8 Abs. 3 BV** Mann und Frau sind gleichberechtigt. Das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit. Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit.

- Durchbrechung des Verbots der unmittelbaren Drittwirkung: unmittelbare Anwendung im Privatrecht
- durchsetzbarer Anspruch gegenüber öffentlichen und privaten Arbeitgebern auf gleichen Lohn (Ausschluss geschlechterbezogener Lohndiskriminierung)
- Vgl. auch Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Art. 3 Abs. 2 und Abs. 5 Satz 1)

**Art. 8 Abs. 2 BV** Allgemeines Diskriminierungsverbot: Herkunft, Rasse, Geschlecht, Alter, Sprache, soziale Stellung, Lebensform, religiösen und weltanschaulichen Überzeugung, Behinderung

- nur mittelbare Drittwirkung; evtl. aber Kontrahierungszwang (nicht jede Ungleichbehandlung ist aber Diskriminierung, vgl. Kriterien des Kontrahierungszwangs)



## 5. Rechtsfolgen des unmöglichen, widerrechtlichen oder sittenwidrigen Vertrags (I)

Art. 20 Abs. 1 OR ordnet Nichtigkeit an (*nullité, nullità*)

= Unwirksamkeit des Vertrags; Ausbleiben der Vertragswirkungen

- diese ist von Amts wegen zu beachten (ANDERS: Art. 31 OR Unwirksamkeit für Willensmängel)
- sie kann grds. nicht geheilt werden (keine Genehmigung, ANDERS Art. 31 OR)
- Rückabwicklung erbrachter Leistungen nach Bereicherungsrecht (Art. 62 bis 67 OR) und Vindikation (Art. 641 Abs. 2 ZGB = Vorrang vor Bereicherungsrecht)

BEACHTEN:

Sonderfolge bei Verstoss gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB (nächste Folie)

Art. 66 OR Konditionssperre für widerrechtliche und unsittliche Verträge

Grenzen der Nichtigkeitsanordnung bei Verträgen, die gegen eine Norm des öffentlichen Rechts verstossen (Schutzzwecklehre)

Einschränkungen der Nichtigkeit in Fällen von Art. 27 Abs. 2 ZGB

Rechtsfolge der Teilnichtigkeit Art. 20 Abs. 2 OR



## 5. Rechtsfolgen des unmöglichen, widerrechtlichen oder sittenwidrigen Vertrags (II)

Art. 27 Abs. 2 ZGB Rechtsfolge im Falle eines Verstosses gegen

NB: Je nach Konstellation unterscheiden sich die Rechtsfolgen der Persönlichkeitsrechtswidrigkeit und die Prüfungsmodalitäten:

### 1. Inhaltsschranke: Eingriff in den Kernbereich der Persönlichkeit

- Nichtigkeit *ex tunc* gestützt auf Art. 27 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 19 Abs. 2 OR und Art. 20 Abs. 1 OR
- Allenfalls Teilnichtigkeit insbesondere modifizierte Teilnichtigkeit nach Art. 20 Abs. 2 OR; Beurteilung ebenfalls *ex tunc*, ausgehend vom Zeitpunkt des Vertragsabschlusses

### 2. Durchsetzungsschranke: Bindung im höchstpersönlichen Bereich bzw. übermässige Bindung

- Recht der übermässig gebundenen Partei, die Vertragserfüllung zu verweigern aus Art. 27 Abs. 2 ZGB (Einrede im untechnischen Sinn; vgl. BGE 143 III 480 E. 4.2)
- Zeitliche Aspekte:
  - Recht zur Erfüllungsverweigerung kann erst geltend gemacht werden, wenn übermässige Bindung **tatsächlich eingetreten** ist
  - Massgebend ist Rechts- und Sachlage im Zeitpunkt der Geltendmachung der übermässigen Bindung (BGE 143 III 480 E. 5)



## 5. Rechtsfolgen des unmöglichen, widerrechtlichen oder sittenwidrigen Vertrags (III)

Art. 66 OR Was in der Absicht, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen, gegeben worden ist, kann nicht zurückgefordert werden.

→ Rechtsprinzip: *in pari turpitudine melior causa est possidentis* («bei gleicher Schändlichkeit ist die Rechtslage des Besitzenden die bessere») → das Recht will sich nicht an einem sittenwidrigen Vertrag beteiligen; eine sittenwidrig handelnde Person soll keinen Vorteil aus dem Vertrag ziehen

h.M. (Lit. und BGer) befürwortet **enge Auslegung**: es kann nicht zurückgefordert werden, was zur Anstiftung oder Belohnung eines rechts- oder sittenwidrigen Handelns des Gegners gegeben worden ist («Gauerlohn», «Schmiergeld»)

→ Anwendung auf Vindikation?

h.L.: analoge Anwendung, d.h. Vindikationsausschluss, wenn Eigentümer sittenwidrig gehandelt hat

a.A.: Vindikationsanspruch kann nicht entsprechend moralisch «aufgeladen» werden

M.M.: Wenn der Vindizierende dem Kondizierenden Art. 66 OR entgegenhält, wird ihm die Vindikation ebenfalls versagt (gestützt auf Rechtsmissbrauchsverbot).



## 5. Rechtsfolgen des unmöglichen, widerrechtlichen oder sittenwidrigen Vertrags (IV)

Grenzen der Nichtigkeitsfolge bei Verstoss gegen öffentliches Recht: Nichtigkeit kommt nur in Frage, wenn:

- sich aus dem Wortlaut die Nichtigkeitsfolge ableiten lässt;
- sich aus dem Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt, dass Nichtigkeit des Vertrages die angemessene (dem Schutzzweck entsprechende) Sanktion darstellt.

Grenzen der Nichtigkeitsfolge bei Art. 27 Abs. 2 ZGB: Nichtigkeit kommt nur in Frage, wenn:

- sich die geschützte Partei auf die Nichtigkeit beruft (nicht aber die andere Partei);
- die Nichtigkeitsfolge nicht zum Verlust des gesetzlichen Schutzes für die benachteiligte Partei führt.

ggfls. Herabsetzung der übermässigen Bindung; Aufrechterhaltung des Vertrages unter Anpassung der vertraglichen Bedingungen





## 5. Rechtsfolgen des unmöglichen, widerrechtlichen oder sittenwidrigen Vertrags (V)

**MERKPOSTEN:** Teilnichtigkeit, Art. 20 Abs. 2 OR: «sobald nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre» (vgl. **Video 2a**)

### Voraussetzungen:

- objektiv: Mangel betrifft nur Teile des Vertrages (einzelne Klauseln sind unwirksam), d.h. Vertrag ist überhaupt teilbar
- subjektiv: Parteien wollten den Vertrag auch ohne den nichtigen Teil schliessen (Vermutung; d.h. es muss das Gegenteil «Gesamtwirkung» bewiesen werden)

BGer: «**modifizierte Teilnichtigkeit**» (BGE 143 III 480): Herabsetzung des Vertrages auf gesetzlich noch erlaubte Zeitdauer/Betrag/Übermass; Kündigung des Dauerschuldverhältnisses *ex nunc* (d.h. Aufrechterhaltung des bereits vollzogenen Vertragsteils).



## 6. BGEs

BGE 111 II 134 (rechtliche Unmöglichkeit)

BGE 117 II 47 (Grenzen der Inhaltsfreiheit)

BGer 6B\_572/2020, 8. Januar 2021 (Sittenwidrigkeit der Prostitution)

BGE 143 III 480 (modifizierte Teilnichtigkeit)



**Universität  
Zürich** <sup>UZH</sup>

Rechtswissenschaftliches Institut

---

# Obligationenrecht I

**Abschnitt Vertragsschluss**

**Thema: Auslegung und Vertragsergänzung, Bedingungen**

Prof. Dr. Ulrike Babusiaux (Lehrstuhl für Römisches Recht, Privatrecht und Rechtsvergleichung)

09.10.2023



## Auslegung und Vertragsergänzungen, Bedingungen (Inhalt)

1. Kontrolle von AGB
2. Auslegungsmittel und Auslegungsregeln
3. Sonderfälle der Auslegung
4. Vertragsergänzung
5. Anpassung des Vertrags an veränderte Verhältnisse
6. Bedingungen



# 1. Kontrolle von AGB (I)

Allgemeine Geschäftsbedingungen; Begriffsmerkmale → vgl. **Video 3**

→ **Vertragsbedingungen** ( $\neq$  *essentialia negotii*)

→ **Vorformulierte** Vertragsbedingungen Formulierung durch den Verwender nicht erforderlich (sog. Formularbücher, Dritt-AGB)

- Schriftliche Fixierung nicht erforderlich: Auswendiglernen oder mündliche Entgegennahme beispielsweise einer Tonbandaufnahme reicht aus

→ **Für eine Vielzahl von Verträgen** vorformuliert

- Nach deutschem Recht wird „Vielzahl“ verstanden als Mehrfachverwendungs*absicht*, die einen mindestens dreimaligen Einsatz umfasst (BGE NJW 2002, 138). Unter diesen Voraussetzungen liegen bereits bei der ersten Verwendung AGB vor.

→ **Stellen der Vertragsbedingungen durch den Verwender**

- „*take it or leave it*“; Ausübung von Druck, Ausnutzung von Überlegenheit nicht erforderlich



# 1. Kontrolle von AGB (II)

## Prüfungsreihenfolge:

- a. Vorliegen von AGB
- b. Einbeziehung der AGB in den Vertrag (sog. Geltungskontrolle)
- c. Auslegung (sog. Auslegungskontrolle)
- d. Inhaltskontrolle (Art. 8 UWG; zwingendes Gesetzesrecht)
- e. Rechtsfolgen der Inhaltskontrolle



# 1. Kontrolle von AGB (III)

Geltungskontrolle: Einbeziehung von AGB in den Vertrag → **Video 3**

- Individualabreden **gehen vor** (BGE 93 II 317)
- Ausdrücklicher oder deutlich **sichtbarer Aushang** bei Vertragsschluss
- Möglichkeit der Kundin, in zumutbarer Weise **vom Inhalt Kenntnis zu nehmen** (BGE 77 II 154)
- Globalübernahme: Einverständnis der Kundin mit der Geltung der AGB (Vertrauensprinzip; keine Geltung ohne Übernahme) erstreckt sich nicht auf Klauseln, mit denen vernünftigerweise nicht zu rechnen ist und die nachteilig für die Kundin sind
  - **ABER:** Überraschenden Klauseln gelten trotzdem, wenn besonders auf sie hingewiesen wurde (sog. typografische Rechtsprechung, BGE 118 Ia 294; in der Lehre umstr.)



# 1. Kontrolle von AGB (IV)

## Auslegungskontrolle

Unklarheitenregel: Auslegung *contra proferentem* → **Video 3**

- Grundsatz: objektive Auslegung (BGE 122 III 118, 121)
- Ausnahme bei **mehrdeutigen Klauseln**: Unklare vorformulierte Klauseln werden im Zweifel zu Lasten des Verfassers (das heisst, im Sinn der für diesen ungünstigeren Bedeutung) ausgelegt.
- Hintergrund: Verfasser hätte es in der Hand gehabt, unzweideutige AGB zu formulieren.





# 1. Kontrolle von AGB (V)

Inhaltskontrolle nach allgemeinen Grundsätzen (Art. 19 f. OR); zwingendes Gesetzesrecht (vgl. z.B. Art. 100 OR) → **Video 3**

Offene Inhaltskontrolle gemäss Art. 8 UWG: → **Video 3**

*Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen*

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



## Einführungsfall Auslegung und Vertragsergänzungen, Bedingungen

Für den Betrieb seines Solariums hat S mehrere Räume bei P gemietet. Die Gesamtgrösse des Mietobjektes wurde mit 240 m<sup>2</sup> angegeben. Da beide Parteien von einem Mietzins von CHF 20 pro Quadratmeter ausgingen, wurde der Mietzins auf CHF 4'800 festgelegt. Nachdem S bereits seit vier Jahren die Räume gemietet hatte, stellte sie der Installation einer neuen Heizung, durch Zufall fest, dass die verschachtelten Räume insgesamt nur eine Fläche von 200 m<sup>2</sup> ausmachten.

Sie verlangt daher von P eine Reduktion des Mietzinses auf CHF 4'000 und eine Rückzahlung der zu viel gezahlten Mietzinse für die vergangenen Jahre.

Wie ist die Rechtslage? (Vgl. BGE 135 III 537)



## 2. Auslegungsmittel und Auslegungsregeln (I)

**Auslegung** setzt voraus, dass die Parteien darin übereinstimmen, dass ein Vertrag zustande gekommen ist; umstritten ist allein die Frage seines Inhalts.

Konsensstreit = Streit um den Vertragsschluss

Auslegungsstreit = Streit um den Vertragsinhalt

Ziel gerichtlicher Auslegung:

- ➔ Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Willens der Vertragsparteien
- ➔ objektive «normative» Auslegung des mutmasslichen Vertragswillens



## 2. Auslegungsmittel und Auslegungsregeln (II)

### Auslegungsmittel

- Wortlaut (Verständnis nach dem Sprachgebrauch der Kreise, in denen sich die Parteien bewegen)
- Umstände, namentlich:
  - die Vertragsverhandlungen
  - das Verhalten der Parteien nach Vertragsabschluss
  - die Interessenlage der Parteien bei Vertragsabschluss
  - die mit dem Vertrag angestrebten Zwecke BGE 132 III 24
- Verkehrssitte (z.B. Verwendung von typischen Klauseln und deren Bedeutung; übliche Vertragspraxis)



## 2. Auslegungsmittel und Auslegungsregeln (III)

### Gesetzliche Auslegungsregeln

Auslegung *ex ante*: Versetzung in die Lage der Parteien beim Vertragsschluss (nicht *ex post*)

Auslegung nach Treu und Glauben: Konkretisierung im Einzelfall, Kriterien: sachgerechtes Ergebnis; Vertrauensprinzip (nach Empfängerhorizont)

Verbot der Buchstabenauslegung (Formalismus)

Ganzheitliche Auslegung: Auslegung unter Berücksichtigung des Vertragsganzen

Gesetzeskonforme Auslegung: enge Auslegung von gesetzesabweichenden Klauseln; im Zweifel verdient die Auslegung den Vorzug, die dem dispositiven Recht entspricht; Abweichungen müssen klar sein

Unklarheitenregel (*in dubio contra stipulatorem*): im Zweifel ist gegen den Verfasser einer ihn begünstigenden Bestimmung auszulegen (vor allem bei AGB)

Vertragliche Auslegungsregeln: Die Parteien können ihr späteres vertragliches Verhalten im Vorhinein bestimmten Auslegungsregeln unterwerfen.

### 3. Sonderfälle der Auslegung

**Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen** (vgl. **Video 3**) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert; zwei Auslegungssituationen zu unterscheiden:

- Auslegung der AGB im Kontext ihres Vertragswerkes «individuell»; allgemeine Bedeutung kommt subsidiär zur Anwendung;
- im Rahmen von Art. 8 UWG sind AGB einheitlich auszulegen (Wettbewerbsverstoss durch AGB selbst)

**Auslegung formbedürftiger Verträge** (vor allem Erbvertrag, vgl. BGE 133 III 406)

Problem: Formzweck verlangt an sich, dass die Urkunde die wesentliche Regelung enthält

- ➔ traditionelle Lehre: «**Andeutungstheorie**» = Ausserhalb der Urkunde liegende Umstände können nur dann zum Verständnis des Vertrages genutzt werden, wenn sie in der Urkunde angedeutet worden sind.
- ➔ moderne Lehre: der Inhalt von formgebundenen Verträgen darf nicht durch die Form bestimmt werden; vielmehr Trennung beider Fragen: (1) Inhaltsbestimmung (mit allen Mitteln), (2) Frage, ob Formgebot eingehalten wurde, also die wesentlichen Vertragsbestimmungen formgültig erklärt wurden.



## 4. Vertragsergänzung (I)

### Vertragslücken:

Sachnormen = Regeln, die materiell anordnen, welche Rechtslage mit Bezug auf einen nicht geregelten Punkt gelten soll, z.B. Art. 79 f. OR

Verweisnormen = Anleitung zur Methode der Lückenfüllung, z.B. Verweis auf «Übung/Ortsgebrauch», Art. 5 Abs. 2 ZGB; «Natur des Rechtsverhältnisses», Art. 75 OR; allgemeine Verweisnormen Art. 1 ZGB und Art. 2 Abs. 2 OR

Grundregel der Lückenfüllung Art. 1 ZGB

<sup>1</sup> Das **Gesetz** findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.

<sup>2</sup> Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach **Gewohnheitsrecht** und, wo auch ein solches fehlt, **nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.**

<sup>3</sup> Es folgt dabei **bewährter Lehre und Überlieferung.**



## 4. Vertragsergänzung (II)

### Art. 1 ZGB

- Gesetz (dispositives Recht): Nominatverträge nach OR-BT; Innominatverträge nach OR-AT
- Gewohnheitsrecht oder Regel, die der Richter selbst als Gesetzgeber aufstellen würde, d.h. es muss eine generell-abstrakte Regel geschaffen werden, die auf den konkreten Sachverhalt Anwendung findet (Lehre und Überlieferung); Vorgaben: Gerechtigkeit und Billigkeit, öffentliches Wohl, Rechtssicherheit, Sicherheit des Verkehrs; Einheit der Rechtsordnung

### Art. 2 Abs. 2 OR Vertragsschluss über *essentialia negotii* und Lücken hinsichtlich Nebenpunkten:

Kommt über die vorbehaltenen Nebenpunkte eine Vereinbarung nicht zustande, so hat der Richter über diese nach der Natur des Geschäftes zu entscheiden.

- hypothetischer Parteiwille = zu fragen ist, was die Parteien mutmasslich vereinbart hätten, wenn sie für den fraglichen Punkt eine Regelung getroffen hätten (meist eine gewisse Spannbreite möglicher Lösungen), d.h. normative Entscheidung nach Vertrauensprinzip nach dem Massstab von Recht und Billigkeit Art. 4 ZGB
- im Zweifelsfall: Rückgriff auf dispositives Gesetzesrecht (ist ein abweichender hypothetischer Parteiwille feststellbar, geht dieser dem Gesetzesrecht vor)





## 4. Vertragsergänzung (III)

Schritte der Vertragsergänzung:

- (1) Zwingendes Recht
- (2) Hypothetische Regelung der Parteien (sofern konkrete Anhaltspunkte im Vertrag vorliegen, dass das dispositive Gesetzesrecht nicht passt)
- (3) Dispositives Gesetzesrecht
- (4) Lückenfüllung *modo legislatoris* (Art. 1 Abs. 2 ZGB)

Besonders schwierig bei Innominatkontrakten (weil dort dispositives Recht nach Typus des Vertrages fehlt)

- ➔ Einzelanalogien zu Vorschriften, die für die einzelne Vertragspflicht des Gefüges passend erscheinen
- ➔ Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens (sofern nicht ohnehin AGB)
- ➔ Dispositives Gesetzesrecht (nur OR-AT)



## 4. Vertragsergänzung (IV)

BGer 4C.286/2005, 18. Januar 2006:

Mit Grundstückkaufvertrag vom 12. November 2001 verkaufte die A.-AG (Beklagte) der B. (Klägerin) eine Stockwerkeinheit zum Preis von Fr. 863'000.--. Vereinbarungsgemäss leistete die Klägerin am 1. Dezember 2001 eine Anzahlung von Fr. 235'000.--. Der Restbetrag wäre auf den vorgesehenen Nutzen- und Schadenübergang am 22. Februar 2002 fällig geworden. Vor diesem Termin teilte die Klägerin jedoch mit, sie sei nicht in der Lage, den Vertrag zu erfüllen. In der Folge einigten sich die Parteien auf das Dahinfallen des Vertrages. Eine ausdrückliche Vereinbarung über die konkreten Folgen der Vertragsauflösung wurde nicht getroffen.

Von der erhaltenen Anzahlung in der Höhe von Fr. 235'000.-- erstattete die Beklagte der Klägerin Fr. 145'000.-- zurück. Die Klägerin anerkannte einen Anspruch der Beklagten von Fr. 15'000.-- im Zusammenhang mit der Vertragsauflösung, forderte jedoch den Restbetrag von Fr. 75'000.-- zurück (ausstehender Betrag von Fr. 90'000.-- abzüglich die anerkannte Gegenforderung von Fr. 15'000.--). Die Beklagte widersetzte sich dem Begehren mit der Begründung, der ihr aus der Vertragsauflösung entstandene Schaden übersteige Fr. 90'000.--, so dass der Klägerin infolge Verrechnung nichts mehr zustehe.



## 4. Vertragsergänzung (V)

BGer 4C.286/2005, 18. Januar 2006: Nach den Feststellungen der Vorinstanz haben die Parteien in ihrem Aufhebungsvertrag in Bezug auf die umstrittene Rückabwicklung der Anzahlung keine Regelung getroffen. [...]. Die Vorinstanz geht damit zutreffend von der Annahme aus, dass die Parteien eine Rechtsfrage, die den Vertragsinhalt betrifft, nicht oder nicht vollständig geregelt haben und der Vertrag insoweit lückenhaft ist. Wenn ein lückenhafter Vertrag zu ergänzen ist, hat der Richter - falls dispositive Gesetzesbestimmungen fehlen – zu ermitteln, was die Parteien nach dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Punkt in Betracht gezogen hätten. Die richterliche Vertragsgestaltung ist eine normative Tätigkeit, deren Ergebnis das Bundesgericht im Berufungsverfahren grundsätzlich frei überprüft, allerdings mit einer gewissen Zurückhaltung, da die Vertragsergänzung regelmässig mit richterlichem Ermessen verbunden ist [...]. Unter Berücksichtigung der erwähnten Kriterien ist die vom Obergericht vorgenommene Vertragsergänzung, wonach die gegenseitigen Ansprüche der Parteien nach dem Dahinfallen des Vertrages vom 12. November 2001 nach Art. 109 OR zu beurteilen seien, nicht zu beanstanden. Zutreffend weist die Vorinstanz darauf hin, dass der Abschluss des Aufhebungsvertrages darauf zurückzuführen war, dass die Klägerin nachträglich ausser Stande war, den vereinbarten Kaufpreis zu leisten; insofern ist eine dem Schuldnerverzug vergleichbare Situation eingetreten. [...] Die Vorinstanz ist daher zutreffend davon ausgegangen, dass die Parteien eine Rückabwicklung nach den Regeln von Art. 109 OR vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Punkt in Betracht gezogen hätten. [...]



## 4. Vertragsergänzung (VI)

Vertragsergänzung bei formbedürftigen Verträgen:

NB: eine Ergänzung scheidet aus, wenn der Vertrag formungültig ist (Art. 11 Abs. 2 OR)

Ist der Vertrag formgültig, gilt:

h.M.: das Gericht kann auch die Teile, die formbedürftig sind, nach den allgemeinen Regeln ergänzen, denn die Formvorgaben beziehen sich ja auf den Vertragsschluss und dessen Änderung (Art. 12 OR) DURCH DIE PARTEIEN, nicht aber auf die gerichtliche Ausfüllung (aufgrund Gesetzes, Gewohnheitsrecht oder eine vom Gericht selbst geschaffene Regel) (so GAUCH/SCHLUEP/SCHMID).

a.A.: Formgebot umfasst auch die Vertragsergänzung (analog Andeutungstheorie); die Vertragsergänzung muss daher eine Grundlage («Andeutung») in der Urkunde finden und kann gerade nicht die Teile betreffen, die an sich formbedürftig sind (so KRAMER).



## 5. Anpassung des Vertrags an veränderte Verhältnisse (I)

*clausula rebus sic stantibus* (Schweiz)

théorie de l'imprévision (Frankreich)

Wegfall der Geschäftsgrundlage (Deutschland)

hardship (UNIDROIT)



erhebliche Äquivalenzstörung(en) des Vertrages

- ➔ Vertragserheblichen Verhältnisse verändern sich so, dass der Wert (Vorteil oder Last) einer Vertragsleistung für eine Partei modifiziert wird und die Tragbarkeit des Vertrags in Frage steht
- ➔ nur Verhältnisse, die sich ohne Zutun der Parteien ändern (NICHT: Vertragsverletzungen)
- ➔ Vertragserfüllung ist noch möglich (NICHT: Unmöglichkeit), aber aufwendiger/teurer/schwieriger für eine Vertragspartei (ohne dass dies die Parteien bei Vertragsschluss vorhersehen oder auch nur ahnen konnten)
- ➔ oft bei Dauerschuldverhältnissen oder Verträgen mit langer Erfüllungsdauer



## 5. Anpassung des Vertrags an veränderte Verhältnisse (II)

Voraussetzungen *clausula rebus sic stantibus* («Klausel, dass alles so bleibt wie es ist»)

NB: könnte man auch bei den Leistungsstörungen einordnen (weil eine «Störung» in der Erfüllung des Vertrages); hier zur Auslegung gezogen, weil Problem der richterlichen Macht im Verhältnis zum Vertrag.

- (1) Veränderung der äusseren Umstände (sowohl «kleine» als auch «grosse» Geschäftsgrundlage)
- (2) Leistungerschwerung für den Schuldner/Leistungsentwertung für den Gläubiger, die zu einem groben Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung (Äquivalenzstörung) führt
- (3) Keine Risikozuweisung durch den Vertrag an eine der Parteien
- (4) Veränderung der Umstände und Leistungerschwerung waren nicht vorhersehbar

Rechtsfolgen:

Var. 1: Vertragsanpassung durch das Gericht (h.M.)

Var. 2: Neuverhandlungspflicht (M.M.)



## 5. Anpassung des Vertrags an veränderte Verhältnisse (III)

Im Einzelnen:

### Ad (1) Veränderung der äusseren Umstände

- die Umstände, welche die Parteien bei Vertragsschluss als gegeben und fortbestehend stillschweigend vorausgesetzt haben, haben sich geändert
- Änderungen, die nur die Parteien betreffen (z.B. Entzug einer Baugenehmigung) oder globale Ereignisse (z.B. Ölkrise, Corona-Pandemie, Krieg)

### Ad (2) massive Äquivalenzstörung

- es gilt der Grundsatz *pacta sunt servanda* («Verträge sind einzuhalten»); grundsätzlich gehen Veränderungen auf Kosten der Partei, die davon betroffen ist (z.B. Beschaffungsrisiko beim Verkäufer)
- nur bei grobem Missverhältnis zwischen den Leistungen (Massstab: **Unzumutbarkeit**) kann die *clausula*-Lehre zur Anwendung kommen (Unzumutbarkeit = Abwägung: spekulativer Charakter des Geschäfts, Planbarkeit der Veränderungen, Gewinnspanne, Ausmass der Äquivalenzstörung; Auswirkungen auf Fortexistenz eines Unternehmens etc.; zu denken etwa an Geschäftsmiete während Covid-Lockdown)



## 5. Anpassung des Vertrags an veränderte Verhältnisse (IV)

Im Einzelnen:

### Ad (3) Keine Risikozuweisung an eine der Parteien

- *clausula* scheidet aus, wenn die von der Äquivalenzstörung betroffene Partei das Risiko der Veränderung auf sich genommen hat (durch entsprechende Klausel oder aufgrund der Natur des Vertrages, z.B. kann sich ein Bürge nicht auf Vertragsanpassung berufen, wenn der Hauptschuldner zahlungsunfähig wird)
- Risikozuweisung kann sich auch aus dem Gesetz ergeben (Gefahrtragungsregeln, z.B. Art. 119 OR)

### Ad (4) Keine Vorhersehbarkeit

- vorhersehbare Veränderungen (allgemeine Teuerungsrate, geplante Gesetzesänderungen, Wechselkursschwankungen) trägt die Partei, die davon betroffen ist, denn sie hätte vorsorgen können
- unvorhersehbar sind Veränderungen, die auch von Experten des jeweiligen Fachs kaum für möglich gehalten wurden (oder nur als äusserste Hypothese in Betracht gezogen wurden, z.B. Übergreifen des Corona-Virus auf Europa und die ganze Welt)





## 5. Anpassung des Vertrags an veränderte Verhältnisse (V)

Rechtsfolgen der *clausula rebus sic stantibus*:

Ad Var. 1 **Vertragsanpassung** durch das Gericht = Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens unter Berücksichtigung von Treu und Glauben, d.h. Frage, wie die Parteien bei Kenntnis der Umstandsänderung ihren Vertrag gestaltet hätten bzw. nach Vertrauensprinzip hätten gestalten sollen

- ➔ Preisanpassung auf ein zumutbares Mass oder entsprechende Erhöhung der Gegenleistung
- ➔ Gewährung von Erfüllungserleichterungen (z.B. Stundung)
- ➔ als *ultima ratio*: Aufhebung des Vertrages («Kündigung»)

Ad Var. 2 **Neuverhandlungspflichten**

= Parteien sollen gerichtlich verpflichtet werden, den Vertragsinhalt neu zu verhandeln (aus der franz. Tradition, in der ein richterlicher Eingriff in den Vertrag als Überschreitung der Kompetenzen angesehen wird); Problem: konstruktive Durchsetzung (Vollstreckbarkeit); besser: prozessuale Mittel zur Erzielung einer Einigung zwischen den Parteien (aber kein Ersatz für *clausula rebus sic stantibus*)



## 5. Anpassung des Vertrags an veränderte Verhältnisse (VI)

BGE 127 III 300, S. 300 f.

Im Jahre 1964 ging aus einem von der Stadt Zürich und der Gemeinde Adliswil ausgeschriebenen Wettbewerb das Projekt «Jolieville» für den Bau einer Satellitenstadt [...] hervor. [...]. Am 23. März 1971 erliess die Gemeinde [...] eine Teilbauordnung für das fragliche Gebiet, [...]. Diese wurde am 3. Dezember 1975 vom Regierungsrat des Kantons Zürich genehmigt. Kurz darauf trat am 1. April 1976 das neue Planungs- und Baugesetz des Kantons Zürich (PBG/ZH) in Kraft. Gestützt darauf verabschiedete der Kantonsrat des Kantons Zürich am 6. Juli 1976 den Entwurf eines kantonalen Gesamtplanes (Siedlungsplan). Dieser wies die vom Projekt «Jolieville» erfasste Fläche dem Bauentwicklungsgebiet zu. [...] Mit Beschluss vom 11. Dezember 1985 hob der grosse Gemeinderat Adliswil die Teilbauordnung [...] auf und wies die im vorliegenden Verfahren strittigen Grundstücke der Reservezone zu. Dagegen erhobene Rekurse wies der Regierungsrat des Kantons Zürich mit Beschluss vom 9. September 1992 letztinstanzlich ab. [...]. Im Zusammenhang mit dem Projekt «Jolieville» schlossen A. (Kläger) und der Migros-Genossenschafts-Bund (Beklagter) am 22. Dezember 1971 einen öffentlich beurkundeten Baurechtsvertrag ab. Darin räumte der Kläger dem Beklagten ab 1. Januar 1972 an 11'002 m<sup>2</sup> Bauland [...], ein auf hundert Jahre befristetes selbständiges und dauerndes Baurecht ein. Der Beklagte wurde vertraglich ermächtigt, alle ihm dienenden Bauten, insbesondere [...] für ein Einkaufszentrum, zu erstellen und zu unterhalten. [...]. Mit Schreiben vom 15. September 1993 erklärte der Beklagte gegenüber dem Kläger, der Baurechtsvertrag vom 22. Dezember 1971 habe mit der rechtskräftigen Zuweisung der Baurechtsgrundstücke in die Reservezone [...] seine Grundlage verloren. Infolge Grundlagenirrtums sei der Vertrag für ihn deshalb unverbindlich; eventuell sei er als aufgelöst zu betrachten. In der Folge verlangte der Kläger vom Beklagten klageweise die Bezahlung von ausstehenden Baurechtszinsen in der Höhe von Fr. 726'070.-. [...].



## 5. Anpassung des Vertrags an veränderte Verhältnisse (VII)

BGE 127 III 300, S. 304–306: Ein richterlicher Eingriff in einen Vertrag aufgrund veränderter Umstände setzt nach herrschender Auffassung unabhängig von der dogmatischen Grundlage [...] voraus, dass die Verhältnisänderung weder vorhersehbar noch vermeidbar war, für Fälle wie den vorliegenden eine gravierende Äquivalenzstörung zur Folge hat und der Vertrag nicht vorbehaltlos erfüllt wurde [...]. Die Vorinstanz hielt in tatsächlicher Hinsicht fest, dass die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit einer Zuweisung der Baurechtsgrundstücke in die Reservezone nicht rechneten. Damit ist allerdings die Rechtsfrage nicht entschieden, ob die Verhältnisänderung auch nicht vorausgesehen werden konnte [...]. Nach der Rechtsprechung müssen die Parteien bei langfristigen Verträgen damit rechnen, dass sich die zur Zeit des Vertragsabschlusses bestehenden Verhältnisse später ändern. Namentlich Änderungen der Gesetzeslage gelten grundsätzlich nicht als unvorhersehbar [...]. Sehen die Parteien ausdrücklich oder sinngemäss davon ab, den Einfluss solcher Änderungen auf die gegenseitigen Leistungen auszuschliessen, so entspricht es grundsätzlich dem Wesen des Vertrages, dass er so erfüllt wird, wie er abgeschlossen worden ist. [...] Aus den von der Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich getroffenen Feststellungen lässt sich indessen nicht der Schluss ziehen, dass im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Auszonung der Baurechtsgrundstücke vorhersehbar war. Die laufenden Planungsmassnahmen zielten vielmehr gerade in die gegenteilige Richtung, sollten damit doch die Grundlagen für die Verwirklichung des Projektes «Jolieville» und damit den Bau einer Satellitenstadt geschaffen werden. [...] Unter diesen Umständen verstösst es nicht gegen Bundesrecht, wenn die konkrete Art und der Umfang der eingetretenen Verhältnisänderung trotz deren genereller Voraussehbarkeit als unvorhersehbar beurteilt wird. Dass diese vermeidbar gewesen oder der Vertrag vorbehaltlos erfüllt worden wäre, macht der Kläger zu Recht nicht geltend.



## 5. Anpassung des Vertrags an veränderte Verhältnisse (VIII)

BGE 127 III 300, S. 307f.: Der aufgrund veränderter Umstände gebotene richterliche Eingriff in den Vertrag kollidiert mit dem Prinzip der Vertragstreue und wirkt sich unweigerlich zu Lasten einer der Parteien aus. Bei der Zuweisung des Änderungsrisikos ist dabei in erster Linie auf eine allfällige privatautonome Regelung und sodann auf die dispositiven gesetzlichen Anpassungsregeln zurückzugreifen [...], wie dies der in den Grundzügen in Lehre und Rechtsprechung unbestrittenen Stufenordnung der Risikoverteilungsregeln entspricht [...]. Mangelt es an einer solchen vertraglichen oder gesetzlichen Regel, ist für die richterliche Vertragsanpassung auf den hypothetischen Parteiwillen abzustellen [...]. Das Gericht hat demnach zu ermitteln, was die Parteien nach dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbart haben würden, wenn sie den eingetretenen Verlauf der Dinge in Betracht gezogen hätten. Dabei hat es sich am Denken und Handeln vernünftiger und redlicher Vertragspartner sowie an Wesen und Zweck des konkret in Frage stehenden Vertrages zu orientieren. Das Ergebnis dieser normativen Tätigkeit überprüft das Bundesgericht im Berufungsverfahren grundsätzlich als Rechtsfrage [...]. Als Hauptfolgen richterlicher Vertragsanpassung kommen die vorzeitige Vertragsauflösung einerseits und eine Modifikation der vertraglichen Leistungspflichten andererseits in Betracht [...] Bei der Bestimmung der im Einzelfall aufgrund des hypothetischen Parteiwillens sachgerechten Anpassungsfolge steht dem Sachgericht ein gewisser Ermessensspielraum zu [...] Nach ständiger Rechtsprechung übt das Bundesgericht bei der Überprüfung derartiger Ermessensentscheide Zurückhaltung und greift nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgegangen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die hätten beachtet werden müssen. [...]. [i.E. Vertragsauflösung]



## 5. Anpassung des Vertrags an veränderte Verhältnisse (X)

Abgrenzung *clausula rebus sic stantibus* von Art. 119 Abs. 1 bis Abs. 3 OR

eine nicht voraussehbare und dauerhafte Veränderung der Verhältnisse, die nicht zugerechnet werden kann

- *clausula rebus sic stantibus* betrifft Unzumutbarkeit der Leistung (nicht Unmöglichkeit), d.h. die Vertragserfüllung beinhaltet unerträgliche Nachteile; die Partei hätte den Vertrag nicht zu diesen Bedingungen abgeschlossen, wenn sie die Änderung vorhergesehen hätte; **Rechtsfolge: Anpassung**
- **Unmöglichkeit** ist grundsätzlich dauerhaft (oder auch von nicht absehbarer Dauer); nicht nur die natürliche Unmöglichkeit, sondern auch die relative, d.h. eine Leistung, die für den Schuldner zur Aufopferung führt; **Rechtsfolge: Wegfall der Verpflichtung (Gefahrtragsregeln)**

Bsp: A liefert im Rahmen einer dauerhaften Vertragsbeziehung an B Maschinen; aufgrund eines Krieges im Nachbarland wird überraschend auch über den Wohnsitzstaat von B ein Embargo verhängt, weshalb A nicht mehr liefern kann.

- eher Unmöglichkeit, da die Dauer des Embargos vom Krieg abhängt und damit unvorhersehbar (str.)



## 5. Anpassung des Vertrags an veränderte Verhältnisse (XI)

Abgrenzung *clausula rebus sic stantibus* vom Grundlagenirrtum Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR

beide betreffen die Grundlage des Vertrages (die Voraussetzungen und Umstände)

- *clausula rebus sic stantibus* = Veränderungen der Umstände, die Voraussetzungen des Vertrages bilden, ohne dass diese Veränderungen vorhersehbar waren (der Fortbestand der Verhältnisse wurde einfach pauschal vorausgesetzt); **Rechtsfolge: Vertragsanpassung**
- **Grundlagenirrtum** = Irrtum über den Sachverhalt, der Grundlage des Vertrages war (und subjektiv wie objektiv als wesentlich anzusehen ist, d.h. als notwendige Grundlage); Problem: ein Irrtum kann sich nur dann auf eine zukünftige Tatsache beziehen, wenn diese im Zeitpunkt des Vertragsschlusses objektiv als sicher angesehen werden konnte (und dies von der Gegenseite auch erkannt wird); ein Irrtum (aktuelle Fehlvorstellung) ist aber i.d.R. nicht anzunehmen über den Nichteintritt eines Ereignisses (z.B. Embargo, Pandemie, Rücknahme der Baugenehmigung); **Rechtsfolge: Nichtigkeit des Vertrages**

Bspl.: BGer «Jolieville»

- eher *clausula rebus sic stantibus*, weil kein aktuelles Bewusstsein vorhanden, das Irrtum rechtfertigt (str.)



## 6. Bedingungen (I)

**Art. 151 OR bis Art. 157 OR:** Bedingung (im engen Sinn) ist die in einer Willenserklärung enthaltene verbindliche Bestimmung, durch die die vollumfängliche Wirkung eines Rechtsgeschäftes vom Eintritt oder Ausbleiben einer objektiv ungewissen zukünftigen Tatsache abhängig gemacht wird.

→ nicht nur der gesamte Schuldvertrag (so aber Art. 151 Abs. 1 OR), sondern auch einzelne Rechte und Pflichten können bedingt werden

AUSNAHME: **bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte**

→ **Gestaltungserklärungen**, durch die sich die Rechtslage unmittelbar verändert, z.B. Kündigung, Rücktrittserklärung; Gegen Ausnahme: der Bedingungseintritt ist allein vom Willen des Erklärungsgegners abhängig (sog. Potestativbedingung)

→ **Geschäfte des Familien- und Erbrechts**: es wird als sittenwidrig angesehen, bestimmte Erklärungen nur bedingt abzugeben.

→ **Art. 157 OR** Bedingungen zur Erreichung eines widerrechtlichen oder unsittlichen Zwecks



## 6. Bedingungen

### *Arten der Bedingung*

Art. 151 Abs. 1 OR aufschiebende Bedingung (Suspensivbedingung): das Rechtsgeschäft ist bis zum Eintritt der Bedingung unwirksam.

Art. 154 Abs. 1 OR auflösende Bedingung (Resolutivbedingung): das Rechtsgeschäft ist bis zum Eintritt der Bedingung wirksam.

**Funktion:** Durch Bedingungen kann das Rechtsgeschäft an zukünftige Entwicklungen angepasst werden und mögliche Veränderungen der Gegebenheiten können bereits beim Vertragsschluss in das Kalkül der Parteien aufgenommen werden.





## 6. Bedingungen

### Wirkungsweise der Bedingung

→ Parteien sind Vertragsparteien; sie sind daher zu Handeln nach Treu und Glauben verpflichtet

→ Schwebezustand des Rechtsgeschäftes bis zum Eintritt der Bedingung

für die aufschiebende Bedingung: «**Anwartschaft**» des Gläubigers gegen den Schuldner, d.h. eine Rechtsposition, die nicht mehr einseitig vereitelt werden kann

→ Eintritt der Bedingung: die Rechtslage ändert sich *ipso iure*, aber grundsätzlich nur *ex nunc* (keine Rückwirkung, vgl. Art. 151 Abs. 2 OR und Art. 154 Abs. 2 OR), d.h. Beginn der Verjährung; Möglichkeit, die Forderung einzuklagen etc.

AUSNAHME: eine Partei vereitelt den Bedingungseintritt → **Fiktion des Art. 156 OR**: die Bedingung «gilt als erfüllt», wenn Verhinderung treuwidrig ist.

→ Nichteintritt der Bedingung: die Parteien sind so zu behandeln, als hätten sie das Rechtsgeschäft nie geschlossen; Rückforderung bereits erbrachter Leistungen nach Art. 62–67 OR



## 6. Bedingungen

Art. 152 Abs. 3 OR Ungültigkeit von Verfügungen während der Schwebezeit

Bsp.: A tritt an B eine Forderung gegen E unter der Bedingung ab, dass C in Zürich eintrifft; noch bevor C in Zürich eintrifft, tritt die A die gleiche Forderung an D ab. Nachdem C in Zürich eingetroffen ist, klagt B gegen E auf Zahlung. Wie ist die Rechtslage?

NB: für Verfügungen nach Sachenrecht gelten Sonderregeln nach ZGB, z.B. Art. 714 Abs. 2 ZGB, Art. 933 ff. ZGB (gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten)

NB: Schutz von bedingten Rechten (Anwartschaften) ist auch bei Pfändungen und im Konkurs wichtig (hier nicht im Detail zu behandeln)



## 6. BGEs

BGE 135 III 537 (Vertragsauslegung, Grundlagenirrtum)

BGer 4C.286/2005, 18. Januar 2006 (Vertragsergänzung)

BGE 127 III 300 (*clausula rebus sic stantibus*)



**Universität  
Zürich** <sup>UZH</sup>

Rechtswissenschaftliches Institut

# Obligationenrecht I

**Abschnitt Vertragsschluss**

**Thema: Konsumentenschutz im Vertragsrecht, Widerruf**

Prof. Dr. Ulrike Babusiaux (Lehrstuhl für Römisches Recht, Privatrecht und Rechtsvergleichung)

10.10.2023



## Konsumentenschutz beim Vertragsschluss, Widerruf (Inhalt)

1. Konsumentenschutzrecht in der Schweiz
2. Schutz des Konsumenten beim Vertragsschluss (Instrumente und Wirkungsweisen)
3. Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften Art. 40a–f OR
4. Spezialregeln für den Konsumentenkredit



## Einführungsfall Konsumentenschutzrecht

Eines Mittags wird Pensionärin I unsanft durch dauerhaftes Klingeln an der Wohnungstür aus dem Mittagsschlaf geweckt. Vor der Tür steht eine sehr freundlich aussehende junge Dame, die sich als D von der Y-AG vorstellt und I nach einem netten Gespräch mit einem Vertrag über den Bezug einer 30-bändigen Enzyklopädie zum Preis von insgesamt CHF 2'000 zurücklässt.

Als am frühen Abend die Tochter T der I zu Besuch kommt, merkt I, dass sie die Enzyklopädie gar nicht gebrauchen kann. Auf dem Vertragsformular, das sie mit der T durchgeht, ist nur eine Emailadresse für Reklamationen angegeben. I und T schreiben noch am gleichen Abend ein Email, in dem sie die Bestellung durch I widerrufen.

Wie ist die Rechtslage, wenn die ersten drei Bände der Enzyklopädie nebst Einzahlungsschein über CHF 340 zwei Monate später an I geliefert werden?



# 1. Konsumentenschutzrecht in der Schweiz (I)

Art. 97 Abs. 1 BV «Der Bund trifft Massnahmen zum Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten»

➔ verfassungsrechtliche Verpflichtung zu gesetzlichem Schutz von Konsumenten

Impuls aus dem Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR-Abkommen):

«Eurolex», mit Ablehnung des Stimmvolkes, dann «Swisslex» ([autonomer Nachvollzug](#) von Rechtsakten der EU zum Verbraucherschutz):

- Produkthaftpflichtgesetz (PrHG) 1993
- Bundesgesetz über den Konsumkredit (KKG) 1993/2001
- Bundesgesetz über Pauschalreisen (PauRG) 1994
- Neufassung der Vorschriften über Haustürgeschäfte und ähnliche Verträge, Art. 40a ff. OR
- Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) 1986

Seitdem: punktuelle Übernahmen, zudem: z.B. Neufassung von Art. 210 OR und Art. 371 OR; Revision Art. 8 UWG



## 1. Konsumentenschutzrecht in der Schweiz (II)

- **heterogenes Rechtsgebiet** mit Rechtsquellen verschiedenen Ursprungs und diverser Zwecksetzung
- hier: Betrachtung der Bezüge zum Obligationenrecht (andere Rechtsgebiete: Wettbewerbsrecht, Immaterialgüterrecht, Verwaltungsrecht, Strafrecht); nicht behandelt wird Produkthaftpflicht (im Haftpflichtrecht)

Konsument/Konsumenten = Endverbraucher/Endverbraucherin, also (meist) natürliche Personen, die Waren oder Dienstleistungen zum privaten Gebrauch beziehen; je nach Rechtsgebiet unterschiedliche Ausprägung und Definition.

**Schutzbedürftigkeit?** Marktversagen (Wettbewerbstheorie) und Marktverhalten des Konsumenten entspricht offenkundig nicht immer den eigenen Interessen (beschränkte Rationalität)





# 1. Konsumentenschutzrecht in der Schweiz (III)

Konsumentenschutz als politisches Anliegen (EU, USA und CH)

- der **bedürftige Konsument** (*vulnerable consumer*) = Zugang zu elementaren Konsumgütern, Teilhabe am Fortschritt und Schutz vor Überschuldung als Anliegen der Gesetzgebung (Sozialgesetzgebung), z.B. Zugang zu Kleinkrediten
- der **selbstbestimmte Konsument** (*sovereign consumer*) = Recht auf Sicherheit, Information, freie Wahl und Anhörung (*consumerism*); Gesetzgebung vor allem Wettbewerbsrecht, Kartellrecht, Rechtsschutzinstrumente (Sammelklage) für Konsumentenvereinigungen
- der **verantwortliche Konsument** (*conscious consumer*) = Interesse des Konsumenten an Produktionsbedingungen (soziale Gerechtigkeit, Umweltschutz, Verbot der Kinderarbeit, Nachhaltigkeit), zurzeit noch auf Ebene von Selbstverpflichtungen und Programmen



# 1. Konsumentenschutzrecht in der Schweiz (IV)

## Konsumentenschutz im Vertragsrecht

- Konsumentenvertrag nicht nach Inhalt, sondern nach der Art der Vertragsparteien (Konsument vs. Unternehmer) und dem Zweck (Konsum oder Gewerbe) des Vertrages
- Konsumentenschutz erfasst verschiedene Vertragstypen (aber auch dort nicht jeden Vertrag; entscheidend ist die subjektive Qualität und Intention der Vertragsparteien)
- partikuläres Recht, das nach Anlass verschiedene «**Schutzinseln**» geschaffen hat und verschiedene Rechtsgrundlagen hat (Unionsrecht, eigenes schweizerisches Recht)

### Grundannahmen:

Der Konsument hat ein **Informationsdefizit** (über die Produktionsbedingungen und Handelsketten), das sich nachteilig auf die Verhandlungsposition beim Vertragsschluss auswirkt.

Der Konsument geht Verträge **leichtfertig** (und auf unzureichender Grundlage) ein, weshalb es ihm erlaubt sein muss, sich leichter vom Vertrag zu lösen (Widerrufsrecht).



## 2. Schutz des Konsumenten beim Vertragsschluss (Instrumente und Wirkungsweisen) (I)

Informationsobliegenheiten (beispielhafter Überblick)

- privatrechtliche Informationsobliegenheiten:

Art. 40d OR Haustürgeschäfte: Information über Widerrufsrecht, Sanktion Art. 40e Abs. 2 lit. b OR (Frist für Widerruf beginnt nicht zu laufen)

Art. 4 Abs. 1 und 2 PauRG: schriftliche Mitteilung der Vertragsbedingungen

Art. 9 Abs. 1 KKG, Art. 11 Abs. 1 KKG und Art. 12 Abs. 1 KKG, Sanktion Art. 16 Abs. 2 KKG (Fristbeginn erst mit Übergabe der Vertragskopie)

- öffentlich-rechtliche Informationsobliegenheiten:

Art. 23 KKG Meldepflicht von Konsumkrediten gegenüber der Meldestelle

Art. 2 Konsumentenschutzgesetz Warendeklaration durch Anbieter von Waren oder Dienstleistungen

Art. 16 UWG Angabe des effektiven Erwerbspreises



## 2. Schutz des Konsumenten beim Vertragsschluss (Instrumente und Wirkungsweisen) (II)

Ausgangslage: Vertragsrecht nach OR

- Widerruf des Antrags nur unter Voraussetzungen des Art. 9 OR
- Übervorteilung Art. 21 OR
- Willensmängel (Irrtum)

**Widerrufsrecht im Konsumentenvertrag** (Vertragsentbindung): Der Konsument hat 14 Tage Zeit, den Antrag bzw. die Annahme zum Vertrag EINSEITIG und OHNE ANGABE von Gründen zu widerrufen, d.h. den geschlossenen Vertrag nachträglich aufzuheben (rechtsaufhebendes Gestaltungsrecht)

Art. 40b OR Haustürgeschäfte: Widerrufsrecht als Schutz für Überrumpelung

Art. 16 Abs.1 KKG: Widerrufsrecht als Schutz vor finanzieller Belastung

Art. 406e Abs. 2 OR (Ehe- oder Partnervermittlungsaufträge): Widerrufsrecht aufgrund der Schwäche des Partnersuchenden



## 2. Schutz des Konsumenten beim Vertragsschluss (Instrumente und Wirkungsweisen) (III)

Rückabwicklung des Vertrages nach Widerruf:

- Vertragsleistungen wurden noch nicht erbracht:
  - Vertrag fällt *ex tunc* dahin und entfaltet keine Rechtswirkungen mehr
  - **keine** Entschädigungspflicht für Kosten, die durch Vertragsanbahnung entstanden sind.
  
- Vertragsleistungen wurden bereits teilweise erbracht:
  - Art. 40f Abs. 1 OR Leistungsrückerstattung Zug um Zug (nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung bzw. Vindikation)
  - Nutzungersatz (für die gezogenen Vorteile durch den Gebrauch der Sache)
  - Verwendungersatz (für Dienstleistungen, die vor Widerruf getätigt wurden)



### 3. Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften Art. 40a-f OR (I)

#### Voraussetzungen:

- **Konsumentenverträge** über bewegliche Sachen und Dienstleistungen im Wert von über CHF 100, Art. 40a Abs. 1 OR = Anbieterin handelt gewerbsmässig, die Kundin erwirbt die Leistung für ihren familiären oder persönlichen Gebrauch
- **Überrumpelungssituation des Haustürgeschäftes**, Art. 40b lit. a–d OR, ausser der Kunde hat die Vertragsverhandlungen selbst angeregt, Art. 40c lit. a OR oder an einem Messe- oder Marktstand abgegeben, Art. 40c lit. b OR
- **Widerrufsfrist** 14 Tage, Art. 40e Abs. 2 OR, Fristbeginn Vertragsschluss und Information nach Art. 40d; NB: Bei Ausbleiben der Information → kein Fristbeginn (h.M.), d.h. unbefristetes Widerrufsrecht (str.)
- **Widerrufserklärung**: formfrei Art. 40e Abs. 4 OR



### 3. Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften Art. 40a-f OR (II)

#### Rechtsfolgen des Widerrufs:

Rückwirkende Aufhebung des Vertrages und **Rückerstattungspflicht** nach Art. 40f Abs. 1 OR

→ Rückerstattung nach Bereicherungsrecht Art. 62 bis Art. 67 OR

NB: im Unterschied zum europäischen Recht hat der Kunde die Kosten der Rücksendung zu zahlen (str.)

→ Rückübertragung nach Vindikationsrecht Art. 641 Abs. 2 OR

Problem: Sache ist untergegangen oder stärker abgenutzt als üblich, dann Frage der Kenntnis des Kunden, vgl. Art. 938 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB

→ Kunde schuldet «Mietzins» für Gebrauch, Art. 40f Abs. 2 OR bzw. «Auslagen» für Dienstleistungen



### 3. Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften Art. 40a-f OR (III)

BGE 137 III 243, S. 244f.: A. (Beschwerdegegnerin) nahm am 29. August 2007 an einer Informationsveranstaltung der Beschwerdeführerin (X. Corp. mit Sitz in Y.) teil. Einen Tag später, am 30. August 2007, besuchte sie eine zweite Informationsveranstaltung. An diesem Tag unterzeichneten die Parteien u.a. einen Vertrag über Weiterbildungsunterlagen und sechs Seminartage zum Preis von Fr. 6'800.-. [...] Gestützt darauf leistete die Beschwerdegegnerin eine Anzahlung von Fr. 4'000.-. Am 31. August 2007 teilte die Beschwerdegegnerin dem Vertreter der Beschwerdeführerin den Widerruf des Vertrags bzw. der beiden Verträge telefonisch und schriftlich mit und verlangte die Rückerstattung der geleisteten Anzahlung.

Mit Klage vom 13. November 2009 beantragte die Beschwerdegegnerin dem Amtsgericht Sursee, die Beschwerdeführerin sei zu verpflichten, ihr Fr. 4'000.- zuzüglich Zins zu 5 % seit 7. Oktober 2007 zu bezahlen. Die delegierte Richterin des Amtsgerichtspräsidenten I hiess die Klage mit Urteil vom 22. April 2010 gut. Sie verwarf insbesondere die von der Beschwerdeführerin erhobene Einrede der Verjährung; der Anspruch auf Rückerstattung der geleisteten Anzahlung sei vertraglicher und nicht bereicherungsrechtlicher Natur; entsprechend sei die zehnjährige Verjährungsfrist nach Art. 127 OR anwendbar.





### 3. Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften Art. 40a–f OR (IV)

BGE 137 III 243, S.245–247: Der Streit dreht sich einzig um die Frage, ob auf die Pflicht zur Rückerstattung des von der Beschwerdegegnerin geleisteten Geldbetrages nach Art. 40f OR die allgemeine Verjährungsfrist nach Art. 127 OR oder die bereicherungsrechtliche Verjährungsfrist gemäss Art. 67 OR anzuwenden ist. [...]. Nach welchen Grundsätzen die Rückerstattung zu erfolgen hat und, namentlich, welcher Verjährungsfrist die Rückerstattungsansprüche unterliegen, ist dem Wortlaut der Bestimmung nicht zu entnehmen. Welche Verjährungsfrist auf Rückabwicklungsansprüche anzuwenden ist, richtet sich nach der Rechtsnatur der entsprechenden Ansprüche [...]. Es würde insbesondere einen unauflösbaren Widerspruch bedeuten, eine Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung den Verjährungsbestimmungen für vertragliche Ansprüche zu unterstellen [...]. Zunächst ist demnach die Rechtsnatur der Rückerstattungsansprüche nach Art. 40f Abs. 1 OR zu klären.[...]. Ein Teil der Lehre spricht sich in Übereinstimmung mit der bundesrätlichen Botschaft dafür aus, dass eine Rückerstattung nach Art. 40f Abs. 1 OR gemäss Bereicherungsrecht zu erfolgen habe [...]. Verschiedene Autoren vertreten demgegenüber die Auffassung, es handle sich bei sämtlichen Rückerstattungsansprüchen um solche vertraglicher Natur, da der Vertrag durch den Widerruf in ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt werde [...].



### 3. Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften Art. 40a-f OR (V)

BGE 137 III 243, S. 253f.: Der Widerruf nach Art. 40a ff. OR ist seinem Zweck nach vielmehr mit einer Vertragsanfechtung wegen Willensmängeln oder mit einer Vertragsnichtigkeit wegen Nichtbeachtung von Formvorschriften, d.h. wegen Mängeln bei der Vertragsentstehung, zu vergleichen, die vor einem übereilten oder irrtumsbehafteten Vertragsschluss schützen [...]. Der Grund für das Widerrufsrecht liegt damit in den Umständen des Vertragsschlusses bzw. in der Art der Vertragsanbahnung (Art. 40b OR), unter denen eine besondere Gefahr einer erheblichen Beeinflussung oder gar von Missbräuchen besteht, und nicht in einem Mangel in der Vertragserfüllung wie beim Verzug, der zum Rücktrittsrecht des Vertragsgläubigers nach Art. 109 OR führen kann. Der Gesetzgeber verstand die Regeln über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Verträgen denn auch als Sonderregeln für die Entstehung von Obligationen durch Vertrag und verglich sie mit den Regeln über die Willensmängel [...]. Demzufolge bleibt der Vertrag während der siebentägigen Widerrufsfrist nach Art. 40e OR in der Schwebe bzw. unter der Suspensivbedingung, dass das Widerrufsrecht nicht ausgeübt wird [...], und es ist bei Ausübung des Widerrufsrechts nicht von einem gültig geschlossenen Vertrag auszugehen. Entsprechend ist die Frage, nach welchen Regeln die Vertragsrückabwicklung in Folge eines solchen Widerrufs erfolgt, in Anlehnung an die Praxis zur Rückabwicklung von mit Entstehungsmängeln (Willensmängel, Formmängel) behafteten Verträgen zu entscheiden bzw. von suspensiv bedingten Verträgen nach Ausfall der Bedingung, für die im Interesse der Rechtssicherheit und Kohärenz eine möglichst einheitliche Regelung anzustreben ist.



## 4. Spezialregeln für den Konsumentenkredit (I)

Begriff des Konsumkreditvertrags:

Art. 1 Abs.1 und Abs. 2 KKG:

Zahlungsaufschub, Darlehen, Finanzierungshilfe; Leasingverträge und Überziehungskredite

NB: KKG ersetzt den früheren Abzahlungskauf in Art. 226a–226m OR

Ausschlüsse:

Art. 3 KKG für berufliche Tätigkeit, vgl. BGE 139 III 201 Darlehen für Studium unterfällt nicht KKG

Art. 7 KKG (insbes. Kreditverträge über weniger als CHF 500 oder mehr als CHF 80'000)



## 4. Spezialregeln für den Konsumentenkredit (II)

### Schutzzinstrumente:

#### - privatrechtlicher Natur:

Schriftform, Art. 9–12 KKG mit zwingendem Inhalt (je nach Vertragstyp)

→ Art. 15 Abs. 1 KKG Nichtigkeit bei Nichteinhaltung der Schriftform und

→ Art. 15 Abs. 2 KKG: Zurückzahlung ohne Zins

Widerrufsrecht Art. 16 KKG (entspricht Art. 40e OR)

Berechnung des effektiven Jahreszinses (Vorgabe; beachte auch kantonale Regelungen)

#### - öffentlich-rechtlicher Natur:

Prüfung der Kreditfähigkeit

Anzeigepflicht



## 5. BGE

BGE 137 III 243 (Rechtsnatur der Rückabwicklung nach Art. 40a ff. OR)

BGE 139 III 201 (Darlehen zur Finanzierung des Studiums unterfällt nicht KKG)



# LEHRPAUSE ZUR REPETITION, insbes. Video 3a

Ungerechtfertigte Bereicherung (Inhalt, vgl. **Video 3a**)

1. Die gesetzliche Regelung
2. Die Unterscheidung von Leistungs- und Nichtleistungskondiktion
3. Voraussetzungen der Leistungskondiktion
4. Voraussetzungen der Nichtleistungskondiktion
5. Inhalt des Bereicherungsanspruchs
6. Konkurrenzen