

Vertragsfreiheit

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. Inhalt der Vertragsfreiheit	4
2. Relativierung der Vertragsfreiheit	6
2.1. Missbräuchliche Mietzinsen	6
2.2. Wettbewerbsbehindernde Absprachen und Monopole	7
2.3. Faktische Beschränkung der Vertragsfreiheit	8
3. Schranken der Vertragsfreiheit	8
3.1. Inhaltsschranken im Allgemeinen	9
3.1.1. Unmöglichkeit	9
3.1.1.1. Objektive Unmöglichkeit	10
3.1.1.2. Anfängliche Unmöglichkeit	11
3.1.2. Widerrechtlichkeit	11
3.1.2.1. Verletzung einer zwingenden privatrechtlichen Norm des schweizerischen Rechts	13
3.1.2.2. Verletzung von schweizerischem öffentlichen Recht	13
3.1.3. Sittenwidrigkeit	14
3.1.3.1. Exkurs: Verletzung von ausländischem Recht	16
3.1.3.2. Exkurs: Naturalobligationen	17
3.1.4. Rechtsfolgen	17
3.1.4.1. Nichtigkeit	17
3.1.4.2. Teilnichtigkeit	19
3.1.4.3. Modifizierte Teilnichtigkeit	20
3.2. Persönlichkeitsrechtswidrigkeit	21
3.2.1. Konzept	22
3.2.1.1. Bindung im höchstpersönlichen Bereich	22
3.2.1.2. Übermass an Bindung	23
3.2.2. Rechtsfolgen	24
4. Übungsfälle	25

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
27.10.2021.

Grundlage

Die Freiheit, Verträge abzuschliessen, ist eine der Grundvoraussetzungen der Marktwirtschaft.

Grad und Grenze der Vertragsfreiheit ist ein normativer Entscheid des Gesetzgebers, dokumentiert insbesondere in der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV). Eine Beschränkung derselben stellt einen Eingriff in die marktwirtschaftliche Wirtschaftsordnung dar und ist als solche zu rechtfertigen.

Das Konzept der Vertragsfreiheit ist auch bei der Auslegung zu berücksichtigen; im Zweifelsfall ist von mehreren Auswahlmöglichkeiten die freiheitlichere zu wählen.

Das Konzept der Vertragsfreiheit impliziert nicht, dass jedermann zu jedem Zeitpunkt in seinen Entscheidungen völlig frei ist.

Wer nachts an einem Pass eine Autopanne hat, wird in voller Vertragsfreiheit einen Vertrag über ein möglicherweise sehr kostspieliges Abschleppen eingehen und sich dabei keineswegs völlig frei fühlen, obwohl er durchaus seinen eigenen Präferenzen entsprechend handelt (Problem ist hier die Verhandlungsmacht der Parteien). Grenze: Art. 21 OR.

Die Vertragsfreiheit ergibt sich aus Art. 1 Abs. 1 OR, Art. 11 Abs. 1 OR und Art. 19 Abs. 1 OR

1. Inhalt der Vertragsfreiheit

Aspekte der Vertragsfreiheit

Die Vertragsfreiheit beinhaltet folgende Teilaspekte:

- Abschlussfreiheit
- Aufhebungsfreiheit
- Partnerwahlfreiheit
- Inhaltsfreiheit
- Formfreiheit

Abschlussfreiheit

Freiheit, einen bestimmten Vertrag nach Belieben abzuschliessen oder nicht abzuschliessen (positive und negative Abschlussfreiheit).

Dazu gehört auch die Freiheit der Wahl des Abschlussortes.

Gegenstück dazu bilden z.B. der Kontrahierungszwang und das Abschlussverbot.

Der Kontrahierungszwang stellt eine Durchbrechung der negativen Abschlussfreiheit, gleichzeitig aber auch eine Beschränkung der Partnerwahlfreiheit und u.U. der Inhaltsfreiheit dar.

Kontrahierungspflichten ergeben sich sowohl aus dem öffentlichen Recht als auch aus dem Privatrecht.

Beispiele für Kontrahierungspflichten:

- Art. 13 lit. b KG (Grundlage: Art. 96 BV)
- Art. 11 FMG
- Aufgrund einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28 ZGB, wenn jemand Waren oder Dienstleistungen öffentlich anbietet und dabei die Abschlussfreiheit dazu missbraucht, um gewisse Person ohne sachliche Gründe wegen ihrer Rasse, Religion oder Geschlechts beim Vertragsschluss zu diskriminieren.
- Ein Kontrahierungszwang kann sich ausnahmsweise auch aus dem Verbot sittenwidrigen Verhaltens (Art. 20 OR) ergeben, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind (vgl. BGE 129 III 35):
 - Waren oder Dienstleistungen werden allgemein und öffentlich angeboten.
 - Die Waren oder Dienstleistungen gehören zum Normalbedarf.
 - Aufgrund der starken Marktstellung des Anbieters fehlen zumutbare Ausweichmöglichkeiten.
 - Der Anbieter hat keine sachlich gerechtfertigten Gründe für die Verweigerung des Vertragsabschlusses.

Aufhebungsfreiheit

Freiheit, einen abgeschlossenen Vertrag durch Vereinbarung wieder aufzuheben (contrarius actus) oder inhaltlich zu ändern.

Partnerwahlfreiheit

Freiheit in der Wahl des Vertragspartners

Inhaltsfreiheit

Freiheit, den Vertragsinhalt wirtschaftlich und rechtlich zu gestalten.

Beispiele:

- Verhältnis von Leistung und Gegenleistung
-

- Ort und Zeit der Erfüllung
- Rechtsfolgen der Nicht- oder Schlechterfüllung

Die Parteien sind frei, die wirtschaftlichen Eckwerte zu bestimmen.

Beispiele:

- Kaufpreis (Art. 184 Abs. 1 OR)
- Mietzins (Art. 253 OR)
- Pachtzins (Art. 275 OR)
- Vergütung beim Werkvertrag (Art. 363 OR)

Grenze: Art. 21 OR

Rechtliche Ausgestaltung

Die Parteien sind nicht an einen bestimmten Vertragstyp gebunden, sondern können ihre Beziehung frei gestalten (Typenfreiheit).

- Beispiel: Leasing als Mischung von Kauf (Art. 184 OR) und Miete (Art. 253 OR) verbunden mit Elementen der Kreditsicherung.
- Konsequenz: Nominat- und Innominatkontrakte

Im Gegensatz dazu steht der Numerus clausus der sachenrechtlichen Institute sowie der Gesellschaftsformen.

2. Relativierung der Vertragsfreiheit

2.1. Missbräuchliche Mietzinsen

- Traditionelles Privatrecht:
 - Preisgestaltung nach freiem Spiel von Angebot und Nachfrage
 - Dies bedeutet: Mietzinsveränderung nur aufgrund Parteivereinbarung
 - Bei ausgeglichenem Wohnungsmarkt:
 - Mietzins regelt sich im freien Spiel von Angebot und Nachfrage (keine überhöhten Mietzinsen)
 - Wohnungsmarkt ist ausgeglichen, wenn Zahl der angebotenen Wohnungen diejenigen der nachfragenden Haushalte um ca. 3% übersteigt, d.h. bei einer Leerwohnungsziffer von 3%.
 - Nachfrage:
 - Nicht nur durch Qualität und Preis bestimmt
 - Sondern auch externe Faktoren, bspw.:
 - Umzugskosten
 - Wahl des Lebensmittelpunkts
 - Erhaltung der Laufkundschaft
-

- Angebot wird v.a. durch die Raumplanung begrenzt. Beispiele:
 - Restriktive Baupolitik. Es wird "zu wenig" Bauland ausgewiesen
 - Allgemeine Umweltschutzzielsetzungen, z.B. Landschaftsschutz, vgl. Kulturlandinitiative im Kanton Zürich
 - Ausnützungsziffer, Höhenbeschränkung, Schattenwurf
- Folge in Ballungsgebieten:
 - Nachfrageüberhang
 - Zahl der leerstehenden Wohnungen in Zürich: 0.90 % (Stand: 1. Juni 2017 nach 0.84 % im Vorjahr; vgl. Leerwohnungszählung)
 - Preisbildung erratisch
- Gesetzliche Regelung:
 - Regeln des OR AT:
 - Nur beschränkter Ausgleich
 - Beispiel: Art. 21 OR (vgl. dazu BGE 123 III 292)
 - Bundesverfassung verlangt zusätzliche Massnahmen zur Korrektur des Ungleichgewichts (Art. 109 Abs. 1 BV): Missbrauchsvorschriften von Art. 269 ff. OR
- Andere, wirksamere Mittel?
 - Neue Wohnungspolitik mit besseren Rahmenbedingungen?
 - Ausgeglicherer Wohnungsmarkt?
 - Mehr Bauland?
 - Verdichtung?
 - Bekämpfung der Hortung von Bauland (vgl. Art. 15a Abs. 2 des neuen RPG in Kraft seit 1. Mai 2014)?

2.2. Wettbewerbsbehindernde Absprachen und Monopole

Wettbewerbsabsprachen und Monopole

Wie beurteilt man ein Kartell, mit dem Vertreter einer Branche die Mindestverkaufspreise ihrer Produkte festlegen, aus der Sicht der Vertragsfreiheit?

Spannungsfeld: Soll die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) auch Absprachen und Verhalten decken, die gerade auf einen Eingriff in das Spiel von Angebot und Nachfrage hinauslaufen?

Internationale Faustregel:

- Kartelle sind verboten, marktbeherrschende Unternehmen nicht, sie dürfen aber ihre Stellung nicht missbrauchen.
- Horizontale Absprachen sind wesentlich kritischer zu beurteilen als vertikale.

Zum Kontrahierungszwang als Massnahme gegen die Relativierung der freien Marktwirtschaft durch Monopole vgl. Art. 13 lit. b KG i.V.m Art. 7 Abs. 2 KG (insbesondere lit. a, b).

2.3. Faktische Beschränkung der Vertragsfreiheit

Faktische Beschränkungen

Die Vertragsfreiheit ist faktisch eingeschränkt, wenn jemand nicht frei wählen kann, ob er einen Vertrag abschliessen will oder nicht.

Mögliche Ursachen:

- Kartelle und Monopole (inkl. Immaterialgüterrechte): Dieser Bereich wird sich mit der zunehmenden Öffnung der traditionell stark kartellisierten schweizerischen Wirtschaft entschärfen. Beispiel: Telekommunikation; der Kunde vom Bittsteller zum König
- Knappheit der Güter
- Informationsasymmetrie
- Fehlende intellektuelle Fähigkeiten der Konsumenten (?)

Soll das Recht die Menschen vor eigenen Fehlentscheiden schützen?

- Zurückhaltung mit der Annahme, erwachsene Menschen wüssten nicht, was sie tun.
- Die Mehrzahl der Menschen ist in der Mehrzahl der Situationen durchaus in der Lage, die wirtschaftlichen Konsequenzen ihres Handelns richtig einzuschätzen.
- Jedenfalls aber müssten wir unser Augenmerk zuerst auf Tätigkeiten mit Potential der Fremdgefährdung wie das Autofahren richten, bevor wir die Vertragsfreiheit einschränken.
- Schutz ist immer auch Machtausübung.

Instrumente:

- Beseitigung von Informationsasymmetrien (Beispiel: Art. 28 OR, Art. 9 KKG)
- Konsequentes Vorgehen gegen den Missbrauch von Marktmacht (Art. 7 KG) und unzulässige Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG).

3. Schranken der Vertragsfreiheit

3.1. Inhaltsschranken im Allgemeinen Absolute Inhaltsschranken

Absolute Inhaltsschranken nach Art. 20 Abs. 1 OR

- Unmöglichkeit
- Widerrechtlichkeit
- Sittenwidrigkeit

3.1.1. Unmöglichkeit Begriff

Die Unmöglichkeit kann wie folgt aufgeliedert werden:

- Anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit
- Objektive und subjektive Unmöglichkeit

Daraus ergeben sich vier mögliche Kombinationsmöglichkeiten:

- Anfänglich objektive Unmöglichkeit
- Anfänglich subjektive Unmöglichkeit
- Nachträglich objektive Unmöglichkeit
- Nachträglich subjektive Unmöglichkeit

Die Unmöglichkeit i.S.v. Art. 20 OR ist eine anfängliche, objektive und dauernde. Alle übrigen Fälle der Unmöglichkeit sind nach Art. 97 Abs. 1 OR, Art. 119 OR oder Art. 107 ff. OR zu beurteilen (vgl. dazu das Kapitel "Unmöglichkeit")

Unmöglich können eine oder mehrere Leistungen sein, wobei die Unmöglichkeit sich auf die Leistung an sich oder auf deren Qualität, Quantität oder Modalität beziehen kann.

3.1.1.1. Objektive Unmöglichkeit

- Die Leistung ist objektiv unmöglich, wenn sie von keinem Schuldner erbracht werden kann (Ein Gemälde wird zerstört. Der Kaufvertrag kann nicht mehr erfüllt werden).
- Die Leistung ist subjektiv unmöglich, wenn sie von einem bestimmten Schuldner nicht erbracht werden kann (Beispiel: X verkauft das gleiche Gemälde zweimal; sog. Doppelverkauf).

Es sind zwei Kategorien von Leistungshindernissen zu unterscheiden:

- Objektive Hindernisse i.e.S.
- Subjektiv begründete objektive Hindernisse

Objektive Hindernisse i.e.S.

Die Leistung ist von einem beliebigen Schuldner nicht erbringbar.

Tatsächliche Hindernisse: Die Leistung ist tatsächlich unmöglich.

Beispiele:

- Übereignung einer bereits untergegangenen Speziessache.
- Hilfeleistung durch den "Einsatz von magischen Kräften".

Rechtliche Hindernisse: Das gewünschte Vertragsziel lässt sich aus rechtlichen Gründen nicht erreichen.

Beispiele:

- Baurecht an der einen Hälfte einer baulich und funktionell untrennbar miteinander verbundenen Doppelgarage.
- Verkauf einer Sache an den Eigentümer.
- Faustpfandrecht ohne Besitzübertragung (Art. 884 Abs. 3 ZGB).

Subjektiv begründete objektive Hindernisse

Ist eine Leistung vom Schuldner (höchst-)persönlich - "in eigener Person" - zu erbringen, können subjektive Leistungshindernisse die Leistung objektiv unmöglich machen (vgl. Art. 68 OR und Art. 364 OR).

Bei subjektivem Unvermögen des Schuldners liegt in solchen Fällen immer auch objektive Leistungsunmöglichkeit vor. Infolge des persönlichen Leistungscharakters ist kein anderer in der Lage, die geschuldete Leistung zu bewirken.

Beispiele:

- Erstellung eines Porträts durch einen bestimmten Maler.
- Konzert einer bestimmten Sängerin

- Operation durch einen bestimmten Arzt
- Prozessführung durch eine bestimmte Anwältin

3.1.1.2. Anfängliche Unmöglichkeit

Begriff

Die Unterscheidung zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit, knüpft daran an, ob die Leistungsunmöglichkeit bereits bei Vertragsabschluss bestanden hat (anfänglich) oder erst nachträglich eingetreten ist.

Beispiel:

- Anfängliche Unmöglichkeit: Das Gemälde X von Künstler Y ist bereits vor Vertragsschluss untergegangen.
- Nachträgliche Unmöglichkeit: Das Gemälde X von Künstler Y geht nach Vertragsschluss unter.

3.1.2. Widerrechtlichkeit

Begriff

Ein Vertrag mit einem "widerrechtlichen Inhalt" (Art. 20 Abs. 1 OR, vgl. auch Art. 19 Abs. 2 OR) verstösst gegen eine objektive Norm des schweizerischen Rechts.

Widerrechtlich kann sein:

- Vertragsinhalt (Beispiele: Art. 34 Abs. 2 OR; Art. 100 Abs. 1 OR; Art. 19 BetmG).
- Mittelbarer Vertragszweck (Beispiel: Aufnahme und Gewährung eines Darlehens zum Zweck der Abwicklung eines Drogengeschäfts; BGE 112 IV 47, vgl. Art. 19 BetmG [Abs. 1 lit. e])
- Beteiligung einer der Parteien (Beispiel: Art. 26 BewG; Vertrag mit RA ohne Patent; Arbeitsvertrag mit ausländischem AN ohne Arbeitsbewilligung [?])

Ob ein Vertrag mit "widerrechtlichem Inhalt" vorliegt, beurteilt sich nach der gesamten schweizerischen Rechtsordnung.

Vertragsinhalt

Widerrechtlichkeit des Vereinbarten, insbesondere der vereinbarten Vertragsleistung.

Beispiel: Vereinbarung zwischen Rechtsanwalt und Klient über die Beteiligung am Prozessgewinn als Ersatz für das Honorar (sog. pactum de quota litis, vgl. Art. 12 lit. e BGFA).

Widerrechtlichkeit der Vereinbarung, also der Tatsache des Abschlusses eines Vertrags mit dem vereinbarten Inhalt.

Beispiel:

- Verzicht auf den Widerruf der Vollmacht (Art. 34 Abs. 2 OR)
- Wegbedingung der Haftung für Absicht oder grobe Fahrlässigkeit (Art. 100 Abs. 1 OR)

Mittelbarer Vertragszweck

Nicht der unmittelbare Vertragszweck ist widerrechtlich, sondern das, was indirekt durch den Vertragsschluss bezweckt werden soll.

Beispiel: Darlehensvertrag zur Abwicklung eines Drogengeschäfts (BGE 112 IV 47).

Voraussetzung: Der mittelbare widerrechtliche Vertragszweck muss den Parteien gemeinsam sein. Individuelle Motive einer Vertragspartei sind somit unbeachtlich.

Parteien

Ein Beteiligungsverbot für eine Vertragspartei bewirkt nicht in jedem Fall auch die Widerrechtlichkeit des Vertrags.

Widerrechtlichkeit ergibt sich aufgrund einer besonderen gesetzlichen Anordnung oder aus dem Sinn und Zweck der Verbotsnorm, insbesondere wenn die verletzte Norm dem Schutz der Öffentlichkeit dient.

Beispiel:

- Kraft gesetzlicher Anordnung ungültig ist ein unter das BewG fallender Grundstückserwerb, der ohne die erforderliche Bewilligung erfolgt (Art. 26 BewG).
- Aufgrund des Schutzzwecks ungültig ist ein Vertrag mit einem nicht zugelassenen Arzt, Anwalt oder Notar (BGE 117 II 47).

Gegenbeispiel:

- Gültig ist ein Arbeitsvertrag mit einem ausländischen Arbeitnehmer, der nicht über die erforderliche Arbeitsbewilligung verfügt (umstritten).

3.1.2.1. Verletzung einer zwingenden privatrechtlichen Norm des schweizerischen Rechts

Schweizerisches Privatrecht

Die Widerrechtlichkeit kann sich ergeben aus einer "unabänderlichen Vorschrift" des Privatrechts (Art. 19 Abs. 2 OR), d.h. aus einer zwingenden Bestimmung; ius cogens (im Gegensatz zu dispositiven Bestimmungen).

Zwingender Charakter einer Norm:

- Aufgrund ausdrücklicher Anordnung im Gesetz (Art. 34 Abs. 2 OR, Art. 100 Abs. 1 OR, Art. 361 OR, Art. 362 OR)
- Aufgrund ihrer Funktion, d.h. durch Auslegung (Art. 404 OR)
- Sonderfall: Ordnungsvorschriften (welche die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts gerade nicht berühren) im Handelsrecht, z.B.:
 - Kauf eigener Aktien (Art. 659 OR; prozentuale Höchstgrenze wird mit Bezug auf den getätigten Rückkauf als blosse Ordnungsvorschrift qualifiziert) (7)

Tendenz: Zusehends differenziertere Verbindung von privatrechtlichen Normen mit genauen Regelungen der Rechtsfolgen einer Verletzung.

Beispiele:

- Arbeitsrecht (Art. 361 f. OR)
- Konsumkredit (Art. 15 KKG)

3.1.2.2. Verletzung von schweizerischem öffentlichem Recht

Öffentliches Recht

Die Normen des öffentlichen Rechts (insbesondere des Verfassungs-, Verwaltungs-, Straf- und Prozessrechts) bilden "die öffentliche Ordnung", von der Art. 19 Abs. 2 OR spricht. Voraussetzung der direkten Anwendbarkeit:

- Genügende Konkretisierung
- Die Vertragsnichtigkeit als Folge der Verletzung einer Norm muss im Gesetz ausdrücklich vorgesehen sein oder sich aus Sinn und Zweck der verletzten Norm ergeben.

Beispiele:

- Leihmuttervertrag (Art. 119 BV);
- Unentgeltlichkeit der Organspende, Verbot des Organhandels (Art. 119a Abs. 3 BV);
- Verbot von unzulässigen Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG);
- Pflichten der Zielgesellschaft (Art. 132 Abs. 2 FinfraG);
- Zwingende Gerichtsstandsbestimmungen (vgl. z.B. Art. 35 ZPO).

Drittwirkung von Grundrechten?

 Grundrechte

Grundrechte haben keine direkte Drittwirkung (Ausnahme Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV), d.h., für die Beziehung unter Privaten können sie keine Ansprüche begründen.

Bedeutung kommt den Grundrechten aber aufgrund ihrer indirekten Drittwirkung zu: Sie sind bei der Gesetzgebung, der Auslegung privatrechtlicher Normen und bei der Konkretisierung unbestimmter Gesetzesbegriffe zu beachten, so bei der Konkretisierung des Begriffs der "guten Sitten". Insbesondere die der Gesamtrechtsordnung immanenten Prinzipien (als Teilgehalt der guten Sitten) ergeben sich u.a. aus den Grundrechten.

3.1.3. Sittenwidrigkeit

Begriff

Sittenwidrig gem. Art. 20 Abs. 1 OR sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts Verträge, wenn sie gegen die herrschende Moral, d.h. gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe verstossen (BGE 136 III 474 E. 3; 132 III 455 E. 4.1).

Geschütztes Rechtsgut bestimmt Schutzzumfang. Beispiele:

- Schmier- und Schweigegeldvereinbarungen (vgl. auch Art. 4a UWG).
- Geschäfte betreffend die Sexualsphäre? Wohl heute lediglich höchstpersönlicher Bereich (vgl. hinten, Persönlichkeitsrechtswidrigkeit)
- Einwirkung auf Versteigerung (Art. 229 f. OR).
- Verleitung zum Vertragsbruch (vgl. Art. 4 lit. a UWG).
- Erhebliches Missverhältnis der vertraglichen Leistungen (vgl. auch Art. 21 OR)?

Abweichende Terminologie und Verletzungen der Persönlichkeit

Eine andere Lehrmeinung erfasst unter dem Begriff der Sittenwidrigkeit nur die Verstösse gegen die konsensfähige Konventionalethik. Die der Gesamtrechtsordnung immanenten Prinzipien werden als selbständige Kategorie behandelt, welche in Art. 19 Abs. 2 OR mit dem Begriff der "öffentlichen Ordnung" angesprochen wird. Bezüglich der Widerrechtlichkeit werden Verstösse gegen Rechtsnormen sowohl des Privatrechts als auch des öffentlichen Rechts unter die "unabänderlichen Vorschriften" (Art. 19 Abs. 2 OR) subsumiert.

Demgegenüber wird hier (wie erwähnt) unter dem Begriff "öffentliche Ordnung" der Verstoß gegen Rechtsnormen des öffentlichen Rechts verstanden, der Begriff "unabänderliche Vorschrift" somit nur auf zwingende Privatrechtsnormen bezogen. Die der Gesamtrechtsordnung immanenten Prinzipien bilden Teil der guten Sitten.

Teilweise werden unter dem Aspekt der Sittenwidrigkeit auch Verletzungen der Persönlichkeit nach Art. 27 Abs. 2 ZGB behandelt. Dafür spricht, dass in Art. 27 Abs. 2 ZGB selbst die Sittlichkeit als Massstab herangezogen wird. Das Bundesgericht unterscheidet hingegen seit dem Jahr 2002 zwischen der Sittenwidrigkeit und der Persönlichkeitsrechtswidrigkeit. (BGE 129 III 209 E. 2.2) Bei Verstößen gegen das Persönlichkeitsrecht stützt es sich seither direkt auf Art. 27 ZGB. Aufgrund der Besonderheiten mit Bezug auf die Rechtsfolgen wird die

Persönlichkeitsrechtswidrigkeit dem Bundesgericht folgend in einem eigenen Abschnitt behandelt.

Schmier- und Schweigegeldvereinbarungen

- Schmiergeldvertrag
 - Sittenwidrig ist das Schmiergeldversprechen (die Privatbestechung ist in Art. 4a UWG geregelt),
 - Nicht sittenwidrig ist der durch Schmiergelder erwirkte Vertrag (BGE 129 III 320 E. 5.2).
- Schweigegeldvertrag (vgl. BGE 123 III 101):
 - Unzulässig: Jemand bedingt sich für die Unterlassung einer Strafanzeige oder den Rückzug eines Strafantrags einen Vorteil aus, der ihm nicht gebührt (sog. verpönte Kommerzialisierung).
 - Zulässig ist ein solcher Vertrag nur, wenn die versprochene Leistung Ersatz für den aus der Straftat erwachsenen Schaden darstellt.
 - In gleicher Weise kann der entgeltliche Rechtsmittelverzicht im Bauverfahren sittenwidrig sein (vgl. bspw. BGE 139 II 363 E. 2.5).

Einwirkung auf Versteigerung

Geschäfte, die eine Versteigerung (Art. 229 ff. OR) erheblich verfälschen (zur Möglichkeit der Anfechtung einer auf solche Weise beeinflussten Versteigerung vgl. Art. 230 OR):

- pactum de non licitando: Versprechen gegenüber einem Mitbietenden, gegen Entschädigung vom Bieten Abstand zu nehmen bzw. nicht über einen bestimmten Betrag zu bieten.
- pactum de licitando: Vertrag zwischen dem Versteigerer und einem Scheinbieter, wonach ein allfälliger Zuschlag den Scheinbieter nicht verpflichtet.

Verletzung vertraglicher Rechte Dritter

Verletzt ein Vertrag die vertraglichen Rechte Dritter, so ist dies nicht widerrechtlich, kann aber bei Vorliegen qualifizierter Umstände sittenwidrig sein. Ungültigkeit (allerdings nicht i.S.v. Nichtigkeit, sondern i.S. einer parteiinternen Unwirksamkeit) ist auch anzunehmen, wenn beide Vertragsparteien des zweiten Vertrags durch den verletzten ersten Vertrag gebunden waren (vgl. BGE 114 II 329).

Bei Verleitung zum Vertragsbruch kann zudem der Tatbestand der unerlaubten Handlung (Art. 41 OR) erfüllt sein: Der Anstifter muss den Schaden ersetzen, den der Vertragspartner des Angestifteten durch den Vertragsbruch erleidet.

Lehre und Praxis sind allerdings zurückhaltend:

- Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR wird i.d.R. verneint. Immerhin kann sie sich aus einem Verstoss gegen Art. 4 lit. a UWG ergeben.
 - Ein Verstoss gegen die "guten Sitten" i.S.v. Art. 41 Abs. 2 OR liegt nur unter
-

besonderen Umständen vor.

Erhebliches Missverhältnis zwischen den vertraglichen Leistungen

Ein Teil der Lehre geht von der Sittenwidrigkeit entsprechender Verträge aus. Dies ist abzulehnen, da Art. 21 OR diese Fälle abschliessend regelt.

Beachtenswert ist in diesem Zusammenhang die Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs, wonach eine Bürgschaft bei grobem Missverhältnis zwischen Verpflichtung und Leistungsfähigkeit des geschäftsunerfahrenen, ohne Eigeninteresse handelnden Bürgen (insbesondere eines einkommens- und vermögenslosen Familienmitglieds) sittenwidrig sein kann.

3.1.3.1. Exkurs: Verletzung von ausländischem Recht

- Bei Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts ist ein Verstoss gegen ausländisches öffentliches Recht nicht widerrechtlich.
- Der Verstoss gegen ausländisches öffentliches Recht kann aber sittenwidrig sein, wenn die Norm von derartiger Tragweite ist, dass eine Duldung ihrer Verletzung auch im Inland geeignet wäre, eine "dem Gemeinwohl gefährliche Verwirrung und Verwilderung der sittlichen Begriffe" hervorzurufen.

Beispiele:

- Ausländische Bestimmungen zur Bekämpfung des "Rauschgift- und Mädchenhandels", so BGE 76 II 33, E. 8.
- Erlasse zur Verhinderung von Waffenlieferungen in Krisengebiete (BGer 4C.172/2000 vom 28. März 2001, E. 5d).
- Bestimmungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei, nicht aber bei allgemeinen Devisenhandelsbeschränkungen (BGE 76 II 33, E. 8).

Problematische Zurückhaltung: In einer zusehends internationaleren Welt sollte dies eigentlich keine Rolle mehr spielen (home country control).

Bei Anwendbarkeit von ausländischem Privatrecht (und damit auch seiner zwingenden Normen) bestimmt dieses auch die Rechtsfolge des Verstosses. Ob ausländisches Recht anwendbar ist, ergibt sich aus dem IPRG (ordentliche Verweisung oder Art. 19 IPRG).

3.1.3.2. Exkurs:
Naturalobligationen

Begriff

Eine Forderung ist erfüllbar, aber nicht durchsetzbar (vgl. Art. 513 OR, Art. 514 OR; nicht zu verwechseln mit der sachenrechtlichen Realobligation).

Grundlage: Gesellschaftspolitische oder soziale Überlegungen. Faktisch begründen Naturalobligationen eine Pflicht zur Vorauszahlung (simple und wirksame Warnfunktion).

Tendenz zu differenzierenden Lösungen. Vgl. auch Art. 406a ff. OR und Art. 515a OR.

3.1.4. Rechtsfolgen

Grundsatz:

- Unmöglichkeit, Widerrechtlichkeit und Unsittlichkeit führen zu Nichtigkeit (Art. 20 Abs. 1 OR).

Ausnahme:

- Teilnichtigkeit, d.h. nur die mangelhaften Bestandteile des Vertrages sind nichtig (Art. 20 Abs. 2 OR).

3.1.4.1. Nichtigkeit

Nichtigkeit und deren Folgen

Klassischer Nichtigkeitsbegriff der herrschenden Lehre:

Die Nichtigkeit

- wirkt ex tunc,
- ist unheilbar,
- ist von Amtes wegen zu beachten und
- kann von jedermann jederzeit geltend gemacht werden.

Ausnahme: Bei nichtigen Dauerschuldverhältnissen, die bereits ganz oder teilweise abgewickelt wurden, wird aus Praktikabilitätsgründen anstelle der Nichtigkeit mit Wirkung "ex tunc" von einer Kündigung mit Wirkung "ex nunc" ausgegangen.

Voraussetzungen für die Nichtigkeit bei Widerrechtlichkeit (BGE 134 III 438 E. 2.2; 129 III 209 E. 2.2)

- Rechtsfolge der Nichtigkeit ist ausdrücklich gesetzlich vorgesehen oder
- ergibt sich aus Sinn und Zweck der verletzten Norm

Problempunkte:

- Rückabwicklung
 - Anwendungsbereich von Art. 66 OR?
-

- Zeitliche Schranken?

Rückabwicklung

Ist der Vertrag nichtig und deshalb unwirksam, so sind allfällige Leistungen aus dem nichtigen Vertrag ohne gültigen Rechtsgrund erfolgt. Der Vertrag ist rückabzuwickeln:

Rückabwicklung des nichtigen Vertrages:

- Erbrachte Leistungen können mit Vindikation (Art. 641 Abs. 2 ZGB) und Bereicherungsausgleich zurückverlangt werden (Art. 62 OR).
- Der Verknüpfung der gegenseitigen Leistungen beim zweiseitigen Rechtsgeschäft ist auch im Falle der Rückabwicklung zufolge Unverbindlichkeit Rechnung zu tragen; es gilt mit anderen Worten die Verpflichtung der Parteien zur Rückerstattung der empfangenen Leistungen "Zug um Zug" im Sinne von Art. 82 OR (BGE 111 II 195).

Vindikation und Bereicherungsanspruch

Je nach Art des Verfügungsgeschäfts erfolgt die Rückabwicklung des Vertrages über:

- Eigentumsklage auf Herausgabe der geleisteten Sache (Art. 641 Abs. 2 ZGB)
- Grundbuchberichtigungsklage (Art. 975 ZGB)
- Bereicherungsklage (Art. 62 OR)

Die Vindikation verdrängt den Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (BGE 110 II 228 E. 7d).

Begrenzung der Rückforderung durch Art. 66 OR

Art. 66 OR schliesst bei eine Rückforderung für Leistungen aus, die in der Absicht erbracht wurden, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen.

Eine extensive Auslegung dieser Bestimmung hätte zur Folge, dass jede auch noch so marginale Verletzung zwingender Bestimmungen zum Ausschluss des Rückforderungsanspruches führen würde.

In einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung zu Art. 66 OR geändert und klargestellt, dass der eigentliche Zweck der Bestimmung darin besteht, die Anstiftung oder Belohnung eines rechts- oder sittenwidrigen Handelns durch den Ausschluss der Rückforderbarkeit zu sanktionieren. Nach dieser geänderten Rechtsprechung ist die Rückforderung nach Art. 66 OR nur ausgeschlossen, wenn die Leistungen zur Anstiftung oder Belohnung eines rechts- oder sittenwidrigen Verhaltens im Sinne eines Gaunerlohns erfolgen (vgl. BGE 134 III 438 E. 3.2)

Zeitliche Schranken

Die Nichtigkeit kann jederzeit geltend gemacht werden. Die Berufung auf Nichtigkeit unterliegt keiner Verjährungsfrist.

Die Rückabwicklung des Vertrages kann jedoch zeitlichen Schranken unterliegen:

- Ersitzung von Mobilien (Art. 728 ZGB)
- Ersitzung von Immobilien (Art. 661 ZGB)
- Verjährung des Bereicherungsanspruchs (Art. 67 OR)

Relativierter Nichtigkeitsbegriff

Ein Teil der Lehre vertritt die Auffassung, dass Art. 20 OR ein flexibler, relativierter Nichtigkeitsbegriff zugrunde gelegt werden soll. Die Relativierung betrifft insbesondere folgende Elemente:

- Beschränkung des Klägerkreises nach Massgabe des Schutzzwecks der Norm
- Variabler Zeitpunkt des Einsetzens der Nichtigkeit
- Die Rückabwicklung des bereits teilweise erfüllten Vertrages sollte nur insoweit erfolgen, als dies der Schutzzweck der verletzten Norm erfordert.

3.1.4.2. Teilnichtigkeit

Voraussetzungen

Voraussetzungen der Teilnichtigkeit:

- Objektive Voraussetzung: Teilmangel, d.h. der Rest des Vertrages muss alleine lebensfähig sein.
- Subjektive Voraussetzung: Hypothetischer Parteiwille, d.h. dass der Vertrag auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre. (Normative Auslegung: Massgeblich ist nicht ein empirischer Wille, sondern was die Vertragsparteien nach Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn ihnen die Teilnichtigkeit bei Vertragsabschluss bewusst gewesen wäre).

Beispiel:

Unmöglichkeit der Doppelgarage im Baurecht: Vertragsauslegung ergab, dass es den Parteien gar nicht zwingend um ein Baurecht ging, sondern nur um die Benutzung der einen Hälfte der Doppelgarage. Das BGER hat die Sache deshalb zurückgewiesen zur Abklärung nach Art. 20 Abs. 2 OR.

Rechtsfolgen

- Nur die vom Mangel betroffenen Teile des Vertrages sind nichtig.
 - Die betroffenen Abreden sind jedoch als Ganzes nichtig und lassen sich nicht weiter aufteilen.
 - Im Übrigen wird der Vertrag aufrecht erhalten, d.h., der Rest des Vertrages ist gültig (sog. "geltungserhaltende Reduktion" vgl. BGE 123 III 292, E. 2e.aa)
-

Nichtigkeitsabrede und salvatorische Klausel

Die Parteien eines Vertrages können vereinbaren, wie sich die Nichtigkeit eines bestimmten Vertragsteiles auswirkt. Eine solche Vereinbarung ersetzt die Regel von Art. 20 Abs. 2 OR.

Als salvatorische Klausel wird die Vereinbarung bezeichnet, wonach der Vertrag trotz Nichtigkeit eines Teiles weiterbestehen soll, entweder ohne den nichtigen Teil oder mit modifiziertem Inhalt.

Beispiel:

"Sollten einzelne Bestimmungen dieser Vereinbarung unwirksam oder unvollständig sein oder sollte die Erfüllung unmöglich werden, so wird hierdurch die Wirksamkeit der übrigen Teile des Vertrages nicht beeinträchtigt."

3.1.4.3. Modifizierte Teilnichtigkeit

Betrifft der Mangel bloss einzelne Teile des Vertrages, so gibt es nach dem Wortlaut von Art. 20 Abs. 2 OR nur zwei mögliche Rechtsfolgen:

- Teilnichtigkeit, d.h., die Nichtigkeit bezieht sich auf einen Teil des Vertrages, im Übrigen gilt der Vertrag unverändert.
- Ganznichtigkeit, d.h., der Vertrag ist ganz nichtig, obwohl der Mangel nur einen Teil des Vertrages betrifft.

Lehre und Rechtsprechung anerkennen daneben auch eine dritte Möglichkeit: Die Parteien hätten anstelle des nichtigen Teil eine andere Regel vereinbart und den Vertrag mit dieser Ersatzregel geschlossen (sog. modifizierte Teilnichtigkeit).

Begriff

Wenn den Parteien die Nichtigkeit ihrer Vereinbarung bewusst gewesen wäre, hätten sie den Vertrag nicht nur überhaupt nicht (Gesamtnichtigkeit) oder ohne die nichtigen Klauseln (Teilnichtigkeit) abschliessen können, sondern auch mit einem anderen Inhalt (modifizierte Teilnichtigkeit).

In diesen Fällen wird dem Willen der Parteien sowie dem Zweck von Art. 20 Abs. 2 OR, einen an einem Teilmangel leidenden Vertrag möglichst aufrechtzuerhalten, am besten Rechnung getragen, wenn der Vertrag mit demjenigen Inhalt aufrecht erhalten wird, der dem hypothetischen Parteiwillen entspricht.

Referenzpunkt ist der Vertragsinhalt, welchen vernünftige und korrekt handelnde Parteien unter Berücksichtigung der damaligen Umstände und Interessenlage anstelle des mangelhaften Vertragsteiles vereinbart hätten. Nicht massgeblich ist der empirische Wille, den die Parteien wirklich gehabt hätten.

Gesetzliche Ersatzregel

Liegt Teilnichtigkeit wegen einer Verletzung von zwingendem Privatrecht vor, tritt die zwingende Gesetzesregel an die Stelle der nichtigen Vertragsklausel. Auf den hypothetischen Parteiwillen ist nicht abzustellen; insbesondere stellt sich auch nicht die Frage, ob der Vertrag ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht abgeschlossen worden wäre.

Ist eine Vertragsbestimmung nichtig und sieht das Gesetz eine dispositive Regel vor, so tritt diese an die Stelle der nichtigen Bestimmung. Auch hier ist nicht auf den hypothetischen Parteiwillen abzustellen.

Die Frage ist allerdings umstritten. Kramer, der auch in den Fällen einer gesetzlichen Ersatzregel auf den hypothetischen Parteiwillen abstellen will, weist darauf hin, dass die Situation, in welcher sich Parteien über einen Vertragspunkt konkret Gedanken gemacht haben, nicht mit der Situation zu vergleichen sei, in welcher von vornherein keine Abrede getroffen wurde.

Reduktion auf das erlaubte Mass

Liegt eine einzelne übermässig bindende Vertragsabrede vor, bspw. hinsichtlich Dauer oder Leistungshöhe, so wird der Vertrag auf das erlaubte Mass reduziert.

Dies ist ein Anwendungsfall der modifizierten Teilnichtigkeit.

Beispiel Bierlieferungsvertrag:

- Auslegung führt zur Feststellung, dass die Parteien von einer Amortisationsdauer von 20 Jahren ausgingen.
- Ersatzregel: Vertrag gilt nicht unbegrenzt, sondern ist auf 20 Jahre abgeschlossen.

3.2. Persönlichkeitsrechtswidrigkeit

Persönlichkeitsrechtswidrigkeit im Besonderen

Das Bundesgericht unterstellt in der neueren Rechtsprechung übermässige und damit persönlichkeitsrechtswidrige Verträge nicht mehr der (Teil-)Nichtigkeit nach Art. 20 Abs. 1 OR, es sei denn, der höchstpersönliche Kernbereich einer Person ist betroffen. Es leitet vielmehr die Rechtsfolge übermässiger Freiheitsbeschränkungen allein aus Art. 27 Abs. 2 ZGB ab (BGE 129 III 209 E. 2.2; BGE 143 III 480, E. 4.2)

3.2.1. Konzept

Beschränkung der persönlichen Freiheit nach Art. 27 ZGB:

- Eine Verletzung von Art. 27 Abs. 1 ZGB kommt praktisch selten vor (vgl. aber BGE 108 II 405: Das Versprechen, einen Erbvertrag abzuschliessen)
- Praktisch bedeutsam ist v.a. Art. 27 Abs. 2 ZGB

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes werden die Persönlichkeitsrechte durch ein zweiteiliges Konzept geschützt:

- Inhaltsschranke:
 - Im Kernbereich der Persönlichkeitsrechte bildet Art. 27 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 19 Abs. 2 OR und Art. 20 Abs. 1 OR (Widerrechtlichkeit/Sittenwidrigkeit) eine Inhaltsschranke.
- Durchsetzungsschranke:
 - Ausserhalb des Kernbereichs der Persönlichkeitsrechte gibt Art. 27 Abs. 2 ZGB der Vertragspartei, in deren höchstpersönliche Rechte die Vereinbarung eingreift bzw. die durch die Vereinbarung übermässig gebunden ist, eine Einrede, die sie dem Anspruch der Gegenpartei auf Durchsetzung der Vereinbarung entgegensetzen kann.

3.2.1.1. Bindung im höchstpersönlichen Bereich

Beispielsweise kann sich jemand bereit erklären, unentgeltlich - aber unter Aufwendungsersatz - Knochenmark zu spenden. Problematisch ist nicht die Leistung, da diese nicht per se widerrechtlich oder sittenwidrig ist.

Problematisch ist hingegen die vertragliche Bindung. Verträge sind grundsätzlich zu erfüllen (pacta sunt servanda), aber ein Eingriff in höchstpersönliche Rechte kann nicht zwangsweise durchgesetzt werden.

Weitere Beispiele:

- Verpflichtung keine Ehe einzugehen (Zölibatsklausel)
- Verpflichtung zur Unterlassung einer Scheidungsklage
- Verpflichtung zur (unentgeltlichen) Samen- oder Organspende
- Verpflichtung, die Konfession zu wechseln
- Verpflichtung empfängnisverhütende Mittel einzugehen (vgl. BGH Urteil vom 17. April 1986, [BGHZ 97, 372 ff.]

Ist die Leistung erbracht worden, darf die Gegenleistung oder mindestens eine Unkostenentschädigung entgegengenommen und behalten werden. Eine zwangsweise Durchsetzung müsste diesbezüglich möglich sein.

Art. 27 Abs. 2 ZGB muss eng verstanden werden, mit der Konsequenz, dass sich das entsprechende Hindernis auf die direkt betroffene Leistung beschränkt und dass es auch wieder wegfallen kann.

Geschäfte betreffend Sexualsphäre

BGer_572/2020 vom 8. Januar 2021 (Publikation vorgesehen), E. 7.2:

- Der Vertrag über die entgeltliche Erbringung von sexuellen Dienstleistungen widerspricht offensichtlich nicht in jeder Hinsicht den ethischen Prinzipien und Wertmassstäben, welche die Gesamtrechtsordnung beinhaltet.
- In Anbetracht dessen lässt es sich nicht mehr aufrecht erhalten, den Vertrag zwischen der sich prostituierenden Person und ihrem Kunden uneingeschränkt als sittenwidrig zu würdigen.

A.M. Gauch/Schlupe/Schmid: pretium stupri!

Sieht man in der Prostitution keinen Verstoß gegen die kollektiven Moralvorstellungen mehr, so ändert sich die Fragestellung:

Kann sich jemand zu sexuellen Dienstleistungen verpflichten?

Sicher nicht im Voraus: Art. 27 Abs. 2 ZGB.

Kann sich jemand verpflichten, für sexuelle Dienstleistungen zu bezahlen?

Behandelt man den Fall ausschliesslich auf der Grundlage von Art. 27 Abs. 2 ZGB, so spricht nichts dagegen. Es besteht ebenso klar keine Obliegenheit, die Leistung zu konsumieren und damit auch keine Möglichkeit, bei Verweigerung der Mitwirkung dennoch die Bezahlung durchzusetzen.

Könnte ein im Voraus bezahltes Entgelt bei Nicht-Konsum zurückgefordert werden?

Tendenziell ja, da eben kein sittenwidriger Zweck.

3.2.1.2. Übermass an Bindung

Ob eine vertragliche Bindung ein Übermass nach Art. 27 Abs. 2 ZGB enthält, entscheidet das Gericht nach den Umständen des konkreten Einzelfalls.

Beispiele:

- Übermässiges Konkurrenzverbot (Art. 340 OR, Art. 340a Abs. 1 OR)
- Verträge auf übermässig lange Zeit (vgl. Art. 334 Abs. 3 OR), v.a. ewige Verträge (vgl. BGE 114 II 159)
- Sperrklauseln für Fussballspieler, vgl. BGE 102 II 211

Für die Beurteilung des Vorliegens einer übermässigen Bindung i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB gelten folgende Beurteilungskriterien:

- Intensität der Bindung
- Dauer der Bindung
- Angemessenheit der Gegenleistung
- Mass der Fremdbestimmtheit

Beschränkungen der wirtschaftlichen Freiheit:

- Geht es um die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung, wird ein Verstoß gegen Art. 27 ZGB nur mit Zurückhaltung angenommen
- Eine übermäßige Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit ist in folgenden Fällen ausnahmsweise zu bejahen:
 - Vereinbarung setzt Verpflichteten der Willkür eines anderen aus
 - Vereinbarung hebt wirtschaftliche Freiheit auf
 - Beschränkung gefährdet wirtschaftliche Existenz des Verpflichteten

Beurteilungszeitpunkt:

- Massgeblich ist gemäss Bundesgericht der Zeitpunkt der Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts aufgrund der übermäßigen Bindung
- D.h. nach Vertragsschluss eingetretene Umstände können berücksichtigt werden

3.2.2. Rechtsfolgen

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)

4. Übungsfälle

Übungsfälle

Übungsfälle zur Widerrechtlichkeit und Sittenwidrigkeit:

- IK OR AT, HS 2017, Fall 2
 - IK OR AT, HS 2016, Fall 2
 - IK OR AT, HS 2015, Fall 2
-