

Vertragsabschluss

IMPRESSUM
Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone

FS 21 Mag. iur. LL.M. Magda Aref, MLaw Giovanni Dazio, RA MLaw Bruno Mahler

HS 20 Mag. iur. LL.M. Magda Aref, RA M.A. HSG Merens Derungs, RA MLaw Oliver Dalla Palma, LL.M.
FS 20 MLaw Keivan Mohasseb, Mag. iur. LL.M. Magda Aref, MLaw Fleur Baumgartner, MLaw Giovanni Dazio
HS 19 Mag. iur. LL.M. Magda Aref, RA M.A. HSG Merens Derungs, MLaw Sandro Bernet
FS 19 MLaw Fleur Baumgartner, MLaw Keivan Mohasseb, RA M.A. HSG Merens Derungs
HS 18 MLaw Olivia Wipf, MLaw Corina Moschen, MLaw Fleur Baumgartner
FS 18 RA M.A. HSG Richard Allemann, MLaw Thomas Grob, RA MLaw Patricia Reichmuth, MLaw Corina Moschen
HS 17 RA M.A. HSG Richard Allemann, MLaw Thomas Grob, RA MLaw Patricia Reichmuth, MLaw Olivia Wipf
FS 17 RA MLaw Patricia Reichmuth, RA M.A. HSG Linus Cathomas, MLaw LL.M. Merens Cahannes, RA MLaw Luca Angstmann
FS 16 MLaw Olivia Wipf, MLaw Merens Cahannes LL.M., MLaw Melanie Gottini
HS 15 RA lic. iur. Olivier Baum, RA MLaw Alexander Wherlock
FS 15 MLaw Felix Buff, RA M.A. HSG Kaspar Projer, RA lic. iur. Olivier Baum
HS 14 RA M.A. HSG Yves Mauchle, MLaw Martin Monsch
FS 14 RA MLaw Daniel Brugger, RA M.A. HSG Simon Bühler, MLaw Felix Buff, MLaw Barbora Castell, RA M.A. HSG Yves Mauchle
HS 13 RA MLaw Daniel Brugger, RA M.A. HSG Simon Bühler, MLaw Martin Monsch
HS 12 MLaw Adriano Huber, RA M.A. HSG Valentin Jentsch, lic. iur. Matthias Trautmann
HS 11 lic. iur. Benedict Burg, RA lic. iur. oec. Jan H. Hoffmann, lic. iur. Matthias Trautmann

1. Voraussetzungen	4
2. Begriff der Willenserklärung	5
3. Abgrenzung von Vertrag und Gefälligkeit	6
4. Austausch der Willenserklärungen	6
4.1. Antrag (Offerte)	7
4.1.1. Empfangsbedürftigkeit	7
4.1.2. Zugangsprinzip	8
4.1.3. Bindung des Antragstellers	9
4.2. Annahme	10
4.2.1. Stillschweigende Annahme	11
4.2.2. Rechtswirkungen	12
4.2.3. Widerruf	12
5. Wille und Willenserklärung	14
5.1. Konsens	15
5.1.1. Tatsächlicher Konsens	16
5.1.2. Normativer Konsens	16
5.2. Dissens	18
5.3. Gegenstand des Konsenses	23
5.3.1. Objektiv wesentlicher Vertragsinhalt	23
5.3.2. Subjektiv wesentlicher Vertragsinhalt	23
5.3.3. Bestimmtheit	27
6. Diskrepanz zwischen Willenserklärung und übereinstimmendem Willen	27
6.1. Gemeinsamer Irrtum	28
6.2. Simulation	28
7. Übungsfälle	29

HS 10 RA lic. iur. Lukas Beeler, lic. iur. Benjamin Büchler,
HS 09 RA lic. iur. Alex Domeniconi, lic. iur. Thomas Steininger,
HS 08 lic. iur. Irène Schilter, lic. iur. Martina Isler,
HS 07 lic. iur. Andrea Galliker,
SS 07 RA in lic. iur. et rer. pol. Catherine Chammartin, lic. iur. Matthias
Hirsche,
SS 06 lic. iur. Paul Felix Wegmann, lic. iur. Sarah Dobler, lic.
SS 05 lic. iur. Sarah Dobler,
SS 04 lic. iur. Karin
Eugster

Zitiervorschlag: von der Crone et. al.; RechtEck, die Internetplattform zum
Obligationenrecht Allgemeiner Teil; <http://www.rechteck.uzh.ch/>[...]; besucht am
25.03.2023.

1. Voraussetzungen

Voraussetzungen

- Ist ein Vertrag zustande gekommen?
 - Rechts- und Handlungsfähigkeit der Vertragsparteien (oder ihrer Vertreter)
 - Rechtsbindungswille bei den Parteien
 - Austausch der gegenseitigen Willenserklärungen, Art. 1 OR
 - Übereinstimmung der Willenserklärungen (tatsächlich oder normativ) hinsichtlich der wesentlichen Vertragspunkte
- Ist der Vertrag gültig zustande gekommen?
 - Formgültigkeit (Grundsatz in Art. 11 OR)
 - Nichtigkeitsgründe (Art. 19 Abs. 2 OR, Art. 20 OR)
 - (1) ◦ Übervorteilung und Willensmängel (Art. 21 OR, Art. 23 ff. OR)

Fehlende Handlungsfähigkeit

Die Handlungsfähigkeit umfasst (Art. 13 ZGB):

- Volljährigkeit (Art. 14 ZGB): 18. Lebensjahr zurückgelegt
- Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB): Fähigkeit vernunftgemäss zu handeln

Bei fehlender Handlungsfähigkeit einer Vertragspartei ist zu unterscheiden:

- Die Partei urteilsunfähig: der Vertrag ist nichtig (Art. 18 ZGB).
- Die Partei ist urteilsfähig, aber handlungsunfähig (Art. 17 ZGB)
 - Grundsätzlich:
 - Der Vertrag für diese nur verbindlich bei vorgängiger Zustimmung oder nachträglicher Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter (Art. 19 Abs. 1 ZGB, Art. 19a Abs. 1 ZGB).
 - Fehlt die vorgängige Zustimmung, so wird auch die Gegenpartei frei, wenn eine Genehmigung nicht innert angemessener Frist erfolgt (Art. 19b Abs. 2 ZGB; zu den Folgen vgl. Art. 19b ZGB).
 - Ausnahmen:
 - Unentgeltliche Vorteile (Art. 19 Abs. 2 ZGB)
 - Geringfügige Anschaffungen des täglichen Lebens (Art. 19 Abs. 2 ZGB)
 - Höchstpersönliche Rechte (Art. 19c ZGB)

Nicht geschützt ist der gute Glaube einer Vertragspartei in die Handlungsfähigkeit der anderen Partei.

1)

2. Begriff der Willenserklärung

Willenserklärung

Mitteilung des Willens zur Begründung, Änderung oder Beendigung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses. Elemente:

- Wille:
 - Geschäftswille (Rechtsfolgewille)
 - Erklärungswille
- Erklärungsvorgang:
 - Abgabe der Erklärung
 - Kenntnisnahme durch den Empfänger

Nach der Form der Willenserklärung sind zu unterscheiden (Art. 1 Abs. 2 OR):

- Ausdrückliche Erklärung: Mitteilung durch Worte oder Zeichen, aus denen der erklärte Wille unmittelbar hervorgeht
- Stillschweigende Erklärung:
 - Erklärung durch konkludentes Verhalten
 - Erklärung durch Schweigen
 - Mitteilung durch Worte oder Zeichen, aus denen der erklärte Wille nur mittelbar hervorgeht.

Begriff der Willenserklärung

Die Willenserklärung besteht in der Mitteilung des Willens zur Begründung, Änderung oder Beendigung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses. Die Willenserklärung setzt sich aus zwei Elementen zusammen:

- Wille:
 - Geschäftswille (Rechtsfolgewille): Entschluss des Erklärenden, ein Recht oder ein Rechtsverhältnis zu begründen, zu ändern oder zu beenden.
Im Fall des Schuldvertrages: Wille, einen Vertrag mit bestimmtem Inhalt abzuschliessen (Abschlusswille, vertraglicher Bindungswille).
 - Erklärungswille: Entschluss des Erklärenden, den bestehenden Geschäftswillen mitzuteilen.
- Erklärungsvorgang:
 - Abgabe der Erklärung
 - Kenntnisnahme durch den Empfänger

3. Abgrenzung von Vertrag und Gefälligkeit

Abgrenzung von Vertrag und Gefälligkeit

Fehlt der Geschäftswille des Erklärenden und durfte sein Gegenüber auch nicht nach dem Vertrauensprinzip vom Vorliegen eines solchen ausgehen, so liegt keine Willenserklärung vor und ein Vertrag kommt nicht zustande. Es handelt sich um eine bloße Gefälligkeit.

Der vertragliche Bindungswille wird insbesondere beim Gefälligkeitshandeln des täglichen Lebens und im zwischenmenschlichen, rein gesellschaftlichen Verkehr verneint.

4. Austausch der Willenserklärungen

Gegenseitigkeit der Willenserklärung

Der Austausch der Willenserklärungen nach Art. 1 OR erfolgt gegenseitig: Der Erklärende ist immer auch Empfänger der anderen Erklärung.

- Antrag: Offerte, Angebot
 - Annahme: Akzept
-

4.1. Antrag (Offerte)

Begriff und Inhalt

Der Antrag ist die zeitlich erste Willenserklärung, mit welcher der Abschlusswille verbindlich erklärt wird (vgl. Art. 3 Abs. 1 OR).

Der Antrag muss die wesentlichen Vertragspunkte enthalten und so bestimmt sein, dass der Empfänger lediglich mit "Ja" oder "Einverstanden" annehmen kann (vgl. Art. 1 OR).

Grundsätzlich bestehen keine Formerfordernisse (Art. 1 Abs. 2 OR; Art. 11 Abs. 1 OR).

Bestehen für den zu schliessenden Vertrag Formvorschriften, wird in der Regel auch der Antrag davon umfasst.

(6)

Der Antrag ist zu unterscheiden von der unverbindlichen Einladung zur Offertstellung (invitatio ad offerendum, vgl. Art. 7 Abs. 1 OR).

Art. 7 Abs. 2 OR behandelt die Auskündigung. Darunter wird die öffentliche Bekanntgabe von Abschlussbedingungen verstanden, welche an sich eine blosser Einladung zur Offertstellung ist.

Neben der Versendung von Tarifen und Preislisten gilt diese Regelung auch für die Versendung von Katalogen, für Inserate, Werbespots und Präsentationen von Waren und Dienstleistungen im Internet.

Art. 7 Abs. 3 OR behandelt als Sonderfall der Auskündigung die Auslage von Waren unter Angabe des Preises, welche in der Regel als Antrag gilt. Allerdings beschränkt sich der Antrag auf die ausgestellten Waren und erfolgt unter dem Vorbehalt, dass ein Vertrag nur mit dem ersten Annehmenden geschlossen wird.

4.1.1. Empfangsbedürftigkeit

- Willenserklärungen sind grundsätzlich empfangsbedürftig, so Antrag, Annahme aber auch die meisten Gestaltungserklärungen.
- Ausnahmsweise sind Willenserklärungen nicht empfangsbedürftig, so Testament (Art. 498 ZGB); Auslobung (Art. 8 OR).

Empfangsbedürftige und nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen

Willenserklärungen werden in empfangsbedürftige und nicht empfangsbedürftige Erklärungen eingeteilt.

- Empfangsbedürftige Erklärungen werden gegenüber einer oder mehreren bestimmten Personen abgegeben. Ihre Wirksamkeit setzt voraus, dass sie dem Empfänger zugehen (Zugangsprinzip).
- Die empfangsbedürftigen Willenserklärungen stellen im Privatrecht den Regelfall dar. Antrag und Annahme sind typische Beispiele, aber auch die meisten Gestaltungserklärungen (Anfechtung, Widerruf, Kündigung, Rücktritt,

6)

Verrechnung) sind empfangsbedürftige Willenserklärungen.

- Beispiele für nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen sind das Testament und die Auslobung (Art. 8 OR). Sie können gegenüber einem unbestimmten Personenkreis abgegeben werden. Solche Erklärungen sind wirksam, wenn der Entschluss in der vorgeschriebenen Form in die Aussenwelt getreten ist, unabhängig davon, ob irgendjemand davon Kenntnis genommen hat. (7)

4.1.2. Zugangsprinzip

Die Wirksamkeit empfangsbedürftiger Willenserklärungen setzt voraus, dass die Erklärung dem Empfänger zugeht (Zugangsprinzip/Empfangstheorie).

Eine Willenserklärung ist dem Empfänger zugegangen, wenn sie in dessen Machtbereich gelangt ist und nach den Gepflogenheiten des Verkehrs oder nach den vom Empfänger getroffenen Vorkehrungen erwartet werden kann, dass dieser die Erklärung wahrnehmen wird (absolutes Zugangsprinzip, vgl. BGE 137 III 208, 213). (8)

Nach dem Zugangsprinzip bestimmt sich:

- ob eine Willenserklärung wirksam wird;
- zu welchem Zeitpunkt eine Willenserklärung wirksam wird.

Zu unterscheiden sind:

- Unmittelbare Willenserklärung: Abgabe der Erklärung und Kenntnisnahme durch den Empfänger fallen zeitlich zusammen (v.a. mündliche Erklärungen direkt oder am Telefon).
- Mittelbare Willenserklärung: Abgabe der Erklärung und Kenntnisnahme durch den Empfänger fallen zeitlich auseinander. Für die Rechtswirkung ist der Zeitpunkt des Zugangs massgebend (unabhängig von der Kenntnisnahme).

Das Zugangsprinzip verteilt bei mittelbaren Erklärungen das Risiko zwischen dem Erklärenden und dem Empfänger:

- Der Erklärende trägt das Übermittlungsrisiko.
- Der Empfänger trägt das Risiko der Kenntnisnahme.

Zugangsprinzip

Zugang mittelbarer Erklärungen

- Willenserklärungen per Briefpost gelten als zugestellt, sobald sie in den Machtbereich des Empfängers gelangen, beispielsweise
 - durch Einwurf in den Briefkasten des Empfängers,
 - durch Übergabe an einen Angestellten des Empfängers.
- Willenserklärungen per E-Mail gelten als zugegangen, sobald sie vom Empfänger abgerufen werden können.

Zugang eingeschriebener Briefe

Grundsatz:

- Absolutes Zugangsprinzip
- Kann ein eingeschriebener Brief dem Empfänger nicht übergeben werden, wird

7)

vgl. Gauch/Schluemp/Schmid, N 193 ff.; Huguenin, N 184 ff.; BSK OR I-Bucher, Art. 5 N 24 ff.

8)

vgl. Gauch/Schluemp/Schmid, N 193 ff.; Huguenin, N 184 ff.; BSK OR I-Bucher, Art. 5 N 24 ff.

dieser mittels Abholungseinladung aufgefordert, den Brief beim Postschalter abzuholen.

- Der Brief gilt dann als im Machtbereich des Empfängers und somit zugegangen, wenn er auf der Post zur Abholung bereit liegt.

Ausnahmen:

- Relatives Zugangsprinzip
- Bei der Androhung der Kündigung infolge Zahlungsverzugs des Mieters gemäss Art. 257d OR kommt die Empfangstheorie lediglich in eingeschränkter Form zur Anwendung (BGE 119 II 147, 149 f.; BGE 137 III 208, 215).
- "[...] Abzustellen ist nämlich nicht auf den Zeitpunkt, in dem die Mitteilung in die Machtsphäre des Empfängers gelangt ist. Massgebend ist vielmehr der Tag, an dem der Mieter die Zahlungsaufforderung tatsächlich in Empfang genommen hat. Kann ein eingeschriebener Brief dem Empfänger nicht sofort übergeben werden, so ist deshalb auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem er ihn auf dem Postbüro abholt. Wird die Mitteilung auch innerhalb der von der Post gesetzten, sieben-tägigen Frist (vgl. Art. 169 Abs. 1 lit. d und e Verordnung [1] zum Postverkehrsgesetz, SR 783.01) nicht abgeholt, so wird fingiert, sie sei am letzten Tag dieser Frist in Empfang genommen worden."
- Das modifizierte Zugangsprinzip gilt auch bei einseitigen Vertragsänderungen durch den Vermieter gemäss Art. 269d Abs. 1 OR (BGE 107 II 189).

Exkurs: Öffentliches Recht / Zustellung von Entscheiden

Im öffentlichen Recht gelten andere Grundsätze:

- Die eidgenössisch vereinheitlichten Prozessrechte im Zivil- und Strafprozess sehen eine Zustellfiktion am siebten Tag nach erfolglosem Zustellungsversuch vor, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 ZPO; Art. 85 Abs. 4 StPO).
- Im nicht vereinheitlichten öffentlich-rechtlichen Prozessrecht ist zu unterscheiden:
 - Fehlt eine abweichende kantonale Regelung, gelten die behördlichen Sendungen ebenfalls am siebten Tag nach erfolglosem Zustellungsversuch als zugestellt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste.
 - Die Kantone können jedoch abweichende Vorschriften vorsehen. (9)

4.1.3. Bindung des Antragstellers

Rechtswirkung der Bindung

Die Bindung des Antragstellers bewirkt:

- Der Antrag ist grundsätzlich unwiderrufbar und einseitig unveränderlich;
- Der Empfänger ist berechtigt, den Vertrag durch einseitige Annahmeerklärung zum Abschluss zu bringen

Bindungsdauer

9)

Antrag mit Annahmefrist: Der Antragsteller setzt selber ausdrücklich oder stillschweigend eine Annahmefrist (Art. 3 OR).

Antrag ohne Annahmefrist: Die zeitliche Bindung des Offerenten wird in Art. 4 OR u. Art. 5 OR gesetzlich befristet:

- Antrag unter Anwesenden: Der Antrag muss sofort angenommen werden, Art. 4 OR. Erforderlich: Direkte Kommunikation, z.B. Telefon, nicht aber E-Mail oder Fax.
- Antrag unter Abwesenden: Die Annahmefrist dauert solange, bis das Akzept nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eingegangen sein müsste, Art. 5 Abs. 1 OR.

Die Dauer der Annahmefrist beim Antrag unter Abwesenden ohne Annahmefrist setzt sich zusammen aus:

- Für die Übermittlung des Antrags benötigte Zeit
- Angemessene Bedenkfrist
- Für die Übermittlung der sorgfältig versandten Antwort benötigte Zeit (Die Schnelligkeit des Transportmittels muss dem Antrag entsprechen.)

Für die Einhaltung der Annahmefrist ist die Gesamtzeit massgebend.

Die Bindung des Antragstellers erlischt infolge:

- Ablehnung durch Empfänger
- Ablauf der Annahmefrist (Art. 3 Abs. 2 OR, Art. 4 Abs. 1 OR, Art. 5 Abs. 1 OR)
- Widerrufsmöglichkeit des Antragstellers nach Art. 9 Abs. 1 OR (vgl. zu weiteren Fällen eines zulässigen Widerrufsrechts das Kapitel "Widerruf")

Die Annahme muss vor Ablauf der Annahmefrist beim Antragsteller eintreffen (Zugangsprinzip).

Eine verspätete Annahme stellt einen neuen Antrag dar.

Trifft die Annahme trotz (für den Antragsteller erkennbarer) rechtzeitiger Absendung verspätet ein, so kommt ein Vertrag zustande, wenn nicht der Antragsteller dem Annehmenden ohne Verzug von dem verspäteten Zugang Anzeige macht. Diese in Art. 5 Abs. 3 OR statuierte Obliegenheit gilt analog auch im Falle des Antrags mit Annahmefrist.

4.2. Annahme

Begriff und Inhalt

Die Annahme ist die zeitlich zweite Vertragserklärung.

Die Annahme ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, mit der das Einverständnis mit dem angebotenen Vertragsschluss (Antrag) kundgetan wird.

Die Annahme muss vom Antragsempfänger ausgehen und sich an den Antragsteller richten.

Die Annahme muss rechtzeitig erfolgen.

Die Annahme muss inhaltlich mit dem Antrag übereinstimmen. Es genügt eine Übereinstimmung der objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkte (vgl. Art. 2 OR).

(12)

Ist dies nicht der Fall, stellt die "Annahme" einen neuen Antrag dar.

4.2.1. Stillschweigende Annahme

Annahme durch Schweigen

Grundsatz: Schweigen ist keine Willenserklärung.

Ausnahme: Schweigen darf und muss unter den konkreten Umständen als Willenserklärung verstanden werden (Art. 2 ZGB / Art. 6 OR).

Schweigen als Annahmeerklärung i.S.v. Art. 6 OR wird z.B. vermutet bei:

- Verträgen, die den Annehmenden nur begünstigen, z.B.:
 - Schenkung (Art. 239 ff. OR)
 - Bürgschaft (Art. 492 ff. OR)
 - Abtretung (Art. 164 ff. OR)
- Rahmenvertrag
- Dem Antrag vorangegangener Antrag ohne Verbindlichkeit (Art. 7 Abs. 1 OR).

Zusendung unbestellter Sachen

Art. 6a OR regelt die Zusendung unbestellter Sachen.

Technisch gesehen knüpft die Bestimmung beim Antrag an. Systematisch steht sie allerdings (zu Recht) unter dem Abschnitt über die Annahme.

Weder Pflicht zur Rücksendung noch zur Aufbewahrung (Art. 6a Abs. 2 OR).

Bei offensichtlich irrtümlicher Zustellung: Benachrichtigungspflicht (Art. 6a Abs. 3 OR).

Schweigen als Erklärung

Ist die Annahme an keine bestimmte Form gebunden, kann sie ausdrücklich oder konkludent erklärt werden (Art. 1 Abs. 2 OR).

Grundsatz: Schweigen bedeutet keine Annahme. Den Antragsempfänger trifft keine Antwortpflicht und damit keine Pflicht zum Ablehnen. Vgl. auch Art. 177 Abs. 1 OR.

Ausnahme: Annahme gemäss Art. 6 OR, sofern nach Treu und Glauben der Empfänger das Schweigen als Annahmeerklärung verstehen muss und darf.

Schweigen als Annahmeerklärung i.S.v. Art. 6 OR wird z.B. vermutet bei:

- Verträgen, die den Annehmenden nur begünstigen, z.B.:
 - Schenkung (Art. 239 ff. OR)
 - Bürgschaft (Art. 492 ff. OR)
 - Abtretung (Art. 164 ff. OR)

12)

- Rahmenvertrag, worin sich der Antragsempfänger bereit erklärt hat, bestimmte "Aufträge" des Antragstellers auszuführen.
- Dem Antrag vorangegangener Antrag ohne Verbindlichkeit (Art. 7 Abs. 1 OR). Wird nämlich einem Antrag eine die Behaftung ablehnende Erklärung beigefügt, so wird nur die grundsätzliche Bereitschaft zum Vertragsabschluss zum Ausdruck gebracht. Eine solche Erklärung hat nicht die Rechtswirkungen eines Antrags, führt aber zu einer Ablehnungspflicht, wenn die andere Partei in der Folge einen Antrag stellt.

4.2.2. Rechtswirkungen

Rechtswirkung der Annahmeerklärung

Wird die Annahme wirksam erklärt, so kommt der Vertrag zustande. Für den Zeitpunkt, in dem die Vertragswirkungen beginnen, ist zu unterscheiden:

- Unter Anwesenden: Der Vertrag tritt sofort in Kraft.
- Unter Abwesenden:
 - Eintritt der Vertragswirkungen im Zeitpunkt der Abgabe der Annahmeerklärung zur Absendung (Art. 10 Abs. 1 OR).
 - Bei einer stillschweigenden Annahme nach Art. 6 OR tritt die Rechtswirkung bereits mit dem Empfang des Antrages ein (Art. 10 Abs. 2 OR). (14)

4.2.3. Widerruf

Grundsatz und Ausnahmen

Auszugehen ist vom Grundsatz der Unwiderrufbarkeit von Antrag und Annahme. Ausnahmen:

- Antrag mit Vorbehalt des Widerrufs
- Ausnahmsweise Gewährung eines gesetzlichen Widerrufsrechts, z.B.:
 - Art. 40a - f OR (vgl. insbesondere Art. 40b OR, Art. 40e OR)
 - Art. 16 KKG
 - Art. 406e OR
- Einen besonderen Fall regelt Art. 9 OR.

Antrag mit Vorbehalt des Widerrufs

14)

Vorausgesetzt ist, dass überhaupt ein Vertrag zustande kommt. Ist dies der Fall, so regelt Art. 10 OR, dass die Vertragswirkungen auf den umschriebenen früheren Zeitpunkt zurückbezogen werden, vgl. Gauch/Schlupe/Schmid, N 462; Huguenin, N 243.

Fügt der Antragsteller dem Antrag den Vorbehalt bei, seinen Antrag widerrufen zu können, so ist die Annahme (und damit der Abschluss des Vertrags) möglich, solange der Antragsteller nicht widerrufen hat. Der Widerruf muss beim Antragsempfänger eintreffen, bevor dieser die Annahme abgesandt hat; andernfalls kommt der Vertrag zustande. (15)

Widerruf bei Haustürgeschäften

Unter den Voraussetzungen von Art. 40a ff. OR kann der Kunde seine Willenserklärung (Antrag oder Annahme) innerhalb von 14 Tagen schriftlich widerrufen. Der abgeschlossene Vertrag fällt ex tunc dahin.

Bereits empfangene Leistungen sind zurückzuerstatten (Art. 40f OR).

Zu beachten ist, dass die Regelung, wonach der Widerruf innerhalb der sieben-tägigen Frist der Post übergeben werden muss (Art. 40e Abs. 4 OR), das Zugangsprinzip durchbricht.

Die in der Lehre umstrittene Frage, ob sich die Rückerstattung bereits erbrachter Leistungen nach erfolgtem Widerruf nach vertraglichen oder ausservertraglichen Grundsätzen richtet, wurde vom Bundesgericht zugunsten einer ausservertraglichen Rückabwicklung entschieden (BGer 4A_562/2010 vom 3. Mai 2011).

Argumentationslinie des Bundesgerichts:

- Das Zustandekommen des Vertrages steht unter der Suspensivbedingung, dass kein Widerruf erfolgt ("Ungültigkeitstheorie");
- Während der Widerrufsfrist besteht ein "schwebend unwirksamer Vertrag";
- Widerrufsrecht soll "Überrumpelungseffekt" beim Haustürgeschäft ausgleichen und eine ausgewogene Willensbildung erlauben. Wie beim irrtumsbehafteten Vertragsschluss rechtfertigt sich auch hier eine ausservertragliche Rückabwicklung;
- Das Widerrufsrecht hat seinen Grund in einem Entstehungs- und nicht in einem Erfüllungsmangel.

Entscheidbesprechung: Isabelle Monferrini/Hans Caspar von der Crone, Die Rückabwicklung mangelhafter Verträge, erschienen in: SZW 5 (2011)

Art. 9 OR

Der Widerruf i.S.v. Art. 9 OR hindert die Wirksamkeit der widerrufenen Erklärung, so dass es gar nicht zum Abschluss eines Vertrages kommt.

Zu unterscheiden sind zwei Fälle:

- Eintreffen des Widerrufs beim Empfänger vor oder mit der widerrufenen Erklärung
- Eintreffen des Widerrufs beim Empfänger nach der widerrufenen Erklärung, aber frühere Kenntnisnahme des Widerrufs durch den Empfänger

5. Wille und Willenserklärung

Ausgangslage

Wann liegt ein Vertrag vor? Unter welchen Voraussetzungen darf ein Rechtssubjekt zur Durchsetzung seiner Position die staatlichen Zwangsmittel in Anspruch nehmen?

Wille oder Willenserklärung?

- Liberales Vertragsmodell: Frei zustande gekommener Wille, sich in der künftigen Handlungsfreiheit einzuschränken; oder
- Art. 1 Abs. 1 OR: Erklärung des Willens, sich in der künftigen Handlungsfreiheit einzuschränken.

Obligationenrecht knüpft in Art. 1 Abs. 1 OR also formell an die Willenserklärung und nicht an den Willen an.

Rechtspolitischer Hintergrund:

- Beweisführung: Wille als innerer Sachverhalt oft nicht nachweisbar;
- Statistik: Willenserklärung deckt sich in der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle mit dem inneren Willen;
- Risikozuweisung: Erklärende Partei trägt die Verantwortung für eine allfällige Diskrepanz zwischen ihrem Willen und ihrer Willenserklärung.

Gerade wegen des Vertrauensschutzes ist das Abstellen auf das Übereinstimmen der Willenserklärungen nicht nur eine pragmatische Lösung, sondern auch ein bewusster rechtspolitischer Entscheid.

Soweit allerdings feststeht, dass der Willen der Parteien übereinstimmt, besteht kein Anlass dafür, den Parteien etwas anderes aufzuzwingen, als sie selbst gewollt haben.

Wille oder Willenserklärung

Ideal des liberalen Vertragskonzepts:

Anknüpfung an den frei zustande gekommenen Willen, sich in seiner künftigen

Handlungsfreiheit im Sinne der Begründung eines subjektiven Rechts einer anderen Person einzuschränken.

Problem:

Als innerer Sachverhalt lässt sich der Wille der Beteiligten nur beschränkt feststellen. Ein unmittelbares Abstellen auf den Willen wäre nicht praktikabel. Stattdessen wird auf die Willenserklärung abgestellt.

Art. 1 Abs. 1 OR spricht deshalb nicht von übereinstimmendem Willen, sondern von Willenserklärungen

Statt an den inneren Sachverhalt des Willens knüpfen wir an den äusseren Sachverhalt der Willenserklärung an, also an den Ausdruck des Willens.

Dass in der Praxis primär nach der Übereinstimmung der Willenserklärungen (und nicht der inneren Willen) gefragt wird, ist für die weitaus überwiegende Zahl der Fälle unproblematisch, da i.d.R. innerer Wille und Erklärung einer Person nicht von einander abweichen.

Man sollte sich deshalb von einem Verständnis lösen, wonach das Ideal des Gesetzgebers im Vertragsabschluss aufgrund übereinstimmender innerer Willen zu sehen sei und das Abstellen auf die Willenserklärung nur im Sinne einer zweitbesten Lösung akzeptiert werde. Vielmehr liegt im Vorrang des Elementes der Erklärung eine Errungenschaft des Rechts:

- Einerseits muss jede Vertragspartei sich auf ihre Erklärung behaften lassen (Gedanke des Vertrauensschutzes).
- Andererseits ist das Abstellen auf die Erklärungen insofern praktikabler, als die Beweisbarkeit wesentlich erleichtert wird.

Zu beachten ist, dass der umschriebene Vorrang der Erklärung gegenüber dem inneren Willen sich auf die Frage bezieht, wie das Zustandekommen eines Vertrages grundsätzlich geprüft wird.

Davon zu unterscheiden ist die Frage des Vorrangs in den seltenen Fällen, in denen von den Willenserklärungen abweichende übereinstimmende innere Willen feststellbar sind. Diesfalls ist der auf die inneren Willen gestützte tatsächliche Konsens massgebend.

5.1. Konsens

Begriff

Ein Konsens besteht, wenn der Wille / die Willenserklärungen der Parteien hinsichtlich der wesentlichen Vertragspunkte übereinstimmt/en.

5.1.1. Tatsächlicher Konsens

Tatsächlicher oder natürlicher Konsens

Ein tatsächlicher Konsens besteht, wenn die abgegebenen Willenserklärungen hinsichtlich der wesentlichen Vertragspunkte dem wirklichen inneren Willen der jeweiligen Partei entsprechen und von der Gegenpartei jeweils richtig verstanden wurden.

Nicht von Bedeutung ist, welche "Bezeichnung oder Ausdrucksweise" die Parteien verwenden (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR).

Unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise

Was, wenn beide Parteien von einem "Auftrag" sprechen, sich dabei aber auf die Bestellung von 1000 Liter Heizöl beziehen (vgl. Art. 184 OR bzw. Art. 394 OR)?

Es gilt das von beiden Parteien übereinstimmend Gewollte, selbst wenn das Erklärte davon abweicht (*falsa demonstratio non nocet*, Art. 18 OR)

Anders gesagt: Wenn sich die Innensicht feststellen lässt und wenn diese übereinstimmt, ist sie allein massgebend. Die Aussensicht (was Dritte darunter verstehen würden) ist in diesem Fall bedeutungslos.

Dies bedeutet für das obige Beispiel, dass trotz beidseitiger Bezeichnung als "Auftrag" ein Kaufvertrag nach Art. 184 ff. OR abgeschlossen wurde.

5.1.2. Normativer Konsens

Normativer oder rechtlicher Konsens

Die Frage nach dem normativen oder rechtlichen Konsens stellt sich in zwei Konstellationen:

- Mindestens eine der Parteien hat die andere nicht richtig verstanden: Der tatsächliche Wille der Parteien stimmt nicht überein
- Der tatsächliche Wille der Parteien lässt sich nicht feststellen und nachweisen: Es bleibt offen, ob der Wille beider Parteien übereinstimmte. (17)

Stimmen die Willenserklärungen der Parteien überein, kommt der Vertrag nach Art. 1 Abs. 1 OR auch dann zustande, wenn der innere Wille der Parteien nicht übereinstimmt.

Vertrauensprinzip

Um feststellen zu können, ob die Willenserklärungen übereinstimmen, müssen sie ausgelegt werden. Massgebend ist dabei, dass aus der Verpflichtung zum Handeln nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) abgeleitete Vertrauensprinzip.

17)

Nach Treu und Glauben muss sich jeder Teilnehmer am Rechtsverkehr auf den Sinn seiner Erklärungen, den der Erklärungsempfänger diesen in guten Treuen geben musste und durfte, behaften lassen. Nach dem Vertrauensprinzip sind die Erklärungen einer Partei deshalb so auszulegen, wie der Empfänger sie nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste.

Massgebend ist eine objektivierte (und nicht eine subjektive) Empfängersicht. Massgebend ist nicht, wie der Empfänger die Erklärung tatsächlich verstanden hat. Ausschlaggebend ist vielmehr, wie eine vernünftige Person mit den gleichen Kenntnissen wie der Empfänger die Erklärung an seiner Stelle verstehen würde.

Über die Bestimmung des Erklärungsinhalts hinaus dient das Vertrauensprinzip der Beantwortung der Fragen:

- nach dem Erklärungscharakter eines Verhaltens (deshalb kann auch ein Verhalten ohne Erklärungsbewusstsein als Willenserklärung gelten); und
- nach dem Adressaten der Willenserklärung (Erklärungsrichtung).

Das Vertrauensprinzip ist als ein Element eines ganzen Systems des Interessenausgleichs, zu dem insbesondere auch die Regeln über die Willensmängel zählen (Art. 23 ff. OR), zu verstehen.

System des Interessenausgleichs - das Vertrauensprinzip

Das Vertrauensprinzip ist Teil eines ganzen Systems des Interessenausgleichs. Weitere wichtige Teile sind vor allem die Regeln über die Willensmängel.

Grundsatz:

Die Vertragsparteien müssen einstehen für das, was sie sagen und tun. Die rechtliche Bindung knüpft nicht nur an das Gewollte, sondern auch an das Erklärte an.

Ausnahme:

Störungen im Vorgang der Willensbildung oder der Erklärung des gebildeten Willens sind zu gravierend, als dass es sich noch rechtfertigen liesse, die betreffende Person auf das Erklärte zu behaften: Einseitige Unverbindlichkeit aufgrund von Willensmängeln (vgl. Art. 23 OR).

1. Beispiel:

Längere Verhandlungen über den Abschluss eines Lizenzvertrags (A lizenziert B).
Bezüglich der Lizenzgebühr war immer von Euro die Rede. In der formellen Offerte spricht A allerdings von CHF.
CHF oder Euro?

Beispiel 2:

A wird als sales rep (EDV) konzernintern in die Schweiz versetzt. Er arbeitet eine Offerte aus; aus Versehen spricht er von CHF statt von Euro. Der betreffende Kaufinteressent B hat zum ersten Mal geschäftliche Kontakte mit dieser Gesellschaft.
CHF oder Euro?

Beispiel 3:

Längere Verhandlungen über den Abschluss eines Lizenzvertrags (A lizenziert B).
Bezüglich der Lizenzgebühr war immer von Dollar die Rede. A schrieb in der Offerte

CHF, meinte aber Kanadische Dollar. B konnte und musste erkennen, dass A USD meinte, verstand aber selbst Honkong Dollar.
Wie ist die Rechtslage?

Lösung Beispiel 1:

Ergebnis nach Vertrauensprinzip: B konnte und musste erkennen, dass A Euro meinte.

Lösung Beispiel 2:

Ergebnis nach Vertrauensprinzip: B durfte und musste davon ausgehen, dass A CHF meinte, dies zumindest unter dem Vorbehalt, dass der Preis nicht völlig unrealistisch war, so dass ihm Zweifel hätten kommen müssen.

Lösung Beispiel 3:

Wenig wahrscheinlicher Fall, nicht unbedingt weil er nicht vorkommen kann, wohl aber, weil es eher unwahrscheinlich ist, dass sich wirklich beide Seiten auf einen von der Auslegung nach Vertrauensprinzip abweichenden Sinn der Erklärung berufen. Für eine der Parteien wird die Auslegung nach Vertrauensprinzip vorteilhaft sein. Es ist deshalb sehr wahrscheinlich, dass sich diese Partei auch auf diesen Sinn berufen wird. Sollten sich dennoch beide Parteien auf einen von der Auslegung nach Vertrauensprinzip abweichenden Sinn der Erklärung berufen, so ist davon auszugehen, dass die Erklärung weder im von A oder B geltend gemachten noch im objektiven Sinn gilt. (19)

5.2. Dissens

Nicht-Konsens

Dissens ist das Gegenstück zu Konsens; es liegen weder tatsächlich noch normativ übereinstimmende Willenserklärungen vor.

Offener Dissens: Die Vertragsparteien sind sich von Anfang an bewusst, dass kein Konsens besteht.

Versteckter Dissens: Die Vertragsparteien erkennen den Dissens (zumindest zu Beginn) nicht. Sie glauben, ihre Willenserklärungen deckten sich.

Willensdissens

Nach Art. 1 Abs. 1 OR kommt der Vertrag bereits durch Austausch übereinstimmender gegenseitiger Willensäußerungen und nicht erst bei Übereinstimmung des inneren Willens der Parteien zustande. Der bloss normative Konsens stellt also aus Sicht des Gesetzgebers gegenüber dem tatsächlichen Konsens kein Minus dar. Dessen ungeachtet verwendet ein Teil der Lehre für den Sachverhalt des bloss normativen nicht aber tatsächlichen Konsens den Begriff des "Willensdissens". (21)

Soweit weder der Wille der Parteien noch ihre Willenserklärung übereinstimmen, kommt dem Begriff des Willensdissens keine eigenständige Bedeutung zu. Es liegt ohnehin ein Dissens vor und es ist kein Vertrag zu Stande gekommen.

Stimmen die Willenserklärungen überein, ohne, dass die Parteien auch tatsächlich das

19)

Gauch/Schluep/Schmid, N 220, 352 ff.

21)

Gauch/Schluep/Schmid, N 327 f.

Gleiche gewollt haben, so ist der Vertrag aufgrund des gesetzgeberischen Wertungsentscheids in Art. 1 Abs. 1 OR zu Stande gekommen. Inwiefern die Partei, die sich trotz ihres anderen inneren Willens auf ihre Willenserklärung behaften lassen muss, diese Divergenz geltend machen kann, ist eine Frage der Regeln über die Willensmängel (Erklärungsirrtum). Am Konsens und damit am grundsätzlichen Zustandekommen des Vertrages ändert dies deswegen nichts.

 BGE 41 II 252

Zusammenfassung Sachverhalt

Schwegler: Verkäufer, Beklagter

Dreifuss: Käufer, Kläger

Besteht ein Kaufvertrag?

- 13. August 1913: Besprechung über Kauf 2'000 kg Strangenhafn durch Dreifuss von Schwegler zu CHF 9.-- pro kg, netto 30 Tage, franko Wohlen.
- Bestätigungsschreiben Schwegler vom gleichen Tag: "Originalgewicht".
- Erwiderung Dreifuss: Originalgewicht von Manila komme nicht in Frage, es müsse auf das Gewicht bei Ablieferung in Wohlen abgestellt werden.

Erwägungen

Die Parteien waren also über die Art der Gewichtsberechnung und damit über ein grundlegendes Element zur Bestimmung des Kaufpreises uneinig. Nun genügt die Nichtübereinstimmung des inneren Willens freilich nicht, um nach Art. 1 ff. OR den Nichtabschluss eines Vertrags anzunehmen. Allein es fehlt hier auch der – nur scheinbar vorhandene – äussere Konsens. Die Art der Gewichtsbestimmung ist in casu ein derart wesentlicher Bestandteil des Vertrags, dass, was nach Aussen erklärt wurde, nicht hinreichend war, um einen rechtsgültigen Kauf zustande zu bringen; dass der Dissens den Parteien selbst verborgen war, ist unerheblich.

Die Sache liegt auch nicht so, dass der Inhalt des Vertrags an sich klar und vollständig war, und nur in der Vorstellung des einen Kontrahenten eine unrichtige Auffassung geherrscht hätte. Dann wäre der Beklagte allerdings auf die Anrufung des Irrtums angewiesen. Allein so wie die gegenseitigen Willensäusserungen der Parteien lauteten, konnte gerade so gut das Gewicht am Versandungsort wie dasjenige am Ort der Ablieferung als massgebend betrachtet werden [...].

Anmerkungen

- Das Austrocknen des Hanfs auf der Seereise beeinflusst das Gewicht.
- Was haben die beiden Parteien unter dem Vereinbarten verstehen dürfen und müssen?
- Beide Seiten konnten in guten Treuen in einem zentralen Punkt etwas anderes verstehen.
- Damit liegt ein Dissens vor, selbst wenn sich die Parteien dessen nicht bewusst waren (versteckter Dissens).
- Entscheidende Frage: Wieso ergänzt der Richter den Vertrag nicht?
- Antwort: Der Richter kann den Vertrag nur soweit ergänzen, als es dabei um die Konkretisierung des Willens der Parteien geht.
- Er kann nicht sein Werturteil an die Stelle desjenigen der Parteien setzen.
- Ausdruck zugleich der Anerkennung der Parteiautonomie als auch einer

marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung

 BGE 41 II 252 (Auszüge)

Auszug aus den Erwägungen:

Erwägung 1

1. Zwischen den Parteien fand am 13. August 1913 in Wohlen eine Besprechung statt über Kauf von 2000 kg Strangen-Hanf durch die Kläger vom Beklagten, zu 9 Fr. per Kilogramm, netto 30 Tage, franko Wohlen, wovon die erste Sendung von zirka 500 Kg. lieferbar im September, der Rest im Oktober und November 1913.

Gleichen Tages schrieb der Beklagte an die Kläger: "Gemäss unserer heutigen Absprache habe ich Ihnen zu liefern: 2000 Kg. Hanf in Strangen, prima courante Qualität, zum Preise von 9 Fr. netto 30 Tage, franko hier, Originalgewicht. Lieferung: bis zirka 500 Kg. im September, Rest von zirka 1500 Kg. nach Eintreffen im Oktober und November a. c. Zahlung per Anweisung auf 30 Tage netto nach Erhalt der Ware und Faktura." Die Kläger erwiderten sofort, dass das Originalgewicht (von Manila) bei ihnen nicht in Betracht kommen könne, sie müssten wie immer auf das bei der Ablieferung in Wohlen festzustellende Gewicht abstellen, wovon der Beklagte Vormerkung nehmen wolle.

In der darauffolgenden Korrespondenz beharrten beide Parteien auf ihrem Standpunkt. Der Beklagte weigerte sich am 18. August 1913 endgültig, den Vertrag so zu halten, wie die Kläger ihn verstanden wissen wollten; gleichzeitig wiederholte er seine Offerte, die indessen von den Klägern mit der Begründung abgelehnt wurde, dass sie nie Hanf zu Originalgewicht kauften.

Am 18. September kamen die Kläger auf die Sache zurück, indem sie den Beklagten um Ablieferung der im September lieferbaren 500 Kg. ersuchten. Der Beklagte antwortete wieder, es sei kein gültiger Vertrag zustande gekommen. Darauf setzte ihm der Vertreter der Kläger mit Zuschrift vom 24. September 1913 eine Frist zur Erfüllung bis Ende des Monats an, ansonst die Kläger ihn wegen Vertragsbruches auf Schadenersatz belangen würden. Da der Beklagte auf seiner Weigerung bestand, reichten die Gebrüder Dreifuss die vorliegende Klage ein, die vom aargauischen Handelsgericht im vollen Umfange abgewiesen wurde.

Erwägung 2

2. Mit Recht hat die Vorinstanz den Einwand des Beklagten zurückgewiesen, dass der Vertrag deshalb nichtig sei, weil eine schriftliche Bestätigung der mündlichen Abrede vorbehalten, die vom Beklagten schriftlich bestätigte Offerte dann aber durch die Kläger ausgeschlagen worden sei. Das Handelsgericht stellt fest, dass ein solcher Vorbehalt nicht bewiesen sei. Der Vorbehalt in dem vom Beklagten behaupteten Sinne würde sich übrigens nicht als Vereinbarung der Anwendung der Schriftform gemäss Art. 16 OR darstellen, sondern als einseitige, sofortige Bindung der Kläger, während die Bindung des Beklagten durch eine spätere schriftliche Erklärung bedingt wäre. Der Beklagte hat aber keinen Grund angegeben, weshalb sein Entschluss hätte aufgeschoben werden sollen, während die Kläger gebunden gewesen wären, namentlich nicht etwa, dass ein Dritter sein Einverständnis erklären musste, oder dass Erkundigungen einzuziehen waren, oder ein anderes Ereignis auf seine Entschliessung einzuwirken hatte. Dass die Verbindlichkeit der einen Partei während gewisser Zeit hätte rein potestativ bedingt sein

sollen, während die andere schlechthin verpflichtet war, ist denn auch bei Geschäften, die den Preisschwankungen so sehr unterworfen sind, wie das vorliegende, nicht anzunehmen. Es erscheint somit als durchaus plausibel, dass die schriftliche Fixierung des Geschäfts durch den Beklagten lediglich die Bedeutung der Klarstellung und Beweissicherung haben sollte.

Erwägung 3

3. Der zweite Einwand des Beklagten geht dahin, es habe auch eine mündliche Einigung zwischen den Parteien nicht stattgefunden. Die Vorinstanz hat dieser Auffassung beigestimmt, aber dennoch den Vertrag nicht als absolut nichtig, sondern bloss als wegen Irrtums für den Beklagten unverbindlich erklärt, was rechtsirrtümlich ist. Ist eine Willenseinigung in dem von der Vorinstanz angenommenen Sinne wirklich nicht erfolgt, so bleibt für die Anwendung der Bestimmungen über den Irrtum kein Raum. Der Vertrag ist alsdann überhaupt nicht zustande gekommen. Die Unterscheidung ist im vorliegenden Falle praktisch deshalb von Bedeutung, weil bei Annahme eines Irrtums weiter untersucht werden müsste, ob er ein wesentlicher im Sinne von Art. 24 OR war und ferner, ob nicht die Art. 25 und 26 OR anwendbar wären, die von der Geltendmachung des Irrtums gegen Treu und Glauben und vom fahrlässigen Irrtum handeln. Diese Prüfung entfällt, wenn es an einer übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserung der Parteien gemäss Art. 1 OR fehlt.

Die Vorinstanz stellt fest, der Beklagte habe gemeint, es handle sich bei der Gewichtsangabe um das Originalgewicht (von Manila), Jakob Dreifuss dagegen um das Effektiv- oder Ablieferungsgewicht (in Wohlen); weder das eine noch das andere sei erwiesenermassen genannt worden. Dieser Eindruck, den die Vorinstanz insbesondere aus der persönlichen Befragung der Parteien gewonnen hat, steht nicht im Widerspruch mit den Akten, noch mit der Erfahrung des Lebens. Denn da der Beklage ganz kurze Zeit nach der Besprechung, am nämlichen Tage, seine Auffassung über das massgebende Gewicht den Klägern mitteilte, ohne dass inzwischen etwas vorgefallen wäre, was eine Willensänderung seinerseits hätte bewirken können, so ist als natürlich anzusehen, jene Auffassung habe seinem Vertragswillen entsprochen; Preisschwankungen -- konstatiert die Vorinstanz -- haben ihm in der Zwischenzeit keine bekannt werden können; das zeigt auch die spätere Offerte des Beklagten vom 18. August 1913, die zum gleichen Preise von 9 Fr. per Kilogramm erfolgte und nur deshalb ausgeschlagen wurde, weil die Kläger prinzipiell nicht auf Grund des Originalgewichtes abschliessen wollten. In der Verhandlung vor dem Handelsgericht haben denn auch die Kläger ihre Bestreitung, dass der Beklagte seiner Offerte vom 13. August 1913 das Originalgewicht zugrunde gelegt habe, fallen gelassen und nur in Abrede gestellt, dass er ausdrücklich jenes Wort brauchte.

Die Parteien waren also über die Art der Gewichtsbestimmung und damit über ein grundlegendes Element zur Bestimmung des Kaufpreises uneinig. Nun genügt die Nichtübereinstimmung des inneren Willens freilich nicht, um nach Art. 1 ff. OR den Nichtabschluss eines Vertrages anzunehmen. Allein es fehlt hier auch der -- nur scheinbar vorhandene -- äussere Konsens. Die Art der Gewichtsbestimmung ist in casu ein derart wesentlicher Bestandteil des Vertrages, dass, was nach Aussen erklärt wurde, nicht hinreichend war, um einen rechtsgültigen Kauf zustande zu bringen; dass der Dissens den Parteien selber verborgen war, ist unerheblich. Die Frage, ob das Original- oder das Effektivgewicht des Hanfes für den Kaufpreis massgebend sei, ist kein blosser Nebenpunkt im Sinne von Art. 2 OR, sondern ein solcher, bei dessen bewusster Nichtregelung die Parteien das Geschäft überhaupt nicht abgeschlossen haben würden, also ein wesentlicher Punkt (vergl. Oser, Komm. S. 25, ferner S. 18 ff.; von Tuhr in Zeitschr. f. schw. R., N. F. 15 S. 289 ff.). Die Sache liegt auch nicht so, dass der Inhalt des Vertrages an sich klar und vollständig war, und nur in der Vorstellung des einen

Kontrahenten eine unrichtige Auffassung geherrscht hätte. Dann wäre der Beklagte allerdings auf die Anrufung des Irrtums angewiesen. Allein so wie die gegenseitigen Willensäußerungen der Parteien lauteten, konnte gerade so gut das Gewicht am Versendungsort wie dasjenige am Ort der Ablieferung als massgebend betrachtet werden, zumal da die Käufer wussten, dass es sich um eine Distanzsendung handelte. Auch der Umstand, dass Frankolieferung vereinbart wurde, ändert daran nichts; denn diese Vereinbarung verweist gerade darauf, dass ein Transport stattfand, dass also zwei Orte für die Gewichtsbestimmung in Betracht kamen.

Erwägung 4

4. Die vorhandene Unbestimmtheit könnte nur durch die besonderen kaufmännischen Uebungen gehoben werden, wie sie Art. 212 OR vorbehält, der von der Bestimmung des Kaufpreises mangels Abrede handelt. Das kantonale Urteil enthält aber eine kategorische Feststellung des Inhalts, es bestehe keine Usance, wonach Hanf regelmässig zu Effektivgewicht gehandelt werde; es fänden Abschlüsse mit beiderlei Gewichtsbestimmung (Original- und Effektivgewicht) statt; eine Regel existiere nicht, sodass von einer Vermutung zu Gunsten dieser oder jener Partei nicht gesprochen werden dürfe. Die Kläger fechten diese Feststellung an und berufen sich auf Rechnungen, denen das Effektivgewicht zu Grunde liege; sie versuchen, daraus auf eine Usance zu schliessen. Wenn aber das Handelsgericht auf anderem Wege, auf Grund seiner Fach- und Lokalkenntnisse, zur Ueberzeugung gelangt ist, es bestehe eine solche Usance tatsächlich nicht, so entzieht sich jene Erkenntnis der Ueberprüfung durch das Bundesgericht. Eine derartige Feststellung verstösst nicht gegen Bundesrecht. Sie ist auch nicht aktenwidrig; denn die kantonale Instanz braucht sich ihre Ueberzeugung nicht allein auf Grund der Prozessakten gebildet zu haben. Eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Beweisabnahme über den Bestand von Usancen im Handel mit Hanf ist daher ausgeschlossen. Der Umstand endlich, dass der Beklagte früher meist nach Effektivgewicht verkauft habe, ist umso weniger ausschlaggebend, als diese Uebung keine einheitliche war und gerade in neuerer Zeit im Verkehr zwischen dem Beklagten und seinen Abnehmern die Berechnung nach Effektivgewicht fast durchgehends durch die Berechnung nach Originalgewicht ersetzt worden ist.

Erwägung 5

5. Nach dem Gesagten entbehrt die vorliegende Klage der rechtlichen Grundlage und ist das abweisende Urteil der Vorinstanz ohne weitere Beweismassnahmen im Dispositiv zu bestätigen.

Demnach hat das Bundesgericht erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 12. November 1914 bestätigt

5.3. Gegenstand des Konsenses

Umfang

Der Konsens muss die wesentlichen Vertragspunkte umfassen (Art. 2 Abs. 1 OR).

Nebenpunkte können die Parteien offen lassen, ohne, dass deswegen das Zustandekommen des Vertrages in Frage gestellt würde (Art. 2 Abs. 1 OR). In den Nebenpunkten sind Verträge regelmässig ergänzungsbedürftig (Art. 2 Abs. 2 OR). Solche Vertragslücken sind zu füllen durch:

- Dispositives Gesetzesrecht, (Art. 184 Abs. 2 OR, Art. 188 OR, Art. 257a Abs. 2 OR);
- Gewohnheitsrecht, (Art. 1 Abs. 2 ZGB);
- Gerichtliche Vertragsergänzung (Art. 2 Abs. 2 OR).

5.3.1. Objektiv wesentlicher Vertragsinhalt

Unentbehrlicher Geschäftskern

Als objektiv wesentlich gelten jene Vertragspunkte, welche den unentbehrlichen Geschäftskern ausmachen (*essentialia negotii*):

- Vertragstypenbestimmende Merkmale
- Vertragsparteien
- Leistung und Gegenleistung

Beispiele: Kauf (Art. 184 Abs. 1 OR, aber vgl. Art. 212 OR), Miete (Art. 253 OR), Werkvertrag (Art. 363 OR).

5.3.2. Subjektiv wesentlicher Vertragsinhalt

Begriff

Der subjektiv wesentliche Vertragsinhalt umfasst jene Vertragspunkte, die zumindest für eine Partei *conditio sine qua non* für den Vertragschluss sind. Aufgrund der Vermutung von Art. 2 Abs. 1 OR hindert ein allgemeiner Vorbehalt von Nebenpunkten den Vertragsschluss nicht (*favor negotii*).

Für die Gegenpartei muss erkennbar sein, dass der Konsens über den betreffenden Nebenpunkt für die andere Partei eine unabdingbare Voraussetzung für das Zustandekommen des Vertrags ist.

Beispiel:

- Hat jemand Lebensmittelallergie, so hat er bei der Bestellung im Restaurant einen klaren Vorbehalt zu machen.
 - Ist es für den Bauherrn mit Blick auf die optimale Abstimmung auf den Baufortschritt entscheidend, dass die Heizungsanlage für einen Neubau innert 2 Tagen nach Abruf geliefert wird, muss er die Einigung über den Liefertermin klar zur
-

conditio sine qua non machen.

 Vermutung des Art. 2 Abs. 1 OR

Mit den in Art. 2 Abs. 1 OR erwähnten "wesentlichen Punkten" sind nur die objektiv wesentlichen gemeint. Ist bei vorbehaltenen (objektiv unwesentlichen) "Nebenpunkten" ungewiss, ob sie subjektiv wesentlich sind oder nicht, so wird ihre subjektive Unwesentlichkeit und damit die Verbindlichkeit des Vertrages vermutet.

 BGE 54 II 300 (Auszüge)

Aus den Erwägungen:

Erwägung 1

1. Die Vorinstanz nimmt, in Übereinstimmung mit dem Beklagten, an, es habe zum Zustandekommen des von den Klägern geltend gemachten Mietvertrages nicht bloss an der Erfüllung der Schriftform gefehlt, sondern überhaupt schon an der Willenseinigung, so dass auch die Voraussetzungen für die Entstehung eines formlosen Vertrages nicht gegeben seien. Diese letztere Auffassung wird der Bestimmung des Art. 2 OR nicht gerecht. Wie aus deren Wortlaut klar hervorgeht, ist für die nach Art. 1 OR notwendige übereinstimmende Willenserklärung der Parteien nicht erforderlich, dass sich dieselbe auf alle Punkte erstreckt, welche für die Gestaltung des Vertragsverhältnisses von Bedeutung sein können, vielmehr genügt es grundsätzlich, dass sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte geeinigt haben, indem alsdann vermutet wird, dass der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern solle, auch wenn eine Einigung über diese vorbehaltenen Punkte nicht zustande kommt. Nun ist unbestritten, dass durch den Briefwechsel der Parteien vom 26. und 27. August 1925 eine Einigung über die dem Begriffe des streitigen Vertrages, als eines Mietvertrages, objektiv wesentlichen Punkte: Mietsache, Mietzins und Dauer der Miete, erzielt worden ist, also über diejenigen Punkte, bei deren Festsetzung der Vertrag als geschlossen betrachtet werden konnte und musste, sofern die Parteien -- deren Willensmeinung für die Abgrenzung der Haupt- und Nebenpunkte im Sinne von Art. 2 OR ausschlaggebend ist -- nicht noch weitere Punkte als für sie erheblich bezeichnet und deren Erledigung als notwendige Voraussetzung für den Vertragsabschluss angesehen haben (vgl. Oser, Komm. 2. Aufl. N. 12 und Becker, N. 4 zu Art. 2 OR; BGE 34 II 468, 725). In dieser Hinsicht kommt in Betracht, dass der Beklagte in seinem Briefe vom 27. August allerdings ausdrücklich bemerkte: "Die übrigen Punkte werden wir dann bei persönlicher Besprechung erledigen."

Da er aber unmittelbar vorher festgestellt hatte, worin die Parteien einig geworden seien, und daran die Erklärung knüpfte: "In diesem Sinne betrachte ich unsere Abmachung als perfekt", so konnte jener Vorbehalt unmöglich den Sinn haben, dass von dieser Erledigung der übrigen Punkte doch wieder die Perfektion des Vertrages abhängen solle, sondern er konnte nur so verstanden werden, dass es sich hier um Punkte handle, welche den nunmehr zustande gekommenen Vertrag nicht mehr in Frage stellen sollten; dies umsomehr, als der Beklagte diese weiteren Punkte, die er in seinem Schreiben vom 1. September 1925 erwähnte, selber ausdrücklich als Kleinigkeiten bezeichnete, welche sich von selbst verstehen, so dass darüber kein Zweifel bestehen

kann, dass er sie als Nebenpunkte im Sinne von Art. 2 OR ansah.

Diese Auslegung muss namentlich auch hinsichtlich der Firmatafel gelten, die der Beklagte in der Korrespondenz erstmals in seiner Zuschrift vom 1. September als einen jener "übrigen Punkte" berührte. Wenn er die Zulassung einer solchen als einen wesentlichen Punkt im Sinne einer *condicio sine qua non* für das Zustandekommen des Vertrages geltend machen wollte, so durfte er nach Treu und Glauben im Verkehr hierüber in seinem Schreiben vom 27. August nicht stillschweigen und dann erst einige Tage später darauf zu sprechen kommen. Nachdem die Kläger unbestrittenermassen sein schon im Anfange der Unterhandlungen mündlich gestelltes Verlangen betreffend die Anbringung eines Firmenschildes abgelehnt hatten, und er darauf in der Folge nicht mehr zurückgekommen war, mussten sie annehmen, dass er sich bei dem abschlägigen Bescheid beruhigt habe (auch wenn er sich nicht, wie sie behaupten, bei jener Unterredung sogar ausdrücklich darein gefügt haben sollte).

Vorausgesetzt aber auch, es habe sich hiebei um einen wesentlichen Bestandteil des Geschäftes gehandelt, so wäre eine nachträgliche Einigung hierüber als zustande gekommen anzunehmen. Denn mit Schreiben vom 17. September haben sich ja die Kläger mit der Anbringung eines Firmenschildes einverstanden erklärt, freilich mit der Einschränkung: "in einer von uns vorgeschriebenen Ausführung." Wenn die Vorinstanz auf diesen -- vom Beklagten in der Korrespondenz selber nicht aufgegriffenen -- Vorbehalt abstellt für die Annahme, es sei schliesslich doch insoweit noch ein Dissens übrig geblieben, so verkennt sie, dass der Beklagte, nachdem die Parteien gerade über diesen einzig noch streitigen Punkt verhandelt hatten, nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen wäre, den Klägern ausdrücklich kund zu tun, wenn er ihr Entgegenkommen nicht als genügend erachtete. Sein Stillschweigen durften sie daher als Zustimmungserklärung zum Inhalte ihres Schreibens vom 17. September auffassen.

Erwägung 2

2. Ist somit eine Willenseinigung zustande gekommen, so bleibt noch zu prüfen, ob die Perfektion des Vertrages aus dem Grunde gescheitert sei, weil die Parteien die schriftliche Form vorbehalten haben, und deshalb nach Art. 16 OR zu vermuten sei, dass sie vor Erfüllung derselben nicht gebunden sein wollten. Dass die Parteien beidseitig dem Willen Ausdruck gegeben haben, den Vertrag schriftlich aufzusetzen, steht nach den Akten ausser Zweifel. Es fragt sich nur, in welchem Stadium der Verhandlungen dies geschehen sei, ob schon von Anfang an, bzw. bevor es zu der durch den Briefwechsel vom 26./27. August 1925 bekundeten Willenseinigung gekommen war, oder erst nachher. Trifft letzteres zu, so kann offenbar von einem Vorbehalt im Sinne des Art. 16 OR dann nicht mehr gesprochen werden, wenn mit den Klägern anzunehmen ist, dass der Mietvertrag durch jene Willenseinigung perfekt geworden sei (vgl. Oser, N. 6 und Becker, N.1 zu Art. 16 OR).

Nun fallen von den durch die Vorinstanz für die Annahme eines Vorbehaltes dieser Art angeführten Umständen die folgenden in die Zeit nach dem 27. August, nämlich einerseits das Verlangen des Beklagten in seinem Briefe vom 1. September, gewisse von ihm aufgegriffene Punkte noch schriftlich bestätigt zu haben, und andererseits die durch die Kläger an ihn erfolgte Zustellung einer Vertragsurkunde vom 4. September und des "vorgesehenen Mietvertrages im Doppel" mit ihrer Unterschrift, behufs Einholung derjenigen des Beklagten, vom 15. Oktober 1925. Einzig die vom Vorderrichter weiter herangezogene Tatsache der Einladung der Kläger an den Beklagten, nach Zürich zu kommen "zur gegenseitigen Vollziehung des Mietvertrages", wie sie im Briefe vom 26. August enthalten ist, geht zeitlich der Erklärung des Beklagten voraus, dass er die Abmachung im Sinne seines Schreibens vom 27. August als perfekt erachte. Allein in ihrem Briefe vom 26. August haben die Kläger unzweideutig ihrer Meinung Ausdruck

gegeben, dass der Vertrag perfekt sei (nachdem sie gemäss dem Wunsche des Beklagten den Beginn der Miete auf den 1. Januar 1926 hinausgeschoben hatten), und anschliessend dann jene Einladung beigefügt, so dass dieselbe schon im Hinblick auf ihren Zusammenhang mit dem übrigen Inhalt des Schreibens nicht dahin gedeutet werden kann, der Beklagte hätte nach Zürich kommen sollen, um den Vertrag durch Ausstellung einer besondern Urkunde zur Perfektion zu bringen. Gegen diese Auslegung spricht namentlich auch die Wendung zur gegenseitigen Vertragsvollziehung", die klar erkennen lässt, dass die Kläger die Schaffung einer Vertragsurkunde nicht als Voraussetzung für den Abschluss des Vertrages, sondern lediglich als Folge desselben, als Mittel zum Beweise der bereits getroffenen Vereinbarung wollten. Wenn anderseits der Beklagte in seinem Antwortschreiben vom 27. August die Behandlung der "übrigen Punkte" einer persönlichen Besprechung vorbehielt, so war damit bekundet, dass diese Punkte Gegenstand mündlicher und nicht schriftlicher Erledigung bilden sollten. Der blosse Umstand endlich, dass bei bedeutenderen Verträgen der vorliegenden Art die Schriftlichkeit üblich ist, vermag den Vorbehalt dieser Form im Sinne von Art. 16 OR nicht zu begründen (vgl. Oser, N. 2 zu zit. Art.).

Erwägung 3

3. Aus der Weigerung des Beklagten, den darnach gültig zustande gekommenen Mietvertrag zu erfüllen, folgt seine grundsätzliche Haftung für den den Klägern durch die Nichterfüllung zugefügten Schaden (Art. 97 OR). Einer Fristansetzung gemäss Art. 107 OR bedurfte es angesichts seiner kategorischen Weigerung nach Art. 108 Ziff. 1 OR nicht. Die für die Schadensermittlung notwendigen Unterlagen sind in den Akten enthalten, so dass das Bundesgericht die Festsetzung der Entschädigung vornehmen kann.

Als Schaden machen die Kläger einen Mietzinsausfall von 6080 Fr. 80 Cts. geltend, den sie dadurch erleiden, dass sie von der dem Beklagten ab 1. April 1926 für fünf Jahre vermieteten Wohnung mit einer Gesamtfläche von 129 m² (bei einem Durchschnittspreis von 54 Fr. 25 Cts. pro m²) ein Zimmer von 25 m² erst ab 30. September 1926 an die Gebr. Schelhaas zu 1000 Fr. jährlich und die übrigen Räume von 104 m² erst ab 1. April 1927 an die Elliot Fischer, Flachs Schreibmaschinen A.-G. zu einem Durchschnittspreis von 58 Fr. 70 Cts. pro m² vermieten konnten. Dieser Betrag kann ihnen jedoch nicht voll zugesprochen werden. Es ist vielmehr zu berücksichtigen, dass die Kläger die an den Vertragsabschluss vom 26./27. August 1925 sich anschliessenden Weiterungen in der Korrespondenz und die dadurch geschaffene Unsicherheit über die Rechtslage durch ihr zu wenig aktives Vorgehen und ihre zum Teil widerspruchsvolle Haltung mitverschuldet haben. Angesichts dessen erscheint es als angemessen, die Entschädigung ex aequo et bono auf 4000 Fr. festzusetzen. Von dieser Summe hat der Beklagte den eingeklagten Verzugszins von 5% seit 11. Mai 1927 (Datum des Friedensrichtervorstandes) zu leisten.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

In Aufhebung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. Dezember 1927 wird der Beklagte verpflichtet, den Klägern 4000 Fr. nebst 5% Zins seit 11. Mai 1927 zu bezahlen.

5.3.3. Bestimmtheit

Anforderungen an die Bestimmtheit

Nicht erforderlich ist, dass der wesentliche Vertragsinhalt im Vertrag selbst abschliessend festgelegt und damit im engeren Sinn bestimmt ist. Vielmehr genügt es, wenn er sich im Zeitpunkt der Erfüllung zweifelsfrei bestimmen lässt, wenn er mit anderen Worten bestimmbar ist.

Bestimmbarkeit liegt vor, wenn:

- Der Vertrag festlegt, welche objektiven Bestimmungskriterien massgebend sind (Beispiel: Marktpreis oder Börsenkurs);
- Wenn der Vertrag festlegt, dass ein Dritter oder eine der beiden Vertragsparteien allein die Bestimmung vorzunehmen hat, bzw. vornehmen darf (objektivierte bzw. subjektive Bestimmbarkeit).

Zur Gattungsschuld vgl. Art. 71 OR, zur Wahlschuld Art. 72 OR.

(23)

Erforderlichkeit der Bestimmtheit

- In einem privatautonomen Vertragsmodell entscheiden die Parteien über die Wertverhältnisse. Diesen Entscheid kann und will das Recht ihnen nicht abnehmen.
- Haben die Parteien von dem ihnen allein zustehenden Recht zur Bestimmung der Wertverhältnisse keinen Gebrauch gemacht, so kann die Rechtsordnung darauf - wenn die Privatautonomie gewahrt werden soll - nur mit der Konsequenz des Verzichts auf die Durchsetzung der Vereinbarung reagieren.
- Andernfalls müsste der Richter eine Aufgabe annehmen, die er nicht erfüllen kann.

6. Diskrepanz zwischen Willenserklärung und übereinstimmendem Willen

Tatbestand von Art. 18 OR

Willensprinzip:

Art. 18 OR statuiert einen Grundsatz der Vertragsauslegung: Stimmt der innere Willen beider Parteien überein, aber weicht das von den Parteien Erklärte davon ab, weil sie eine

falsche Bezeichnung oder Ausdrucksweise verwendet haben, hat das tatsächlich Gewollte (natürlicher Konsens) Vorrang.

Das Vertrauensprinzip wird nicht dazu eingesetzt, den Parteien etwas aufzuzwingen, das beide klar nicht wollten. Es soll keine Schikane, sondern ein verkehrsorientiertes Hilfsmittel sein.

6.1. Gemeinsamer Irrtum

Ungewollte Diskrepanz

Die ungewollte Diskrepanz beruht auf einem gemeinsamen Irrtum der Parteien. Jede Partei irrt sich, und zwar in gleicher Weise. Konsens muss über das tatsächlich Gewollte bestehen.

Beispiel:

- Gemeinsame falsche Umschreibung eines Kaufgegenstandes, wie z.B. Fehler bei der Grundbuchnummer.

Folge: Falsa demonstratio non nocet; Rechtswirkung entfaltet nur das tatsächlich Gewollte, Art. 18 Abs. 1 OR.

6.2. Simulation

Gewollte Diskrepanz

Die Vertragsparteien verwenden absichtlich falsche Bezeichnungen oder drücken sich falsch aus, um ein Scheingeschäft abzuschliessen oder um den tatsächlichen Vertrag oder Vertragsinhalt zu verbergen.

Das simulierte Geschäft ist inter partes unbeachtlich (ebenfalls auf der Grundlage von Art. 18 Abs. 1 OR).

Der dissimulierte Vertrag, d.h. der Vertrag, den die Parteien tatsächlich wollten, ist gültig, wenn dieser allfällige Formvorschriften erfüllt.

Dritte werden grundsätzlich nicht geschützt. Hat der Dritte aber gutgläubig ein simuliertes schriftliches Schuldbekenntnis erworben, kann der Schuldner die Nichtigkeit des Vertrages nicht geltend machen, Art. 18 Abs. 2 OR.

Diese Regelung stellt auch eine Ausnahme zum Zessionsrecht dar (vgl. Art. 169 OR).

Simulation bei fiduziarischem Rechtserwerb?

 Fiduziarischer Rechtserwerb

Tatbestand des fiduziarischen Rechtserwerbs:

- Der Treugeber (Fiduziant) überträgt dem Treunehmer (Fiduziar) ein Recht (z.B. Eigentum an einer Sache, Forderung, etc.).
- Vertraglich werden die Befugnisse des Fiduziars festgelegt (Fiduziarische Abrede).

Die Treuhand zeichnet sich dadurch aus, dass der Fiduziar mehr kann, als er darf (überschiessende Rechtsmacht).

Simulationstheorie:

Ein Teil der Lehre vertritt die Ansicht, dass ein fiduziarisches Rechtsgeschäft immer simuliert ist, da die Vertragsparteien den vollständigen Rechtsübergang gar nicht wollen.

Theorie des vollen Rechtserwerbs:

Nach Meinung der h.L. und des BGer ist zu differenzieren; es liegt keine Simulation vor, wenn die Parteien nicht nur gegenüber Dritten sondern auch untereinander von einer vollständigen Rechtsübertragung ausgehen. Dies hat folgende Konsequenzen:

- Verstösst der Treunehmer gegen die fiduziarische Abrede, wird er lediglich schadenersatzpflichtig; die gegenüber Dritten vorgenommene Verfügung bleibt wirksam.
- Fällt der Fiduziar in Konkurs, bildet das fiduziarisch übertragene Recht Teil der Konkursmasse. (Umstritten)

Der Bereich der fiduziarischen Rechtsgeschäfte ist stark im Wandel: z.B. Treuhandkonto, Pflichtaktie

7. Übungsfälle

Übungsfälle

Übungsfälle zum Themenbereich Vertragsabschluss:

- IK OR AT, HS 2017, Fall 1
 - IK OR AT, HS 2016, Fall 1
-