

Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge

Prof. Dr. iur. Peter Gauch
Universität Freiburg/Schweiz

Publiziert in: Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001, S. 209 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

**I. Einleitung, II. Auslegung,
III. Ergänzung, IV. Anpassung,
V. Nachdenkliches**

I. Einleitung

1. [209] Dass ich am Symposium, das in diesem Sammelband nachwirkt, überhaupt sprechen durfte, verdanke ich dem **Zürcher Kommentar zu Art. 18 OR**, den PETER JÄGGI begonnen hat und den ich nach seinem Tod (1975) beendet habe. Was darin von PETER JÄGGI stammt und was von mir, weiss ich heute nicht mehr genau. Die Entwürfe sind in den Abgründen meiner Papiere verschwunden. Blicke ich indes zurück, so ist meine Arbeit mit seiner Arbeit zusammengeflossen, wobei ich nicht ausschliessen will, dass ich das, was er hinterliess, da und dort auch in meinem Sinn veränderte. „So viel stärker war in der Jugend der Trieb, selbst zu leuchten, als der, im Lichte zu sehen“.¹

Wie dem auch immer sei, – der Kommentar brachte mich auf die Rednerliste; und das wiederum hat mich „verpflichtet“, meine vorgetragenen Gedanken im Nachhinein niederzuschreiben, woraus **der vorliegende Beitrag** entstanden ist. Darin geht es um die Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge, wobei ich vor allem die Schuldverträge vor Augen habe. Behandelt wird die Rechtslage nach schweizerischem Recht, jedoch unter Ausschluss des [210] Wiener Kaufrechts. „An der Schwelle zum einundzwanzigsten Jahrhundert“ beabsichtige ich, eine kurze Standortbestimmung vorzunehmen.

2. Lehre und Rechtsprechung zum angezeigten Thema, die sich zirkulär zusammenschliessen, sind voller **Merkwürdigkeiten**, welche sich im Laufe vergangener Epochen angesammelt haben. Bisweilen erinnern sie mich an jene „Rumpelkammern alter Leute...“, deren Geheimnisse nur ihnen allein bekannt sind“². Jedenfalls aber sind sie „unerschöpflich“. Auch wenn dieser Ausdruck übertrieben klingt, wie das meiste, das wir zu unserer Entschuldigung vorbringen, bleibt mir, um mit meinem Unterfangen fertig zu werden, nichts anderes übrig, als eine Auswahl zu treffen.

Meinen Assistenten und meiner Assistentin danke ich für die vorbereitende und korrigierende Mithilfe bei der Abfassung des Textes. Hätte ich alle ihre Verbesserungsvorschläge berücksichtigt, ich wäre völlig aus meinem Geleise geraten!

¹ ROBERT MUSIL, Der Mann ohne Eigenschaften I, Reinbek bei Hamburg 1987, S. 57.

² JEAN-DOMINIQUE BAUBY, Schmetterling und Taucherglocke, Wien 1997, S. 45 f.

Ausserdem ist unausweichlich, dass ich unter dem starken Einfluss meiner eigenen Vorarbeiten stehe, nachdem ich zum gleichen Thema schon im Kommentar zu Art. 18 OR und auch nachher wieder geschrieben habe³, was in diesem Beitrag zu einer *Häufung von Selbstzitat*⁴ führt. Das allerdings heisst nicht, dass ich die „selbstzitierten“ Gedanken als ureigene Erfindung in Anspruch nehme, da ja praktisch alles, was man schreibt, die Spuren der Vorgänger⁵ trägt.⁶ Und noch weniger heisst dies, dass ich meine „Einsichten“ als die „objektiv“ richtigen betrachte. Wo ich von einer „richtigen“ oder „unrichtigen“ Ansicht spreche, meine ich nur, dass ich sie nach meinem momentanen Erkenntnisstand für „richtig“ oder „unrichtig“ halte. Damit umgehe ich auch „diese schreckliche Frage, wer ein für und allemal im Recht ist“⁷, welche die juristische Diskussion über weite Strecken hin beherrscht. Überhaupt bin ich mit PAUL FEYERABEND der Überzeugung, dass jede Idee ihre positiven Seiten hat.⁸

In der *äusseren Abfolge* meines Beitrages spreche ich zunächst von der Auslegung, dann von der Ergänzung und darauf von der Anpassung der Verträge. Am Ende finden sich einige Gedanken, die mir im Laufe der Niederschrift durch den Kopf gegangen sind, und die ich unter dem Titel „Nachdenkliches“ zusammenfasse. Zunächst aber zur Auslegung:

II. Die Auslegung des Vertrages

1. [211] Verträge werden vielseitig ausgelegt: Durch die Parteien selber, durch ihre Vertreter, durch ihre Anwälte, durch Gutachter und Richter. Im hier verstandenen Sinne meine ich mit der Vertragsauslegung nur **die Auslegung des Vertrages durch den Richter**⁹. Durch sie ermittelt das Gericht den ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarten Inhalt des Vertrages, soweit dieser unter den Prozessparteien streitig ist.¹⁰ Lässt sich im Prozess feststellen, was die Parteien mit ihrem Erklärungsverhalten bei Vertragsabschluss wirklich und übereinstimmend gewollt haben¹¹, so bestimmt sich der vereinbarte Vertragsinhalt nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien (Art. 18 OR), was als „*subjektive*“ Auslegung bezeichnet wird.¹² Soweit ein solcher Wille sich nicht feststellen lässt, kommt es auf den „*mutmasslichen Willen*“ der Parteien an¹³, der durch eine „*objektive*“ („*objektivierte*“, „*normative*“) Ausle-

³ Ich verweise namentlich auf GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, jetzt 7. Aufl., Zürich 1999: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Band I und GAUCH/SCHLUEP/REY, Band II.

⁴ Zu den Selbstzitat

⁵ Bei mir sind es im vorliegenden Zusammenhang vor allem auch die Spuren von PETER JÄGGI.

⁶ PAUL FEYERABEND, Irrwege der Vernunft, Frankfurt 1989, S. 456.

⁷ HEINZ VON FOERSTER, Wahrheit ist die Erfindung eines Lügners, 3. Aufl., Heidelberg 1999, S. 23.

⁸ PAUL FEYERABEND, zit. in Anm. 6, S. 456.

⁹ Das Wort „*Richter*“ verstehe ich im Sinne eines generischen Maskulins, das auch *die Richterin* einschliesst.

¹⁰ Der *Auslegungsstreit*, um den es hier geht, bezieht sich nicht auf das Zustandekommen des Vertrages, sondern auf seinen Inhalt. Zwar kann er Teil eines umfassenderen Streites sein, der auch noch das Zustandekommen des Vertrages oder dessen Geltung betrifft. In vielen Fällen aber streiten die Parteien nur um den Inhalt des als zustande gekommen und gültig vorausgesetzten Vertrages. In diesen Fällen spricht man von einem *reinen* Auslegungsstreit. Zum Ganzen vgl. ZR 88, 1989, S. 312; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZK N 172 zu Art. 1 OR; JÄGGI/GAUCH, ZK N 324 ff. zu Art. 18 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, zit. in Anm. 3, Nr. 1196 ff.

¹¹ Mit der Bezugnahme auf das „*Erklärungsverhalten*“ möchte ich daran erinnern, dass ein zwar „*innerer*“ Wille der Parteien, der aber nicht manifestiert wurde, bei aller Übereinstimmung nicht ausreicht, um Vertragswirkung zu entfalten. Das ist nie streitig gewesen und wird im Folgenden als selbstverständlich vorausgesetzt.

¹² Vgl. z.B. BGE 118 II 365; 121 III 123; 125 III 308; BGr Semjud 2000 I, S. 308.

¹³ Vgl. BGE 118 II 366; 121 III 123; 122 III 429; 125 III 308; BGr Semjud 2000 I, S. 308.

gung ermittelt wird.¹⁴ Diese Auslegung stellt darauf ab, was vernünftig und korrekt (redlich) handelnde Parteien durch die Verwendung der zum Vertragsabschluss gebrauchten Worte und ihr sonstiges Verhalten unter den gegebenen (auch persönlichen) Umständen ausgedrückt und folglich gewollt haben würden.¹⁵ „Während das Bundesgericht die objektivierte Auslegung als Rechtsfrage prüfen kann, beruht die subjektive Vertragsauslegung auf Beweiswürdigung, die vorbehaltlich der Ausnahmen von [212] Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG der bundesgerichtlichen Überprüfung im Berufungsverfahren entzogen ist.“¹⁶

2. Die so verstandene Auslegung, durch die der Richter im Streitfall den vereinbarten Vertragsinhalt und damit die vereinbarten Vertragsregeln autoritativ (kraft seiner „Interpretationshoheit“) ermittelt, vollzieht sich nach einer bestimmten **Methode**: Durch Anwendung von Auslegungsmitteln und Auslegungsregeln.

a. Zu den *Auslegungsmitteln* zählen der Wortlaut des Vertrages, der allgemeine Sinngehalt eines sozial-typischen Verhaltens, der systematische Zusammenhang und weitere Umstände, die einen Rückschluss auf den Willen der Parteien erlauben.¹⁷ Die *Auslegungsregeln* sind zum Teil gesetzliche Regeln, die im Sinne einer Vermutung den genaueren Sinn bestimmter Worte (z.B. Art. 76 OR), bestimmter Abreden (z.B. Art. 77 und Art. 220 OR) oder eines bestimmten Verhaltens (z.B. Art. 481 Abs. 2 OR) festlegen.¹⁸ Zur Hauptsache aber sind sie allgemeine Regeln, die sich in Lehre und Rechtsprechung herausgebildet haben. Die *Grundregel* weist den Richter an, den Vertrag „ex tunc“ auszulegen, indem er sich geistig in die Zeit des Vertragsabschlusses und die damalige Lage der Parteien zurückversetzt. Dass ihm dies freilich immer nur unvollständig gelingen kann, versteht sich schon aus der Tatsache, dass der Vergangenheitsbezug eine Konstruktion ist¹⁹, da jeder Betrachter das Vergangene bloss aus seiner eigenen und jetzigen Sicht erkennt.

b. Das *spätere Verhalten der Parteien*, namentlich ihre Erfüllungshandlungen, sind für die Auslegung des früher abgeschlossenen Vertrages nur insofern bedeutsam, als sie einen Rückschluss auf den damals vereinbarten Vertragsinhalt erlauben.²⁰ Durch die Anwendung dieses Auslegungsmittels setzt der Richter das spätere Verhalten der Parteien in einen kausalen Zusammenhang mit dem bei Vertragsabschluss Vereinbarten, was er jedoch nur mit Zurückhaltung tun darf, weil ein solcher Zusammenhang von *ihm* geschaffen wird und keine [213] Notwendigkeit hat. Denn erstens stimmt das, was die Parteien vereinbart haben, nicht in allen Fällen überein mit dem, was sie sich später als vereinbart vorstellen.²¹ Und zweitens ist die spätere Vorstellung des Vereinbarten nicht der einzig mögliche Beweggrund, woraus die Par-

¹⁴ Vgl. z.B. BGE 121 III 123; BGr Semjud 2000 I, S. 308.

¹⁵ JÄGGI/GAUCH, ZK N 342 zu Art. 18 OR; WIEGAND, BasK 2. Aufl., N 13 zu Art. 18 OR; vgl. auch OFTINGER, ZSR 58, 1939, S. 186.

¹⁶ BGE 121 III 123.

¹⁷ Dazu gehören insbesondere die Vertragsverhandlungen, die Begleitumstände des Vertragsabschlusses, die Interessenlage der Parteien und der Vertragszweck.

¹⁸ JÄGGI/GAUCH, ZK N 412 zu Art. 18 OR.

¹⁹ NIGGLI, Menschliche Ordnung, Basel 2000, S. 390.

²⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, zit. in Anm. 3, Nr. 1223; BGE 107 II 418. Von der Auslegung des früher abgeschlossenen Vertrages zu unterscheiden ist die ganz andere Frage, ob die Parteien durch ihr späteres Verhalten den früheren Vertrag stillschweigend abgeändert haben. Im Streitfall ist diese Frage durch Auslegung des späteren Verhaltens zu entscheiden.

²¹ Vgl. auch WIEGAND, BasK 2. Aufl., N 29 zu Art. 18 OR, a.E.

teilen sich in einer bestimmten Weise verhalten.²² Das besagt freilich nicht, dass ihr Verhalten sinnlos ist, sondern nur, dass dieser Sinn jenseits des vorgestellten Vereinbarten liegt.

Wie weit die Richter sich der geschilderten Sachlage bewusst sind, vermag ich nicht abzuschätzen. Was mich aber beunruhigt, ist der Satz des Bundesgerichts, das nachträgliche Verhalten der Parteien lasse, wenn überhaupt, immer nur darauf schliessen, was die Parteien bei Vertragsabschluss tatsächlich (übereinstimmend wirklich) gemeint hätten.²³ Zwar trifft es zu und ist evident, dass das nachträgliche Verhalten keinen Vertrauenstatbestand zu begründen vermag, der rückwirkend schon im früheren Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestanden hat.²⁴ Das aber zwingt, wie ich es sehe, keineswegs zum Schluss, den das Bundesgericht zieht. Denn das, was die Parteien sich bei ihrem späteren Verhalten als vereinbart vorstellen, braucht nicht auf der Vorstellung eines übereinstimmenden wirklichen Vertragswillens zu beruhen, sondern kann sich ebenso gut aus einer Selbstausslegung des Vertrages ergeben, die sich an Treu und Glauben orientiert. Diese Möglichkeit ist ebenfalls in Betracht zu ziehen, auch wenn der Richter in einem darauffolgenden Auslegungstreit an die vorherige Selbstausslegung der Parteien nicht gebunden ist.

3. Die bisherigen Ausführungen enthalten eine Kurzbeschreibung der richterlichen Vertragsauslegung und ihrer Methode. Im Folgenden will ich nun **einige Sonderfragen** herausgreifen, um sie etwas eingehender zu erörtern. Es handelt sich um:

a. *Die objektive Auslegung.* Sie ist „objektiv“ allein in dem Sinne, als sie nicht auf den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien zur Zeit des Vertragsabschlusses abstellt. Statt sich nach einem solchen Willen zu richten, bestimmt hier der Richter „normativ“ und damit wertend, was nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) als vereinbart gilt. Die Vorstellung, von der er sich dabei leiten lässt, ist der „*mutmassliche* Vertragswille“ der Parteien, die er sich, [214] bezogen auf den Abschluss des Vertrages, als vernünftig und korrekt (redlich) handelnde Vertragsparteien denkt. Der gleiche Gedanke wird ausgedrückt durch das Erfordernis, der Richter habe den Vertrag im Hinblick auf ein „sachgerechtes“ Ergebnis²⁵, oder nach dem „Vertrauensprinzip“²⁶ auszulegen. Das zuletzt genannte Prinzip, das von der Rechtsprechung im Zusammenhang mit der objektiven Auslegung immer wieder angerufen wird²⁷, bezieht sich nach seinem unmittelbaren Anwendungsbereich zwar nur auf die Auslegung einer einzelnen Erklärung, die vom Standpunkt des Empfängers aus beurteilt wird. Für die objektive Auslegung von Verträgen eignet sich das Prinzip vor allem aber dann, wenn der Auslegungstreit sich praktisch auf die Auslegung einer einzelnen Vertragserklärung beschränkt, die von einer Partei ausformuliert wurde, während die andere bloss zugestimmt hat.²⁸

b. *Das Verhältnis zwischen der objektiven und der subjektiven Auslegung.* Nach geläufiger Formulierung hat die subjektive Auslegung den Vorrang.²⁹ Der vereinbarte Inhalt des Vertrages bestimme sich, wird gesagt, „in erster Linie“ durch diese Auslegung, also nach dem über-

²² Der Beweggrund für ein bestimmtes Verhalten kann namentlich auch in der Gegenwart oder in der Zukunft liegen.

²³ Vgl. BGE 107 II 418; BGr Semjud 1996, S. 553.

²⁴ Vgl. BGE 116 II 698.

²⁵ Vgl. BGE 117 II 621.

²⁶ Statt vieler: BGE 121 III 123; 122 III 429; 125 III 308; 126 III 68 und 120; BGr Semjud 2000 I, S. 308.

²⁷ Vgl. Anm. 26.

²⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, zit. in Anm. 3, Nr. 1226; weiterführend JÄGGI/GAUCH, ZK N 426 zu Art. 18 OR.

²⁹ BGE 121 III 123; 125 III 308.

einstimmenden wirklichen Parteiwillen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.³⁰ Zutreffend ist sicher, dass das übereinstimmend Gewollte, wenn es prozessual feststeht, jeder objektiven Auslegung vorgeht³¹, was im Einklang mit dem Grundgedanken des Art. 18 OR steht. Anerkannt ist aber auch, dass die Behauptungs- und Beweislast für den Bestand und den Inhalt eines übereinstimmenden wirklichen Vertragswillens bei derjenigen Partei liegen, die sich darauf beruft.³² Mit Rücksicht darauf könnte auch von einem tatsächlichen Vorrang der objektiven Auslegung gesprochen werden, da diese nur insoweit zurückzutreten hat, als ein übereinstimmender Vertragswille behauptet und bewiesen ist oder sonstwie prozessual feststeht. „Nur wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt“, formuliert das Bundesgericht in BGE 121 III 123, ist der vereinbarte Vertragsinhalt durch objektive [215] Auslegung zu ermitteln.³³ In der Entscheidungspraxis der Gerichte steht die objektive Auslegung denn auch im Vordergrund, während die subjektive Auslegung eher die Ausnahme bildet, da der Nachweis eines übereinstimmenden wirklichen Vertragswillens in aller Regel schwierig ist. Denn niemand weiss mit Sicherheit, und auch die Parteien wissen nicht, ob es eine solche Übereinstimmung je gegeben hat. Schon mit dem *eigenen* Willen (oder mit dem Willen ihres Abschlussvertreters) hat manche Partei ihre liebe Mühe. Sie korrigiert die Vergangenheit und glaubt, gewollt zu haben, was sie jetzt wollen würde oder wollen müsste, um den Streit zu gewinnen.

c. *Die Bedeutung des Wortlautes.* Soweit die Parteien sich durch Worte erklärt haben, ist der Wortlaut des Vertrages ohne Zweifel ein wichtiges Auslegungsmittel. In Lehre und Rechtsprechung wird er als primäres Auslegungsmittel aufgefasst³⁴, womit jedenfalls gemeint ist, dass es beim Wortlaut sein Bewenden hat, wenn die übrigen Auslegungsmittel nicht sicher einen anderen Schluss erlauben.³⁵ Noch weiter geht die „Eindeutigkeitsregel“, wonach die übrigen Auslegungsmittel überhaupt nur dann zur Anwendung kommen, wenn der Wortlaut nicht klar ist.³⁶

Obwohl ich kein Linguist bin, wage ich indes zu behaupten, dass der Wortlaut aus sich heraus nie „klar“ ist, ja überhaupt keinen (auch keinen „buchstäblichen“, „normalen“, „populären“ oder „fachspezifischen“) Sinn hat, weil es immer der Hörer oder Leser ist, der einem Wort oder Satz einen Sinn gibt und damit die Bedeutung einer Aussage bestimmt.³⁷ Bei der Auslegung des Vertrages mit Hilfe des Wortlautes hat der Richter nun zu versuchen, den Sinn zu ermitteln, den die vertragschliessenden Parteien den zum Vertragsabschluss verwendeten [216] Worten gaben. Da aber alles, was gesprochen oder geschrieben wird, auf vielseitige Weise verstehbar ist³⁸ und der sinnbestimmende Erfahrungsbereich der Parteien dem Richter

³⁰ BGE 121 III 123.

³¹ BGE 118 II 365 f.; 121 III 123 und 457; 123 III 39 f.

³² BGE 121 III 123.

³³ Vgl. auch BGE 118 II 365 f. Etwas ungenauer BGr Semjud 2000 I, S. 308, wo ausgeführt wird: „Lorsque le juge s’est convaincu qu’il n’est pas en mesure d’établir la volonté intime et concordante des parties, il doit rechercher leur volonté présumée ...“. – Gegenüber dieser Formulierung möchte ich meinen: Der Richter muss nicht *überzeugt* sein, dass er *nicht* in der Lage ist, einen übereinstimmenden Parteiwillen festzustellen. Vielmehr genügt die *fehlende* Überzeugung, dass ein solcher Wille *bestand*.

³⁴ Z.B. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, 2. Aufl., Bern 1997, S. 236; KRAMER, *BerK N 22 zu Art. 18 OR*; ZELLER, *Auslegung von Gesetz und Vertrag*, Zürich 1989, S. 467; BGE 117 II 622.

³⁵ BGE 117 II 622; JÄGGI/GAUCH, *ZK N 369 zu Art. 18 OR* und WIEGAND, *BasK 2. Aufl.*, N 18 zu Art 18 OR, jeweils mit zahlreichen Hinweisen.

³⁶ So: BGE 99 II 285; 101 II 331; abschwächend BGE 111 II 287.

³⁷ Das ist das hermeneutische Grundprinzip. Vgl. HEINZ VON FOERSTER, *Wahrheit*, zit. in Anm. 7, S. 100 und S. 156.

³⁸ HEINZ VON FOERSTER, *Wahrheit*, zit. in Anm. 7, S. 156.

ohnehin unzugänglich bleibt, kann die Vertragsauslegung sich nie mit dem Wortlaut allein begnügen³⁹, auch wenn die verwendeten Worte im Alltagsverkehr oder in einem besonderen Verkehrs- oder Fachkreis der beteiligten Parteien⁴⁰ zur Zeit des Vertragsabschlusses überwiegend im gleichen Sinne verstanden wurden⁴¹. Immer hat der auslegende Richter auch den Zusammenhang, in dem die Worte verwendet wurden⁴², und die anderen Auslegungsmittel einzubeziehen, soweit sie prozessual verfügbar sind. Denn nur die Berücksichtigung aller Auslegungsmittel, die der Richter in ihrem Zusammenspiel würdigt, erlaubt einen Auslegungsentscheid, der den umstrittenen Vertragsinhalt möglichst parteinah bestimmt. So gesehen leuchtet ohne weiteres ein, dass eine rein „grammatikalische“ oder „formalistische“ Auslegung unzulässig ist.⁴³

[217] Vor dem aufgezeigten Hintergrund bleibt für die Anwendung der Eindeutigkeitsregel von vornherein kein Platz⁴⁴, weil die Idee „der einen, der einzigen und wahren Bedeutung eines Textes aus einer empirischen Perspektive einfach unhaltbar ist“⁴⁵, es objektiv also keinen „eindeutigen“ Wortlaut gibt.⁴⁶ „So haben wir“ denn auch „für vieles nur ein Wort, wo wir mehrere haben sollten“⁴⁷; und alles zu sagen, was wir uns vorstellen, wenn wir etwas sagen, gelingt uns kaum, ganz abgesehen davon, dass selbst dann, wenn dies gelänge, der Hörer entschiede, welchen Sinn er dem Gesagten gäbe.

Ins Wanken gerät aber auch die Maxime, wonach es beim Wortlaut sein Bewenden hat, falls die übrigen Auslegungsmittel nicht sicher einen anderen Schluss erlauben. Denn auch diese Maxime setzt implizite voraus, dass der Wortlaut für sich allein einen Schluss erlaubt, was aber nicht zutrifft, wenn alles, was gesprochen oder geschrieben wird, auf vielseitige Weise verstehbar ist. Der Richter mag zwar versucht sein, einem bestimmten Wort oder

³⁹ So schon BGE 11, S. 399.

⁴⁰ Vgl. z.B. BGE 122 III 429.

⁴¹ Dieser Umstand ist nur ein Indiz dafür, dass auch die Vertragsparteien, welche die betreffenden Worte gehört oder gelesen haben, sie im betreffenden Sinne verstanden. Vgl. dazu JÄGGI/GAUCH, ZK N 347 ff. zu Art. 18 OR, wo allerdings verkürzt und insofern missverständlich vom „Sprachgebrauch“ gesprochen wird, der den Worten einen Sinn beilege. Mangels anderer Anhaltspunkte sei anzunehmen, dass die Parteien ein von ihnen verwendetes Wort gemäss dem allgemeinen Sprachgebrauch verwendet hätten, wobei aber ein besonderer Sinn im Verkehrskreis (namentlich Fachkreis) der Beteiligten vorgehe. Gegenüber diesen Formulierungen möchte ich nochmals klarstellen, dass ein Wort oder Satz aus sich heraus keinen Sinn hat, weil es immer der Leser oder Hörer ist, der den Worten einen Sinn gibt (vgl. oben im Text, bei Anm. 37).

⁴² Mit diesem „Zusammenhang“ meine ich vorab den systematischen Zusammenhang der einzelnen Worte oder Sätze mit dem übrigen Vertragstext (vgl. z.B. BGE 117 II 278 und 622; 122 III 429; 125 III 308), dann aber auch das weitere Umfeld ihrer Verwendung unter Einschluss der grammatikalischen Regelwelt, deren Kenntnis bei den konkret-beteiligten Parteien vorausgesetzt werden kann. Wie wichtig die Berücksichtigung des Zusammenhanges ist, belegt schon der folgende (einfache) Beispielsatz: „Das Geschäft ist am Sonntagmorgen geöffnet“. Ob das Geschäft „nur“ oder „auch“ am Sonntagmorgen geöffnet ist, erschliesst sich dem Interpreten erst durch die Berücksichtigung des Satz-Zusammenhanges.

⁴³ BGE 88 II 344 f.; 92 II 349. Missverständlich ist dagegen die Formulierung, wonach der Auslegende nicht am „buchstäblichen Sinn“ der verwendeten Worte haften darf (z.B. JÄGGI/GAUCH, ZK N 427 zu Art. 18 OR), da Worte aus sich heraus keinen (auch keinen „buchstäblichen“) Sinn haben (vgl. oben im Text, bei Anm. 37). „Unsere Buchstaben“ sind, wie LICHTENBERG formulierte, „nichts als Knoten von Linien, welche, wie man aus der Schattierung erkennt, gewisse Bänder machen“ (GEORG CHRISTOPH LICHTENBERG, Schriften und Briefe I, 6. Aufl., Frankfurt a. M. 1998, S. 92, Nr. 173).

⁴⁴ KRAMER, BerK N 47 zu Art. 18 OR; JÄGGI/GAUCH, ZK N 368 zu Art. 18 OR; WIEGAND, BasK 2. Aufl., N 25 zu Art. 18 OR. Zu einem unveröffentlichten Bundesgerichtsentscheid vgl. MÜNCH, Vertragsauslegung: Ablehnung der Eindeutigkeitsregel, ZBJV 1995, S. 241.

⁴⁵ BERNHARD PÖRKSEN, in: HEINZ VON FOERSTER, Wahrheit, zit. in Anm. 7, S. 72.

⁴⁶ Vgl. bereits GAUCH, Argumente, recht 2000, S. 92. Im Ergebnis gleich: NIGGLI, zit. in Anm. 19, S. 408; konträr: ENGEL, zit. in Anm. 34, S. 236, der die Unzweideutigkeit eines Wortlautes geradezu als den Normalfall hinstellt.

⁴⁷ GEORG CHRISTOPH LICHTENBERG, Schriften und Briefe I, zit. in Anm. 43, S. 301, Nr. 464.

einem Satz eine absolute Bedeutung beizugeben, weil *er* das Wort oder den Satz in dieser Bedeutung versteht. Dann aber begeht er den fatalen Fehler, dass er sich selbst mit *allen* verwechselt. Oder es fehlt ihm einfach an der Fähigkeit, sich anderes, was ebensogut sein könnte, vorzustellen.

d. *Die Auslegung formbedürftiger Verträge.* Nach heute herrschender Auffassung unterliegt sie den gleichen Regeln wie die Auslegung formfreier Verträge.⁴⁸ Die Auslegungs- und die Formfrage sind demnach zu trennen. Zunächst ist der formbedürftige Vertrag wie jeder andere Vertrag auszulegen, ohne dass die Formvorschrift irgendwelchen Einfluss auf die Auslegung hätte. Steht dann das Ergebnis fest, so entscheidet sich nach der einschlägigen Formvorschrift, [218] inwieweit der so ausgelegte Vertrag von der gesetzlichen Form gedeckt ist und welches die Folgen einer allfälligen Formverletzung sind.⁴⁹

Diese Trennung zwischen der Auslegungs- und der Formfrage bedeutet eine *Absage an die Andeutungstheorie*, wonach die Auslegung formbedürftiger Verträge nur so weit gehen darf, als der zu ermittelnde Wille in der formgerechten Erklärung „angedeutet“ ist, indem er darin „einen auch noch so unvollkommenen Ausdruck gefunden“ hat.⁵⁰ Die Absage fällt um so leichter, als schon die hilflos-verschwommenen Ausdrücke, deren die Theorie sich bedient, um die Grenzen der „erlaubten“ Auslegung abzustecken, zur Skepsis mahnen. Zu Ende gedacht, führt sie ausserdem zum unhaltbaren Ergebnis, dass bei formbedürftigen Verträgen keine Partei sich auf einen der Urkunde widersprechenden übereinstimmenden wirklichen Willen berufen kann (vgl. z.B. BGE 105 II 84), womit Art. 18 OR glatt aus den Angeln gehoben wird.

e. *Die Auslegung Allgemeiner Vertragsbedingungen.* Haben die Parteien Allgemeine Bedingungen als Vertragsbestandteil übernommen, was im Streitfall durch Auslegung entschieden wird, so kann sich ein weiterer Auslegungsstreit auch auf den Sinn übernommener Bedingungen beziehen. Die Auslegung solcher Vertragsbestimmungen vollzieht sich nach schweizerischer Rechtsauffassung in gleicher Weise wie die Auslegung anderer Abreden.⁵¹ Dementsprechend [219] sind sie individuell, anhand der Umstände des Einzelfalles, auszulegen⁵²,

⁴⁸ Vgl. z.B. BGE 121 III 124; 122 III 366; JÄGGI/GAUCH, ZK N 477 zu Art. 18 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, zit. in Anm. 3, Nr. 1243; KRAMER, BerK N 59 zu Art. 18 OR; SCHMID, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Diss. Freiburg 1988, S. 257 ff.

⁴⁹ BGE 121 III 124 und 417 f.; 122 III 366; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, zit. in Anm. 3, Nr. 1247; A. KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Bern 1996, Nr. 571; SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1998, S. 213 f.

⁵⁰ Zu dieser Theorie vgl. z.B. VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, Zürich 1979, S. 289; MERZ, BerK N 163 zu Art. 2 ZGB. Ablehnend z.B. JÄGGI/GAUCH, ZK N 479 zu Art. 18 OR; KRAMER, BerK N 59 und 93 zu Art. 18 OR; WIEGAND, BasK 2. Aufl., N 54 zu Art. 18 OR.

⁵¹ BGE 117 II 621; 122 III 121. Hervorzuheben ist freilich, dass die Allgemeinen Vertragsbedingungen das praktisch wichtigste Anwendungsfeld für die *Unklarheitsregel* sind. In BGE 99 II 292 f. heisst es sogar, die Unklarheitsregel habe im Bereich der Allgemeinen Vertragsbedingungen ihr „eigentliches Anwendungsgebiet“. Das ist richtig nur, solange man auf die Menge der praktischen Anwendungsfälle abstellt und unter „eigentlich“ nicht „ausschliesslich“ versteht. Denn der Sache nach rechtfertigt sich die Anwendung der Unklarheitsregel auch dann, wenn die auszulegende Bestimmung von der einen Partei oder einem Dritten nur und gerade im Hinblick auf den betreffenden Einzelvertrag verfasst wurde (JÄGGI/GAUCH, ZK N 459 zu Art. 18 OR).

Keine Regel für die Auslegung Allgemeiner Vertragsbedingungen ist *der Grundsatz, dass individuell vereinbarte Abreden den Allgemeinen Bedingungen vorgehen*, soweit ein Widerspruch besteht (vgl. z.B. BGE 93 II 317; 123 III 44). Dieser Grundsatz setzt im Gegenteil voraus, dass die betreffenden Bedingungen zunächst ausgelegt werden.

⁵² BGr Semjud 1995, S. 438 f.; ZR 81, 1982, Nr. 46, S. 121; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, zit. in Anm. 3, Nr. 1241; KRAMER, BerK N 60 zu Art. 18 OR; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZK N 490 zu Art. 1 OR;

auch wenn es sich um Allgemeine Versicherungsbedingungen handelt⁵³. Somit können die gleichen Bedingungen (z.B. Bedingungen der SIA-Norm 118) als Bestandteil verschiedener Verträge durchaus einen verschiedenen Sinn haben. Die in Deutschland herrschende Meinung, wonach Allgemeine Vertragsbedingungen „einheitlich“ (d.h. ohne Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles und losgelöst von den individuellen Vorstellungen der Parteien) auszulegen seien⁵⁴, wird in der Schweiz also verworfen.⁵⁵

Die schweizerische Position überzeugt mich jedenfalls dann, wenn die auszulegenden Bedingungen von den vertragschliessenden Parteien durchberaten oder vor ihrer Übernahme zumindest zur Kenntnis genommen wurden. Aber auch bei globaler Übernahme durch eine oder jede Partei gibt es aus meiner Sicht keinen Grund, der es rechtfertigt, bei der Auslegung der übernommenen Bedingungen von den individuellen Besonderheiten des Einzelfalles (namentlich vom Zusammenhang der Allgemeinen Bedingungen mit den übrigen Vertragsabreden) abzusehen. Dass in einem solchen Fall praktisch nur eine objektive Auslegung in Frage kommt, vermag daran nichts zu ändern.

Zwar ist zuzugeben, dass der Verfasser oder Verwender Allgemeiner Vertragsbedingungen ein betriebliches (allenfalls „kalkulatorisches“) Interesse an einer „einheitlichen“ Auslegung „seiner“ Bedingungen haben kann. Doch liefert auch diese Interessenlage keinen genügenden Grund, um eine „einheitliche“ Auslegung zu befürworten, da die richterliche Vertragsauslegung nicht dazu bestimmt ist, einseitigen Geschäftsinteressen eines Vertragspartners zum Durchbruch zu verhelfen. Das allerdings verwehrt es dem Richter nicht, bei der Auslegung auch die Tatsache zu berücksichtigen, dass die Allgemeinen Bedingungen im Hinblick auf die Verwendung in einer Vielzahl von Verträgen und damit für [220] den Verständnishorizont vieler vorformuliert wurden. Soweit diese Tatsache beiden Parteien bekannt war, gehört sie zu den Umständen, die in die Auslegung des konkreten Vertrages einzubeziehen sind.⁵⁶

f. *Die vereinbarten Auslegungsregeln.* Ihre Besonderheit besteht darin, dass sie von den Parteien eines konkreten Vertrages (für die Auslegung dieses Vertrages) verabredet wurden. Sie kommen in diversen Erscheinungsformen vor. Häufig handelt es sich um vereinbarte Wortdefinitionen, welche die Bedeutung einzelner Vertragsausdrücke umschreiben. Verbreitet sind aber auch Widerspruchsregeln, die festlegen, welche von mehreren Vertragsbestimmungen im Falle eines inhaltlichen Widerspruchs der anderen vorgeht.⁵⁷ Zum Beispiel vereinbaren die Parteien eine Rangordnung zwischen verschiedenen Vertragsbestandteilen: Derart, dass Bestimmungen im tieferen Rang zu weichen haben, wenn sie mit Bestimmungen im höheren Rang inhaltlich kollidieren.

Solche und andere Auslegungsregeln der Parteien gehören ihrerseits zum vereinbarten Inhalt des Vertrages, den der Richter im Streitfall durch Auslegung zu ermitteln hat. Ihre Gültigkeit vorausgesetzt, binden sie die Parteien und auch den Richter.⁵⁸ Mit Art. 27 Abs. 2 ZGB unvereinbar und deshalb ungültig sind meines Erachtens Vereinbarungen, wonach eine Partei

ZELLER, zit. in Anm. 34, S. 342.

53 Vgl. z.B. BGE 115 II 268; 117 II 621; 119 II 372; 122 III 121; anders KELLER, SJZ 57, 1961, S. 319 f.

54 Nachweise bei GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, zit. in Anm. 3, Nr. 1240.

55 Vgl. auch BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 159; MERZ, BerK N 171 zu Art. 2 ZGB; JÄGGI/GAUCH, ZK N 466 zu Art. 18 OR; KRAMER, BerK N 218 zu Art. 1 OR. Anders allerdings verhält es sich für die Beurteilung der Frage, ob der Unlauterkeitstatbestand des Art. 8 UWG erfüllt ist. Zur Beantwortung dieser Frage sind die Allgemeinen Vertragsbedingungen „einheitlich“ auszulegen (vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, zit. in Anm. 3, Nr. 1242).

56 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, zit. in Anm. 3, Nr. 1242.

57 Eingehend: GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 304 ff.

58 Vgl. ZELLER, zit. in Anm. 34, S. 396.

berechtigt sein soll, die Bedeutung einzelner Vertragsabreden, über deren Sinn die Parteien streiten, einseitig festzulegen.

g. *Die Vertragsauslegung und die Qualifikation des Vertrages.* Sie hängen zusammen, sind jedoch zu unterscheiden. Durch die richterliche Auslegung wird der vereinbarte Inhalt des Vertrages im Streitfall bestimmt. Aus der Qualifikation ergibt sich die „Rechtsnatur“ des Vertrages. Je nach dem vereinbarten Vertragsinhalt handelt es sich um einen bestimmten Nominat- oder Innominatkontrakt. Diese Qualifikation, die auf den vereinbarten Vertragsinhalt abstellt, ist eine Rechtsfrage, auf deren Beantwortung die Parteien über die Vereinbarung des Vertragsinhaltes hinaus keinen Einfluss haben. Deshalb hat der Richter die Qualifikationsfrage stets von Amtes wegen zu prüfen, ohne an die diesbezüglichen Meinungen der Parteien gebunden zu sein.

Eine unrichtige Vertragsqualifikation durch die Parteien bleibt somit unbeachtlich. Möglich und in den Schranken des Gesetzes (Art. 19 f. OR) wirksam ist dagegen die Vereinbarung, dass auf einen bestimmten Vertrag bestimmte Regeln [221] eines anderen Vertragstyps zur Anwendung kommen. Durch diese Vereinbarung werden die betreffenden Regeln zum Bestandteil des vereinbarten Vertragsinhaltes. So können die Parteien etwa vereinbaren, dass ihr Vertrag, obwohl er nach seiner Qualifikation ein Werkvertrag ist, der Auflösungsregel des Art. 404 OR untersteht, dass sich die Mängelhaftung für einen abgeschlossenen Kaufvertrag nach den Regeln des Werkvertrages richtet, oder dass ein vereinbarter Innominatvertrag den Auflösungsbestimmungen des Agenturvertrages untersteht.

III. Die Ergänzung des Vertrages

1. Was die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend vereinbaren, reicht kaum je aus, um sämtliche Rechtsfragen zu regeln, die den Vertragsinhalt betreffen. Soweit die Kontrahenten es – bewusst oder unbewusst – unterlassen haben, eine Frage zu regeln, die sich nicht schon aus zwingendem Gesetzesrecht beantwortet, ist ihr Vertrag nach üblicher Sprechweise „lückenhaft“⁵⁹, weshalb er der **Ergänzung** bedarf.⁶⁰ Diese Ergänzung, die eine Vertragslücke schliesst, kann durch Rechtsgeschäft geschehen, indem die Parteien nach Abschluss des Vertrages doch noch eine einschlägige Vereinbarung treffen (vgl. z.B. Art. 2 Abs. 2 OR). Unter Vorbehalt einer solchen Vereinbarung erfolgt die Vertragsergänzung aber durch [222] dispositives Gesetzesrecht, durch Gewohnheitsrecht oder durch den Richter mit einer von ihm selbst geschaffenen Regel. Davon ist nachfolgend die Rede.

⁵⁹ In Wirklichkeit sind praktisch alle Verträge lückenhaft; und der einzelne Vertrag weist normalerweise eine Mehrzahl von Lücken auf. *Keine Vertragslücke* liegt aber vor, wenn das „Schweigen“ der Parteien zu einer Rechtsfrage ein „qualifiziertes Schweigen“ ist, das eine negative Entscheidung der Vertragsparteien zum Ausdruck bringt (JÄGGI/GAUCH, ZK N 488 zu Art. 18 OR; WIEGAND, BasK 2. Aufl., N 65 zu Art. 18 OR). So kann etwa der Umstand, dass die Parteien kein Konkurrenzverbot vorgesehen haben, gerade bedeuten, dass ein derartiges Verbot nicht bestehen soll (vgl. BGE 93 II 275 ff.). In solchen Fällen ist die sprachliche „Nichtregelung“ materiell eine Regelung.

⁶⁰ Keine Vertragsergänzung im hier verstandenen Sinne ist die „modifizierte Teilnichtigkeit“, bei der eine Ersatzregel an die Stelle des nichtigen Vertragsteils (Art. 20 Abs. 2 OR) tritt und der Vertrag mit dieser Regel anstatt des nichtigen Teiles gilt (vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, zit. in Anm. 3, Nr. 702 ff.; HÜRLIMANN, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Diss. Freiburg 1984, S. 74 ff.). Meines Erachtens ist dieser Fall von der Ergänzung eines inhaltlich unvollständig vereinbarten Vertrages auch in der konstruktiven und rechtlichen Behandlung zu unterscheiden (anders z.B. WIEGAND, BasK 2. Aufl., N 61 und 90 zu Art. 18 OR). Zum Beispiel gestattet es die „modifizierte Teilnichtigkeit“, den Vertrag selbst dann aufrechtzuerhalten, wenn die nichtige Abrede einen „Hauptpunkt“ betrifft (BGE 107 II 218; 120 II 41 und 349).

Das *dispositive Gesetzesrecht*, das der Vertragsergänzung dient, enthält sowohl Sach- als auch Verweisnormen.⁶¹ Die Sachnormen überwiegen. Sie regeln die offen gebliebene Frage selber, während die Verweisnormen zu diesem Zweck entweder auf die Verkehrsübung oder auf das richterliche Ermessen verweisen. Enthält das Gesetz keine anwendbare Dispositivnorm oder verweist es auf das richterliche Ermessen, so hat *der Richter* den Vertrag im Streitfall durch eine von ihm selbst kreierte Regel zu ergänzen, sofern nicht ausnahmsweise eine *Norm des Gewohnheitsrechts* (Art. 1 Abs. 2 ZGB) eingreift. Anwendbare Normen des Gewohnheitsrechts sind jedoch kaum je verfügbar, da sich Gewohnheitsrecht im Gebiete des Vertragsrechts nur höchst selten bildet. Der theoretischen Vollständigkeit zuliebe werden sie aber auch im Folgenden mitgeführt.

2. Die erwähnte Befugnis des Richters zur Vertragsergänzung mit einer eigenen Regel ist von Lehre und Rechtsprechung als selbstverständlicher Grundsatz anerkannt.⁶² *Die Methode, deren sich der ergänzende Richter bedient*, hängt vom konkreten Fall ab. In „typischen Fällen“, in denen der ergänzungsbedürftige Vertrag hinsichtlich der zu entscheidenden Frage keine individuelle Besonderheit aufweist, rechtfertigt sich eine *mittelbare Vertragsergänzung*. Danach ergänzt der Richter zunächst das Gesetz (das keine anwendbare Dispositivregel enthält) mit einer generell-abstrakten Norm (Art. 1 Abs. 2 ZGB), um dann die Vertragslücke mit der „modo legislatoris“ gebildeten Regel auszufüllen. Diese Ergänzungsmethode, die mit der Füllung einer (eigentlichen) Gesetzeslücke beginnt, ist zu unterscheiden von der *unmittelbaren* Vertragsergänzung, bei welcher der Richter den Vertrag nach Massgabe des „hypothetischen Parteiwillens“ ergänzt.⁶³ Im Einzelnen sind folgende Punkte hervorzuheben:

a. Die richterliche Vertragsergänzung ist *das letzte Mittel zur Füllung einer Vertragslücke*. Enthält das dispositive Gesetzesrecht eine anwendbare Sachnorm oder verweist es auf die Verkehrsübung, so ist der Richter an diese Norm oder an die Verkehrsübung gebunden, die durch den gesetzlichen Verweis den Charakter [223] einer gesetzlichen Norm erhält.⁶⁴ Dementsprechend geht das dispositive Recht der richterlichen Vertragsergänzung vor.⁶⁵ Das Analoge gilt, soweit ausnahmsweise eine anwendbare Norm des Gewohnheitsrechts eingreift (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Ob eine dispositive Sachnorm oder eine Norm des Gewohnheitsrechts anwendbar ist, hängt allerdings auch *davon* ab, ob die Norm zum vereinbarten Vertragsinhalt passt. Anwendbar ist eine „an sich einschlägige“ Norm also nur dann, wenn sie mit dem konkret vereinbarten Inhalt des Vertrages zu einem widerspruchlosen Gesamtergebnis führt.⁶⁶ Gleich verhält es sich mit der Verkehrsübung, auf die eine Dispositivnorm des Gesetzes verweist.

⁶¹ Zu dieser Unterscheidung, die in der Literatur weitgehend übernommen wurde, vgl. JÄGGI/GAUCH, ZK N 508 ff. zu Art. 18 OR.

⁶² MERZ, BerK N 134 zu Art. 2 ZGB.

⁶³ Kritisch zu dieser Unterscheidung: WIEGAND, BasK 2. Aufl., N 84 zu Art. 18 OR; SCHWENZER, OR AT, zit. in Anm. 49, S. 215 f., erwähnt nur die unmittelbare Methode.

⁶⁴ Vgl. BGE 91 II 358 f.; 109 Ia 111; JÄGGI/GAUCH, ZK N 522 zu Art. 18 OR; KRAMER, BerK N 242 zu Art. 18 OR.

⁶⁵ Vgl. BGE 115 II 488; ZR 95, 1996, S. 157. Anders z.B. MERZ, ZBJV 1991, S. 236; SCHWENZER, OR AT, zit. in Anm. 49, S. 215; ZELLER, zit. in Anm. 34, S. 489.

⁶⁶ JÄGGI/GAUCH, ZK N 515 ff. zu Art. 18 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, zit. in Anm. 3, Nr. 1255. Auf das Gleiche läuft es hinaus, wenn gesagt wird, dass das dispositive Recht nur dann zur Anwendung komme, falls es wirklich geeignet ist, „die privatautonome Regelung der Parteien sinnvoll zu ergänzen“ (WIEGAND, BasK 2. Aufl., N 81 zu Art. 18 OR).

Die erwähnte Rangordnung ist in der Lehre nicht unbestritten⁶⁷, ergibt sich meines Erachtens aber aus der gesetzlichen Anordnung des Art. 1 ZGB, weshalb ich daran festhalten will. Die dogmatische Kontroverse um die Hierarchie der Ergänzungsmittel verliert indes an praktischer Bedeutung, wenn man (wie hier) davon ausgeht, dass dispositive Sachnormen des Gesetzes (oder des Gewohnheitsrechts) nur dann zur Anwendung kommen, wenn sie zum vereinbarten Inhalt des konkreten Vertrages passen. Völlig bedeutungslos (weil ohne Auswirkung) ist sie bei gesetzlichen Dispositivregeln, welche die Vertragsergänzung dem Richter übertragen, indem sie auf sein Ermessen verweisen. So verhält es sich z.B. auch im Anwendungsbereich des Art. 2 Abs. 2 OR, der den Richter anweist, „vorbehaltene Nebenpunkte“, über welche die Parteien sich nach Abschluss des Vertrages nicht einigen, „nach der Natur des Geschäftes“ zu regeln.

b. Ob der Richter den Vertrag mittelbar oder unmittelbar ergänzt, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Verweist das Gesetz auf das richterliche Ermessen, sei es unter Verwendung dieses Ausdrucks oder indem es den Richter anweist, nach der „Natur des Geschäftes“ (nach der „Natur des Rechtsverhältnisses“ oder dergleichen) zu entscheiden, so ist in *jedem* Fall eine *unmittelbare Vertragsergänzung* angesagt. Bei ihr hat der Richter „kasuistisch“ vorzugehen [224] und nach einer Lösung zu suchen, die nach dem Massstab von „Recht und Billigkeit“ (Art. 4 ZGB) der individuellen Besonderheit des konkreten Vertrages möglichst gerecht wird.⁶⁸ Um dies zu erreichen, ergänzt er den Vertrag nach Massgabe des „hypothetischen Parteiwillens“⁶⁹.

Das *Kriterium des „hypothetischen Parteiwillens“*, von dem der Richter sich bei der unmittelbaren Vertragsergänzung leiten lässt, ist allerdings nicht ein empirisches, sondern ein normatives Leitbild.⁷⁰ Massgeblich ist nicht, was die Parteien *tatsächlich* gewollt hätten.⁷¹ Vielmehr kommt es für die richterliche Vertragsergänzung darauf an, was sie *als vernünftig und korrekt (redlich) handelnde Vertragspartner* gewollt und deshalb vereinbart haben würden, falls sie bei Abschluss des Vertrages⁷² die offen gebliebene Frage (für diesen konkreten Vertrag, unter Berücksichtigung seines Zweckes) selber geregelt und so die Vertragslücke vermieden hätten.⁷³ In verkürzter Form wird auch formuliert, der Vertrag müsse „nach Treu und Glauben“ ergänzt werden.⁷⁴

Dem Gesagten zufolge kommen bei der Ermittlung des „hypothetischen Parteiwillens“ die gleichen Wertungskriterien ins Spiel wie bei der Ermittlung des „mutmasslichen Parteiwillens“, auf welche die objektive Vertragsauslegung abzielt. Das mag ein Grund sein, weshalb der „hypothetische Parteiwille“ oft auch als „mutmasslicher Wille“ oder umgekehrt be-

⁶⁷ Vgl. Anm. 65.

⁶⁸ JÄGGI/GAUCH, ZK N 537 zu Art. 18 OR.

⁶⁹ BGE 115 II 488.

⁷⁰ Vgl. z.B. auch KOLLER, OR AT, zit. in Anm. 49, Nr. 592 f.

⁷¹ Darauf kann es schon deshalb nicht ankommen, weil sich ein solcher Wille als bloss imaginäre Tatsache gar nicht feststellen lässt. Wer den „hypothetischen Parteiwillen“ als taugliches Leitbild für die Vertragsergänzung ablehnt, weil es sich dabei um einen „Mythos“ oder um eine „leere Fiktion“ handle (z.B. OFTINGER, zit. in Anm. 15, S. 200 ff. und 208; YUNG, ZBJV 97, 1961, S. 59 ff.), verkennt, dass damit *nicht* ein Wille gemeint ist, den die Parteien *wirklich* gehabt hätten.

⁷² SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZK N 51 zu Art. 2 OR. Zum Rückbezug auf die Vergangenheit vgl. aber auch oben im Text, bei Anm. 19.

⁷³ Vgl. mit jeweils ähnlichen Formulierungen: BGE 107 II 149; 111 II 262; 115 II 488; JÄGGI/GAUCH, ZK N 498 ff. zu Art. 18 OR; KRAMER, BerK N 238 ff. zu Art. 18 OR; SCHMIDLIN, BerK N 23 zu Art. 2 OR; SCHWENZER, OR AT, zit. in Anm. 49, S. 215.

⁷⁴ Vgl. z.B. BGE 100 II 331.

zeichnet wird⁷⁵, was die Auslegung und die Ergänzung des Vertrages terminologisch ebenso durcheinander bringt wie der Ausdruck „ergänzende Auslegung“, den man bisweilen für die Ergänzung verwendet. Aber auch in der Sache selbst ist nicht immer mit Sicherheit festzustellen, ob der Streit um den Vertragsinhalt durch richterliche [225] Vertragsergänzung oder durch objektive Auslegung entschieden wurde.⁷⁶ Zuweilen entsteht sogar der Eindruck, dass der Richter als ein Auslegungsergebnis (z.B. als eine stillschweigend vereinbarte Regel) hinstellt, was in Wirklichkeit das Ergebnis einer Vertragsergänzung ist.

c. Die unmittelbare Vertragsergänzung, die auf den „hypothetischen Parteiwillen“ abstellt, beruht auf einer anderen Denkopration als *die mittelbare Ergänzung des Vertrages*. Bei dieser (mittelbaren) Ergänzung, die an Art. 1 Abs. 2 ZGB anknüpft, füllt der Richter zunächst das lückenhafte Gesetz mit einer generell-abstrakten Regel, um die so geschaffene Regel, die der Verallgemeinerung fähig ist, auf den lückenhaften Vertrag anzuwenden.⁷⁷ Dieses Vorgehen, über dessen Zweistufigkeit er sich möglicherweise keine Rechenschaft gibt, erlaubt dem Richter auch, passende Gesetzesbestimmungen, die auf den konkreten Fall nicht direkt anwendbar sind, durch Analogieschluss beizuziehen. Nach gängiger Lehre ist der Analogieschluss sogar das wichtigste Mittel zur gesetzlichen Lückenfüllung⁷⁸ und damit auch zur mittelbaren Ergänzung des Vertrages. Besonders häufig wird es angewandt, um Normen des gesetzlichen Vertragstypenrechts auf Innominatkontrakte anzuwenden.

Eine andere Ansicht zum Analogieschluss vertrat allerdings EUGEN HUBER. Folgt man seiner Meinung, so liegt eine Gesetzeslücke nur dann vor, „wenn für einen gegebenen Fall das Gesetz keinen Rechtssatz enthält, der direkt *oder auf dem Wege der Analogie*⁷⁹ zur Anwendung gebracht werden dürfte“.⁸⁰ In dieser Sichtweise dient der Analogieschluss nicht zur Füllung einer Gesetzeslücke; vielmehr gehören die analog anwendbaren Rechtssätze schon zur Kategorie der Gesetzesbestimmungen, die den Richter nach Art. 1 Abs. 1 ZGB binden. Dementsprechend gehen sie auch der richterlichen Vertragsergänzung vor, sofern sie zum konkret vereinbarten Vertragsinhalt passen.⁸¹

3. [226] Dass auch im Bereich der Vertragsergänzung viele Gebiete streitig sind, liegt auf der Hand. Zwei dieser Gebiete möchte ich herausgreifen, um sie speziell zu präsentieren. Das erste betrifft **die Ergänzung formbedürftiger Verträge**, deren Gültigkeit von einer gesetzlichen Formvorschrift abhängt (Art. 11 OR).

Die Vertragsergänzung und die Formfrage sind auseinanderzuhalten. Für formbedürftige Verträge stellt sich zwar die Frage, ob sie formgültig zustande gekommen sind. Doch

⁷⁵ Vgl. z.B. BGE 90 II 245; 96 II 132; 107 II 418; BGr Semjud 1989, S. 290.

⁷⁶ JÄGGI/GAUCH, ZK N 558 zu Art. 18 OR mit Beispielen.

⁷⁷ VON DER CRONE, Rahmenverträge, Zürich 1993, S. 166 f.; JÄGGI/GAUCH, ZK N 533 ff. zu Art. 18 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, zit. in Anm. 3, Nr. 1261 f.; KRAMER, BerK N 228 zu Art. 18 OR; SCHLUEP, in: Schweizerisches Privatrecht VII/2, S. 795 und 800.

⁷⁸ Vgl. MEIER-HAYOZ, BerK N 346 zu Art. 1 ZGB und KRAMER, Juristische Methodenlehre, Bern 1998, S. 146 f., mit weiteren Nachweisen.

⁷⁹ Auszeichnung hinzugefügt.

⁸⁰ HUBER, Recht und Rechtsverwirklichung, 2. Aufl., Basel 1925, S. 354. Vgl. dazu auch KRAMER, zit. in Anm. 78, S. 147.

⁸¹ Ich selber habe mich bis anhin (und auch bei der Formulierung dieses Beitrages) von der Auffassung leiten lassen, dass die analoge Anwendung gesetzlicher Bestimmungen ein Fall der gesetzlichen Lückenfüllung nach Art. 1 Abs. 2 ZGB sei. Hingegen muss ich einräumen, dass ich mir so sicher nicht mehr bin. Jedenfalls würde die Sichtweise von EUGEN HUBER auch die sinngemässe Anwendung von zwingendem Gesetzesrecht (etwa auf Innominatverträge) erleichtern, was freilich nicht in den Bereich der Vertragsergänzung fällt. Zum Ganzen beachte auch DÜRR, ZK N 526 zu Art. 1 ZGB, der die Unterscheidung zwischen der Auslegung des Gesetzes und seiner Lückenfüllung durch Analogie als obsolet erachtet.

beurteilt sich diese Frage nach Massgabe des vereinbarten Vertragsinhaltes, also unabhängig von der Vertragsergänzung. Und umgekehrt vollzieht sich die Ergänzung der formbedürftigen Verträge unabhängig von den anwendbaren Formvorschriften. Ihre Ergänzung folgt somit den gleichen Grundsätzen wie die Ergänzung anderer Verträge, auch was die *richterliche* Vertragsergänzung angeht.

Demgegenüber meint ein Teil der Lehre, die richterliche Ergänzung formbedürftiger Verträge beschränke sich auf Fälle, in denen die Ergänzung „an eine von der Form erfassten Erklärung“ anknüpfen könne⁸² oder gar einen „klaren Anhaltspunkt in einer formgerecht vereinbarten Regelung der Kontrahenten“ finde.⁸³ Diese Restriktion, welche an die überwundene Andeutungslehre und damit an den Formalismus früherer Zeiten erinnert, ist meines Erachtens abzulehnen. Weder sehe ich überzeugende Gründe, die für die postulierte Einschränkung sprechen, noch überzeugt das Resultat.⁸⁴ Die Restriktion führt vielmehr zur unlösbaren Frage, was zwischen den Parteien des formbedürftigen Vertrages gelten soll, wenn eine von ihnen offengelassene und dann umstrittene Frage weder durch Gesetz noch durch Gewohnheitsrecht geregelt ist, noch vom Richter geregelt werden darf.

4. Das zweite Gebiet, das ich besonders ansprechen will, betrifft die wesentlichen Punkte des Vertragsinhaltes. Eine Ergänzung in solchen Punkten fällt nach herrschender Meinung ausser Betracht, weil mangels (tatsächlicher oder [227] normativer) Einigung über einen wesentlichen Punkt kein Vertrag zustande gekommen ist (Art. 1 Abs. 1 OR)⁸⁵, was jeder Ergänzung die Grundlage entzieht.⁸⁶ Das ist logisch richtig, bedarf aber doch einer Einschränkung und einer Präzisierung. Die Einschränkung betrifft die subjektiv wesentlichen Vertragspunkte; die Präzisierung bezieht sich auf die objektiv wesentlichen Punkte des Vertrages.⁸⁷

a. Zunächst zu den *subjektiv wesentlichen Punkten!* Solange die Parteien sich über einen solchen Vertragspunkt nicht geeinigt haben, fehlt es für das Zustandekommen des Vertrages an einem übereinstimmend erklärten Abschlusswillen.⁸⁸ Im Prozess kommt es aber immer wieder vor, dass die Parteien sich zwar über den Inhalt des Vertrages streiten, das Zustandekommen des Vertrages jedoch unbestritten bleibt.

Stellt sich in einem solchen Streitfall heraus, dass es am erreichten Konsens in einem nur subjektiv wesentlichen Punkte fehlt, so gilt, was das Bundesgericht schon früh (in BGE 29 II 125) formuliert hat: „Unter diesen Umständen geht es nicht an, dass der Richter von sich aus erkläre, ein bindender Vertrag sei überhaupt nicht zustande gekommen, es fehle an der nach Art. 1 und 2 OR erforderlichen übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserung über

⁸² MERZ, BerK N 163 zu Art. 2 ZGB; WIEGAND, BasK 2. Aufl., N 88 zu Art. 18 OR.

⁸³ KRAMER, BerK N 260 zu Art. 18 OR.

⁸⁴ Eingehend: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, zit. in Anm. 3, Nr. 1279; SCHMID, zit. in Anm. 48, S. 281 f./283 ff.

⁸⁵ Dass der Konsens der Parteien alle wesentlichen Punkte erfassen muss, damit ein Vertrag zustande kommt, wird in Art. 1 Abs. 1 OR zwar nicht ausdrücklich gesagt, gehört aber zu den Grundlagen des Vertragsrechts und ist in Art. 2 Abs. 1 OR als selbstverständlich vorausgesetzt.

⁸⁶ Vgl. z.B. BGE 90 II 244; 119 II 347 f.; DESCHENAUX, in: Schweizerisches Privatrecht II, S. 171; ENGEL, zit. in Anm. 34, S. 238; GAUCH, Von den wesentlichen Vertragspunkten, recht 1991, S. 49 und 50; JEANPRÊTRE, JdT 1975 I, S. 610 ff.; MERZ, BerK N 132 zu Art. 2 ZGB.

⁸⁷ Die objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkte beschlagen nach der hier verwendeten Begriffsbestimmung nur den Vertragsinhalt. Demgegenüber werden häufig auch die Parteien zu den objektiv wesentlichen Vertragspunkten gezählt. Obwohl ich diesen erweiterten Begriff nicht übernehme, bin natürlich auch ich der Meinung, dass ein Vertrag nicht zustande kommt, wenn es schon am Konsens darüber fehlt, wer überhaupt Partei des Vertrages sein soll.

⁸⁸ BUCHER, OR AT, zit. in Anm. 55, S. 110.

die wesentlichen Punkte.“ Der Richter hat vielmehr „vom Bestand eines Vertrages“ auszugehen⁸⁹ und, wenn die Streitlage dies erfordert, eine Ergänzung auch im subjektiv Wesentlichen vorzunehmen, sofern nicht schon dispositives Gesetzesrecht oder eine Norm des Gewohnheitsrechts eingreifen.⁹⁰ Das widerspricht zwar „logischer [228] Anordnung“ (BGE 29 II 124), steht aber im Einklang mit den schützenswerten Interessen der Parteien und der Idee eines auf die Lösung konkreter Streitfragen gerichteten Vertragsrechts.⁹¹ Somit gilt der Satz, wonach eine richterliche Ergänzung in subjektiven Punkten ausgeschlossen ist, nur mit der erwähnten Einschränkung.⁹²

b. Anders verhält sich die Rechtslage bezüglich der *objektiv wesentlichen Vertragspunkte*. Über sie müssen die Parteien sich unter allen Umständen (also auch unabhängig von ihren persönlichen Anschauungen) einigen, damit ihre übereinstimmenden Willenserklärungen überhaupt ein Vertrag sind.⁹³ Fehlt es an dieser Einigung, so besteht kein Vertrag, auch wenn die Parteien sich den Abschlusswillen übereinstimmend erklärt haben. Dem Richter, der dies im Prozess feststellt, bleibt nichts anderes übrig, als das Zustandekommen des Vertrages zu verneinen, selbst wenn der Bestand des Vertrages unumstritten ist. Eine Ergänzung fällt ausser Betracht.

Soweit sind die Dinge klar.⁹⁴ Schwierigkeiten aber bereitet die Vorfrage, *welche Vertragspunkte objektiv wesentlich sind*. Alle Versuche, diese Vertragspunkte *absolut* zu definieren, sind gescheitert⁹⁵ oder in verschwommenen Bildern („unentbehrlicher Geschäftskern“ und dergleichen) stecken geblieben. [229] Deshalb habe ich schon früher (wenn auch nach Erscheinen von JÄGGI/GAUCH zu OR 18) eine *relative* Umschreibung versucht.⁹⁶ Danach umfassen die objektiv wesentlichen Vertragspunkte alle Teile des Vertragsinhaltes, die einer Regelung durch die Parteien selbst bedürfen, weil ohne vertragliche Regelung eine Vertragslücke offen bliebe, die weder durch eine anwendbare Gesetzesbestimmung noch durch vor-

⁸⁹ ZR 88, 1989, Nr. 104, S. 312.

⁹⁰ GAUCH, Von den wesentlichen Vertragspunkten, recht 1991, S. 50 f.; vgl. auch BUCHER, OR AT, zit. in Anm. 55, S. 180, Fn. 6; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, zit. in Anm. 3, Nr. 1272; KOLLER, OR AT, zit. in Anm. 49, Nr. 432. Anders z.B. KELLER, SJZ 78, 1982, S. 126 ff. Die Kontroverse mit diesem Autor wurde in SJZ 78, 1982, S. 230 ff. ausgetragen.

⁹¹ GAUCH, Von den wesentlichen Vertragspunkten, recht 1991, S. 51.

⁹² Diese Ansicht wird im Ergebnis von Vielen geteilt. Um aber auch die dogmatische „Logik“ zu retten, behilft sich z.B. ZINDEL mit der Konstruktion eines nachträglichen Vertragsabschlusses, den er in der beiderseitigen Beschränkung des Streitgegenstandes erblickt (SJZ 78, 1982, S. 358 f.). Dieser Lösungsansatz, der den „Konsensualismus“ der gängigen Vertragslehre widerspiegelt, führt jedoch zur ungelösten Frage, was bis zum Zeitpunkt des nachträglichen Vertragsabschlusses gegolten hat und wie es sich mit diesem Vertragsabschluss bei formbedürftigen Verträgen verhält.

KRAMER (BerK N 250 zu Art. 18 OR) stimmt ZINDEL zwar zu, stellt selber aber auf das „Empfinden“ der Parteien ab: Weil der subjektiv wesentliche Punkt im Zeitpunkt des Prozesses nicht mehr als wesentlich empfunden werde, stehe jetzt einer Vertragsergänzung nichts mehr entgegen (ähnlich: WIEGAND, BasK 2. Aufl., N 86 zu Art. 18 OR). Indes lässt sich die Tatsache, dass die Einigung über den betreffenden Punkt eben doch eine „condicio sine qua non“ für den Vertragsabschluss war, durch das spätere „Empfinden“ der Parteien nicht aus dem Wege räumen, weshalb mich auch diese Erklärung (des richtigen Ergebnisses) nicht überzeugt.

⁹³ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZK N 3 zu Art. 2 OR.

⁹⁴ Anders noch JÄGGI/GAUCH, ZK N 540 ff. zu Art. 18 OR.

⁹⁵ Zur Untauglichkeit des Versuches, die objektiv wesentlichen Punkte aus den begrifflichen Merkmalen der jeweiligen Vertragstypen herzuleiten, vgl. GAUCH, Von den wesentlichen Vertragspunkten, recht 1991, S. 46 f.; KOLLER, OR AT, zit. in Anm. 49, Nr. 415; SCHMID, zit. in Anm. 48, S. 157 f.; RIMLE, Der erfüllte Schuldvertrag, Diss. Freiburg 1995, S. 35.

⁹⁶ GAUCH, Von den wesentlichen Vertragspunkten, recht 1991, S. 46 ff.; vgl. auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, zit. in Anm. 3, Nr. 332 ff.; RIMLE, zit. in Anm. 95, S. 35 f.; anders noch JÄGGI/GAUCH, ZK N 540 ff. zu Art. 18 OR.

handenes Gewohnheitsrecht, noch durch richterliche Vertragsergänzung geschlossen werden könnte.⁹⁷ Das bedeutet, dass die objektiv wesentlichen Punkte des Vertrages eine relative „Grösse“ sind, die vom jeweils verfügbaren (zwingenden und dispositiven) Gesetzesrecht⁹⁸, vom vorhandenen Gewohnheitsrecht und davon abhängt, wie weit die Befugnis des Richters zur Vertragsergänzung reicht.⁹⁹ Das Letzte ist eine Rechtsfrage, deren Beantwortung sich schon deshalb nicht in eine einfache Formel kleiden lässt, weil die Anschauungen über das Verhältnis zwischen Vertrag und Richtermacht dem gesellschaftlichen Wandel unterworfen sind. Das verunmöglicht es zwar nicht, den Umfang der richterlichen Ergänzungsbefugnis aus heutiger Sicht näher zu beschreiben¹⁰⁰, worauf ich vorliegend aber nicht eintreten will.

Begreift man die objektiv wesentlichen Punkte des Vertragsinhaltes im dargestellten Sinne, so versteht sich von selbst, dass es in einem solchen Punkt keine richterliche Vertragsergänzung geben kann. Die richterliche Ergänzung des Vertrages scheitert aber nicht *darán*, dass der betreffende Vertragspunkt objektiv wesentlich ist¹⁰¹; vielmehr ist der betreffende Punkt objektiv wesentlich, weil der Vertrag in diesem Punkt *auch* nicht durch den Richter ergänzt werden kann. Diese Feststellung, die zwanglos an die relative Umschreibung der objektiven [230] Vertragspunkte anschliesst, führt mich nun zur angesagten *Präzisierung*. Sie betrifft die richterliche Ergänzung von Schuldverträgen, die ins Erfüllungsstadium getreten sind.

Bei solchen Verträgen ist es bei einer dynamischen Vertragsauffassung unerlässlich, dass der Richter in die Beurteilung der Frage, ob ein parteiseits unregelter Vertragspunkt einer richterlichen Vertragsergänzung zugänglich oder ob er objektiv wesentlich ist, auch die Tatsache der Vertragserfüllung einbezieht. Denn die Erfüllung, welche die Vertragswirklichkeit über den Vertragsabschluss hinaus fortsetzt, verleiht dem Vertrag schon wegen der Unumkehrbarkeit des tatsächlichen Geschehensablaufs einen erhöhten Bestandesschutz.¹⁰² Je weiter die Erfüllung des Vertrages fortgeschritten ist, desto eher kann es sich daher rechtfertigen, dass der Richter den Vertrag in einem bestimmten Punkt (z.B. hinsichtlich der Vergütungshöhe) ergänzt, statt den Bestand des Vertrages mangels Einigung über diesen Punkt zu verneinen. Somit ist durchaus möglich, dass ein Vertragspunkt, der bei früherer Beurteilung objektiv wesentlich gewesen wäre, aus späterer Sicht unwesentlich ist, weil die Ergänzungsbefugnis des Richters sich durch die fortgeschrittene Erfüllung entsprechend erweitert hat.¹⁰³

⁹⁷ Der innere Grund, der hinter dieser Umschreibung steht, ist zweckbezogen. Bleibt eine Vertragslücke offen, weil sie unausfüllbar ist, so bleibt die Rechtslage, die der Vertrag begründen soll, nur unvollständig geregelt, was dem Zweck des Vertragsabschlusses widerspricht.

⁹⁸ Soweit ein Vertragspunkt schon durch zwingendes Gesetzesrecht geregelt ist, erweist sich eine vertragliche Regelung von vornherein als überflüssig, ja nutzlos. Fehlt es diesbezüglich an einer Abrede der Parteien, so liegt eine Vertragslücke im hier verstandenen Sinne gar nicht vor.

⁹⁹ Diese Sichtweise liegt auch BGE 117 II 266 zugrunde, worin das Bundesgericht die objektive Wesentlichkeit eines Vertragspunktes verneinte, „weil der Vertrag durch richterliche Lückenfüllung hätte ergänzt werden können“.

¹⁰⁰ Vgl. etwa meine diesbezüglichen (allgemeinen) Aussagen in: recht 1991, S. 47 f. oder bei GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, zit. in Anm. 3, Nr. 336 ff.

¹⁰¹ So aber BGE 119 II 347 f.; KRAMER, BerK N 248 zu Art. 18 OR und viele andere.

¹⁰² Dies steht im Einklang mit der allgemeinen Idee, wonach ganz oder zum Teil erfüllte Schuldverträge anders zu behandeln sind als Verträge, mit deren Erfüllung noch nicht begonnen wurde (vgl. z.B. BUCHER, OR AT, zit. in Anm. 55, S. 119, Fn. 36).

¹⁰³ Eingehend dazu: GAUCH, Von den wesentlichen Vertragspunkten, recht 1991, S. 49 f.; vgl. auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, zit. in Anm. 3, Nr. 1274 ff. und RIMLE, zit. in Anm. 95, S. 37. Für den Kaufvertrag beachte BUCHER, OR AT, zit. in Anm. 55, S. 119 mit Anm. 36, wonach eine vertragliche Bestimmung des Kaufpreises (Art. 184 Abs. 3 OR) nur für den Bestand des noch nicht erfüllten Vertrages vorausgesetzt ist, während es nach erfolgter Lieferung der Kaufsache am Richter liegt, die Höhe des offengelassenen Kaufpreises festzusetzen.

Diese Betrachtungsweise¹⁰⁴ passt freilich nicht ins Vorstellungsbild einer auf den Zeitpunkt des Erklärungsaustausches fixierten Vertragsdogmatik¹⁰⁵, was aber nur den engen Blickwinkel der klassischen Vertragslehre beleuchtet, die in ihrer [231] Zeitpunktabhängigkeit ignoriert, was im Anschluss an den Erklärungsaustausch geschehen ist^{106, 107}.

IV. Die Anpassung des Vertrages

1. Die Anpassung des Vertrages besteht in seiner **Anpassung an „veränderte Verhältnisse“** (oder: „veränderte Umstände“), die nicht übereinstimmen mit den Verhältnissen, wie sie zur Zeit des Vertragsabschlusses bestanden haben. Angepasst und damit geändert wird entweder die Vertragsdauer, der vereinbarte Vertragsinhalt oder beides zusammen. Die Anpassung der *Dauer* zielt auf eine Verlängerung oder Verkürzung, meistens aber auf eine vorzeitige Auflösung des Vertrages, sei es, dass der Vertrag ohne weiteres zu Ende geht, dass er durch Urteil des Richters aufgelöst wird oder dass eine Partei berechtigt ist, den Vertrag [232] durch einseitige Erklärung aufzulösen. Die *Inhaltsänderung* beschlägt in aller Regel den Inhalt oder den Umfang einer vereinbarten Leistung oder Gegenleistung. Wenn im Zusammenhang mit der Vertragsanpassung von „Inhaltsänderung“ gesprochen wird, ist der vereinbarte Vertragsinhalt stets unter Ausschluss vereinbarter Bestimmungen über die Vertragsdauer verstanden.

Den Parteien eines Vertrages steht es selbstverständlich frei, den vereinbarten Inhalt oder die Dauer des Vertrages durch eine neue Vereinbarung anzupassen, die sie in den Schranken des Gesetzes (Art. 19 f. OR) nach Abschluss des (ursprünglichen) Vertrages treffen. Davon aber ist hier nicht die Rede. Vielmehr geht es um die Frage, ob und allenfalls wie der Vertrag an veränderte Verhältnisse angepasst wird, ohne dass die Parteien eine derartige

¹⁰⁴ Entgegen dem Verständnis von KOLLER, OR AT, zit. in Anm. 49, Fn. 188, handelt es sich dabei keineswegs (auch nicht „praktisch“) um die „gleiche Lösung“, wie sie für die subjektiv wesentlichen Punkte gilt.

¹⁰⁵ Eine eingehende Auseinandersetzung hat bis anhin aber noch kaum stattgefunden. So setzt sich etwa WIEGAND (BasK 2. Aufl., N 85 f. zu Art. 18 OR) nur mit der Kommentarmeinung in JÄGGI/GAUCH, ZK N 540 ff. zu Art. 18 OR, auseinander, die ich aber, was die Ergänzung in objektiv wesentlichen Punkten betrifft, zu Gunsten der hier wiedergegebenen Meinung aufgegeben habe.

¹⁰⁶ Vgl. auch ATIYAH, *The Law of Contract*, 3. Aufl. Oxford 1981, S. 40: „Classical theory ... insisted that the validity of the contract could be, and indeed, had to be determined at the time it was made, ignoring all subsequent events. The modern lawyer, by contrast, is sceptical of the claims of classical theory, and anyway insists that it is often impractical, and even unjust, to ignore what the parties have done in reliance, or in part performance of the contract, after it has been made.“

¹⁰⁷ Eine Art Zwischenlösung vertritt das Bundesgericht für den Mietvertrag, falls die Parteien sich zwar über den Grundsatz der Entgeltlichkeit, nicht aber über die Höhe des Mietzinses geeinigt haben. Nach meinem Verständnis der heute „geltenden“ Rechtsprechung kann der Richter den geschuldeten Mietzins zwar für die „bereits verflossene Gebrauchsdauer“ festlegen (BGE 119 II 347 f.; 108 II 112 ff.), nicht aber für die Zukunft (anders BGE 100 II 330 f., der in BGE 119 II 347 f. abgelehnt wurde). Diese Lösung wurde von KOLLER, OR AT (zit. in Anm. 49, Nr. 424 mit Fn. 188) übernommen, auf alle Dauerverträge ausgedehnt und in der Weise interpretiert, dass BGE 119 II 347 f. auch meine hier wiedergegebene Lehrmeinung „mit aller Deutlichkeit“ verworfen habe. Obwohl diese Position den Stoff für einen ausgedehnten „Lehrstreit“ abgeben würde, will ich darauf nicht im Einzelnen eingehen. Nur das Folgende möchte ich beifügen: Erstens vermag mich eine zeitlich gesplitterte Vertragsergänzung (zwar „rückwärts“, nicht aber „vorwärts“) schon mit Rücksicht auf die Einheitlichkeit des Vertragsverhältnisses (auch bei Dauerverträgen) nur schwerlich zu überzeugen. Zweitens ist ein mietrechtlicher Entscheid des Bundesgerichts kein ausreichendes Argument, um alle Dauerverträge über den gleichen Leisten zu ziehen. Drittens hat das Bundesgericht in BGE 119 II 347 f. „meine“ Meinung gar nicht zur Kenntnis genommen, weshalb es diese auch nicht verwerfen konnte. Viertens gilt auch für das Bundesgericht der berühmt gewordene Satz, den JUSTICE JACKSON in ein Urteil des amerikanischen Supreme Court schrieb: „We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final“ (zitiert nach LAWRENCE DOUGLAS, in: AUSTIN SARAT/THOMAS R. KEARNS, *The Rhetoric of Law*, Michigan 1999, S. 227). Und fünftens ist der zeitlich letzte Entscheid nicht notwendigerweise der „beste“.

Vereinbarung über die konkrete Anpassung treffen. Die gleiche Anpassungsfrage stellt sich auch dann, wenn sich nach Abschluss des Vertrages die Verhältnisse in unerwarteter Weise *nicht* verändert haben. Für das unerwartete Ausbleiben einer Verhältnisänderung (z.B. die Nichterhöhung des Geschäftsumsatzes) gelten sinngemäss die gleichen Regeln wie für die Verhältnisänderungen.¹⁰⁸ Im vorliegenden Zusammenhang werden sie nicht besonders behandelt.

2. Die umschriebene Anpassungsfrage gehört weltweit zu den Kardinalthemen des Vertragsrechts und war schon früh unter dem Stichwort „*clausula rebus sic stantibus*“ bekannt. Zu ihrer Bewältigung wurden und werden unzählige Schriften und Urteile mit fundamentalen Überlegungen und Konstruktionen gefüllt. Hier beschränke ich mich auf **die Grundzüge des schweizerischen Anpassungsrechts**¹⁰⁹, wobei ich versuche, das Anpassungsproblem zu „entmystifizieren“, indem ich darstelle, dass es sich (was oft übersehen wird¹¹⁰) mit den normalen Mitteln des Vertragsrechts lösen lässt.

a. Unproblematisch ist die Anpassungsfrage, wenn sich im Einzelfall eine Lösung bereits aus *zwingendem Gesetzesrecht* oder aus einer *im Vertrag vereinbarten Regel* ergibt. Im Rahmen der Vertragsfreiheit können die Parteien die Rechtslage bei „veränderten Verhältnissen“ von vornherein (ausdrücklich oder [233] stillschweigend) regeln. Im Streitfall hat der Richter durch (subjektive oder objektive) Auslegung zu entscheiden, ob und welche Anpassungsregel vereinbart wurde. Soweit es an einer vereinbarten Regel zur Lösung der konkreten Anpassungsfrage fehlt und auch das zwingende Gesetzesrecht keine Antwort gibt, ist der Vertrag diesbezüglich lückenhaft; er enthält eine „*Anpassungslücke*“ und bedarf der Ergänzung, wofür die gleichen Grundsätze gelten wie für die Füllung jeder anderen Vertragslücke. Mögliche „Lückenbüsser“ sind also *das dispositive Gesetzesrecht, das Gewohnheitsrecht und die richterliche Vertragsergänzung*.

Das Gesetz enthält zwar keine umfassende Regel für den Tatbestand der „veränderten Verhältnisse“, wohl aber zahlreiche (zwingende oder dispositive) Einzelregeln, die eine Vertragsanpassung für bestimmte Fälle vorsehen oder ausschliessen. Je nachdem spricht man von positiven oder negativen Anpassungsregeln.¹¹¹ Die gleiche Terminologie wird auch für die vertraglich vereinbarten Anpassungsregeln verwendet.

b. Wird die „Anpassungslücke“ des Vertrages durch *richterliche Vertragsergänzung* gefüllt, so hat der Richter die Frage, *ob* und allenfalls *wie* der Vertrag an die „veränderten Verhältnisse“ angepasst werden soll, mit einer von ihm selbst geschaffenen (negativen oder positiven) Regel zu entscheiden. Hierfür stehen ihm wiederum zwei Möglichkeiten zur Verfügung: Entweder füllt er die vertragliche „Anpassungslücke“ mittelbar, indem er zunächst das Gesetz ergänzt (Art. 1 Abs. 2 ZGB), um dann die „modo legislatoris“ geschaffene Regel auf den Vertrag anzuwenden; oder er ergänzt den Vertrag unmittelbar, indem er die Anpassungsfrage

¹⁰⁸ Vgl. JÄGGI/GAUCH, ZK N 699 zu Art. 18 OR.

¹⁰⁹ Aus der schweizerischen Spezialliteratur vgl. etwa BISCHOFF, Vertragsrisiko und *clausula rebus sic stantibus*, Diss. Zürich 1983; BUCHER, BerK N 193 ff. zu Art. 27 ZGB; BURKHARDT, Vertragsanpassung bei veränderten Umständen in der Praxis des schweizerischen Privatrechts, Diss. St. Gallen, Bern 1996; DESCHENAUX, ZSR 61, 1942, S. 509a ff.; PICHONNAZ, *Impossibilité et exorbitance*, Diss. Fribourg 1997; SCHÖNLE, *L'imprévision de faits futurs ...*, in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Freiburg 1982, S. 413 ff.

¹¹⁰ Vgl. z.B. ENGEL, zit. in Anm. 34, S. 785 ff.

¹¹¹ Zu dieser Unterscheidung, die in der Literatur weitgehend übernommen wurde, vgl. JÄGGI/GAUCH, ZK N 595 ff. zu Art. 18 OR; hinsichtlich der vertraglichen Anpassungsregeln: N 576 ff.

nach Massgabe des „hypothetischen Parteiwillens“ entscheidet.¹¹² Zur mittelbaren Füllung der vertraglichen „Anpassungslücke“, die sich in „typischen Fällen“ rechtfertigt, kann der Richter sich auch an Anpassungsregeln des Gesetzes orientieren, die auf den konkreten Sachverhalt zwar nicht direkt anwendbar sind, aber einen Analogieschluss erlauben.¹¹³ Folgt man allerdings der bereits erwähnten Ansicht von EUGEN HUBER, so gehören die analog [234] anwendbaren Rechtssätze schon zur Kategorie der Gesetzesbestimmungen, die den Richter nach Art. 1 Abs. 1 ZGB binden, weshalb sie die richterliche Vertragsergänzung verdrängen.

Im Laufe der Geschichte haben Lehre und Rechtsprechung eine Reihe von Gründen aufgezeigt, die gegen eine Anpassung des Vertrages sprechen.¹¹⁴ Solche Gründe (etwa die „Voraussehbarkeit der Verhältnisänderung“, das „Selbstverschulden“ einer betroffenen Partei oder die „Geringfügigkeit einer Äquivalenzstörung“) konkretisieren den Grundsatz von Treu und Glauben, der in die normative Ermittlung des „hypothetischen Parteiwillens“ einfließt. Demzufolge spielen sie eine erhebliche Rolle, wenn der Richter die Anpassungsfrage durch unmittelbare Vertragsergänzung entscheidet. In jedem Fall aber gebietet der Grundsatz, wonach Verträge zu halten sind („pacta sunt servanda“), dass der Richter den Vertrag nur mit Zurückhaltung anpasst.¹¹⁵

c. Dass es bei der richterlichen Anpassung des Vertrages um ein *Problem der Vertragsergänzung* geht, wurde schon in der früheren Rechtsprechung erkannt¹¹⁶, vorübergehend aber verdrängt und neuerdings wieder entdeckt¹¹⁷. Nach dieser Erkenntnis bedarf die Anpassung des Vertrages durch den Richter keiner Abstützung auf die *Rechtsmissbrauchsnorm* des Art. 2 Abs. 2 ZGB¹¹⁸, mag auch ein Teil der Lehre und Rechtsprechung den Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs stark hervorheben¹¹⁹, indem argumentiert wird, dass sich eine Vertragsanpassung durch den Richter nur rechtfertige, wenn das Beharren der einen Partei auf dem unveränderten Vertrag einen offenbaren Rechtsmissbrauch darstelle. Dieses Argument ist wertvoll, soweit es den Richter daran erinnert, dass er den Vertrag nur mit Zurückhaltung anpassen darf. Als rechtliche Grundlage für die richterliche [235] Vertragsanpassung ist das Rechtsmissbrauchsverbot aber überflüssig, ganz abgesehen davon, dass der Gedanke des Rechtsmissbrauchs lediglich die Unzulässigkeit der Rechtsausübung begründet¹²⁰, also keine umfassende Lösung der Anpassungsfrage bringt.¹²¹

¹¹² Vgl. PICHONNAZ, zit. in Anm. 109, Nr. 1396 ff.; WIEGAND, BasK 2. Aufl., N 118 zu Art. 18 OR.

¹¹³ Zum Beispiel gestattet das Bundesgericht eine Auflösung aus „wichtigem Grund“ auch bei solchen Dauerverträgen, für die das Gesetz eine solche Auflösung nicht direkt vorsieht (vgl. BGE 92 II 300 f.; 122 III 265 f.). Das ist im vorliegenden Zusammenhang deshalb bedeutsam, weil der Eintritt veränderter Verhältnisse die Vertragsfortsetzung für eine Vertragspartei unzumutbar machen und demzufolge einen „wichtigen Grund“ zur Vertragsauflösung abgeben kann.

¹¹⁴ Vgl. JÄGGI/GAUCH, ZK N 661 ff. zu Art. 18 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, zit. in Anm. 3, Nr. 1297 ff.

¹¹⁵ KRAMER, BerK N 333 zu Art. 18 OR.

¹¹⁶ Vgl. BGE 47 II 317 f.; 59 II 376 f.

¹¹⁷ Vgl. BGE 107 II 149; 111 II 262; LGVE 1987 I, Nr. 11, S. 28; JÄGGI/GAUCH, ZK N 624 und 639 zu Art. 18 OR; KRAMER, BerK N 325 ff. zu Art. 18 OR; TERCIER, La „clausula rebus sic stantibus“ en droit suisse des obligations, JdT 1979 I, S. 204; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, zit. in Anm. 3, Nr. 1293 mit weiteren Hinweisen. Offenbar unentschieden: SCHWENZER, OR AT, zit. in Anm. 49, S. 218.

¹¹⁸ MERZ, BerK N 220 zu Art. 2 ZGB; VON DER CRONE, zit. in Anm. 77, S. 184 f.; JÄGGI/GAUCH, ZK N 645 ff. zu Art. 18 OR; KRAMER, BerK N 332 zu Art. 18 OR; PICHONNAZ, zit. in Anm. 109, Nr. 1395; WIEGAND, BasK 2. Aufl., N 117 zu Art. 18 OR.

¹¹⁹ Vgl. z.B. BGE 97 II 398; 100 II 349; 122 III 98; DESCHENAUX, in: Schweizerisches Privatrecht II, S. 200 ff.; OFTINGER, SJZ 36, 1939/40, S. 246 f.

¹²⁰ MERZ, BerK N 251 zu Art. 2 ZGB.

¹²¹ JÄGGI/GAUCH, ZK N 646 zu Art. 18 OR.

3. Wie bereits einleitend gesagt, steht es den Parteien frei, den Vertrag auch durch eine besondere Vereinbarung anzupassen, die sie nach Vertragsabschluss treffen. Namentlich bei Langzeitverträgen kommt es häufig vor, dass sie den späteren Abschluss einer solchen Vereinbarung schon im ursprünglichen Vertrage vorsehen. Das geschieht durch die Abrede einer **Neuaushandlungsklausel**, in der sich die Parteien verpflichten, über die Anpassung des Vertrages (allenfalls nur über eine Anpassung der vereinbarten Vergütung) zu verhandeln, wenn sich die Verhältnisse nach Abschluss des Vertrages in bestimmter Weise verändern.¹²²

Die Neuaushandlungsklausel ist eine Sonderform der vertraglichen Anpassungsregeln, deren spezifische Eigenart darin besteht, dass sie die Anpassungsfolge nicht selber bestimmt, sondern der späteren Vereinbarung überlässt. Der Sachverhalt, der die Verhandlungspflicht auslöst, ergibt sich aus dem Inhalt der Klausel, der ihn mehr oder weniger genau umschreibt. Tritt der betreffende Sachverhalt und damit der Verhandlungsfall ein, so sind die Parteien gestützt auf die getroffene Abrede verpflichtet, über eine entsprechende Anpassung des Vertrages zu verhandeln, und zwar mit dem selbstverständlichen Ziele, zu einer Vereinbarung zu gelangen, was ernsthafte und loyale Verhandlungen voraussetzt. Dass die Verhandlungen mit diesem Ziel zu führen sind, ist bisweilen ausdrücklich stipuliert. Erforderlich aber ist dies nicht, da sich Vertragsverhandlungen schon ihrem Wesen und Zwecke nach auf das Ziel einer Vereinbarung richten.

Schwierigkeiten ergeben sich dann, wenn der vorgesehene Verhandlungsfall zwar eingetreten ist, aber keine Vereinbarung zustande kommt, weil überhaupt nicht oder erfolglos verhandelt wird. Ist für diesen Fall keine andere Lösung (etwa das Dahinfallen des Vertrages) vereinbart, so verlagert sich der „Vollzug“ der Klausel zum Richter, sofern er von einer Partei angerufen wird.¹²³ Alsdann obliegt es dem Richter, in sinngemässer Anwendung des Art. 2 Abs. 2 [236] OR über die Vertragsanpassung zu entscheiden.¹²⁴ Unter Berücksichtigung der vertraglichen Vorgaben hat er eine Regelung zu treffen, wie die Parteien sie als vernünftige und korrekte Vertragspartner selber hätten treffen müssen, wenn sie auf Grund der Verhandlungsklausel zu einer Vereinbarung gelangt wären. Soweit die Kriterien der Vertragsanpassung durch ausdrückliche oder stillschweigende Vertragsabrede vorbestimmt sind, binden sie auch den Richter.

Ist vor dem Richter schon die Frage streitig, ob der Verhandlungsfall überhaupt eingetreten ist, so hat der Richter auch *darüber* zu entscheiden. Ist streitig, ob ein bestimmter Sachverhalt einen Verhandlungsfall im Sinne der Klausel darstellt, so entscheidet der Streit sich durch richterliche Auslegung der Klausel.

V. Nachdenkliches

1. Dass meine Ausführungen über die Auslegung, Ergänzung und Anpassung so lückenhaft sind wie die Verträge selbst, ist mir bewusst. Verglichen mit der reichhaltigen Lehre und Rechtsprechung präsentieren sie sich **fast wie ein abstraktes Bild**. Vieles wurde weggelassen, anderes nur angedeutet; eminente Publikationen blieben unberücksichtigt; manche Kontroverse blieb unausgetragen; und das Wiener Kaufrecht sowie der Rechtsvergleich, der einen

¹²² Zu dieser Klausel und der damit verbundenen Rechtslage vgl. im Einzelnen: GAUCH, Der Werkvertrag, zit. in Anm. 57, Nr. 1134 ff.; PICHONNAZ, zit. in Anm. 109, Nr. 1339 ff.

¹²³ Das Recht, den Richter anzurufen, hat freilich nur, wer selber ernsthaft verhandelt oder wer die Gegenpartei, wenn diese säumig war, unter Ansetzung einer Frist zu den Verhandlungen aufgefordert hat (vgl. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZK N 49 zu Art. 2 OR).

¹²⁴ Vgl. BGE 93 II 188 f.; KRAMER, BerK N 287 zu Art. 18 OR.

Einblick in die Schätze fremdrechtlichen Gedankengutes gewährt hätte, blieben auf der Strecke.

Und dennoch! Für mich selber war die Niederschrift eine Repetition, die mir die kunstvollen Strukturen der vertragsbezogenen Auslegungs-, Ergänzungs- und Anpassungslehre erneut vor Augen führte. Gleichzeitig aber hat sie mich auch zum **Nachdenken** gebracht. In der Tat umschliesst die erwähnte Lehre viele Aspekte, die es verdienen, dass darüber nachgedacht wird, mag dies auch schwer fallen, da wir ja meistens damit beschäftigt sind, *nicht* darüber nachzudenken, womit wir uns beschäftigen.¹²⁵

2. Beginnen wir mit dem Prinzip der Privatautonomie, wonach Verträge gelten und so gelten, weil und wie die Parteien es gewollt haben. Dieses Prinzip (und damit die Gestaltung der Vertragsverhältnisse nach dem Willen der Parteien), [237] wird nach wie vor als das Grundprinzip des Vertragsrechts begriffen.¹²⁶ Aber selbst dann, wenn man von den Schranken des zwingenden Gesetzesrechts einmal absieht, hat sich das Prinzip zu einem Ansatz gewandelt, dessen praktische Bedeutung weit geringer ist, als wir gemeinhin annehmen. Das zeigt sich gerade auch in der Auslegung und Ergänzung (allenfalls Anpassung) der Verträge. Denn:

Die richterliche *Auslegung* der Verträge stellt nur dort auf den übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen ab, wo ein solcher Wille prozessual feststeht. In den übrigen (weit häufigeren) Fällen greift der Richter zur objektiven Auslegung und entscheidet normativ, was von den Parteien als vereinbart gilt. Ist der Vertrag *lückenhaft*, was praktisch immer zutrifft, so wird das Vertragsverhältnis durch Fremdnormen angereichert, die das dispositive Gesetzesrecht oder das Gewohnheitsrecht bereithalten oder die der Richter bereitstellt.¹²⁷ Gewohnheitsrechtliche Normen, die anwendbar wären, gibt es freilich höchst selten, was im Bereiche der vertraglichen Lückenfüllung das dispositive Gesetzesrecht und das Richterrecht ganz in den Vordergrund rückt. Sie ergänzen den Vertrag mit einer Fülle von Normen, welche das Vertragsverhältnis unabhängig vom Willen der Parteien ausgestalten. Zu denken ist etwa an die implantierten Schutz- und anderen Nebenpflichten, an welche die Parteien vielfach gar nicht gedacht haben.

Die geschilderte Rechtslage bedeutet, dass der Vertrag sich vom übereinstimmenden Vertragswillen der Parteien weitgehend losgelöst hat und dementsprechend fremdbestimmt ist. Mit Rücksicht darauf liegt es nahe, von einer „*Entfremdung des Vertrages*“ zu sprechen. Der Eindruck der „Entfremdung“ wird noch verstärkt durch die Tatsache, dass sich schon die Frage, ob überhaupt ein Vertrag zustande gekommen ist (Art. 1 Abs. 1 OR), nach den vertrauens-theoretischen Kriterien des „*normativen Konsenses*“ entscheidet, soweit nicht feststeht, dass die Parteien sich tatsächlich richtig verstanden haben.¹²⁸ [238] Ausserdem ist der individuell ausgehandelte Vertrag, einst Leitmodell des Gesetzgebers, zu einem Mythos geworden, der sich um so beharrlicher hält, wie seltener es diesen Vertrag überhaupt noch gibt. Weit im Vordergrund stehen heutzutage die Massenverträge, die teils mit, teils ohne Allgemeine Ver-

¹²⁵ Formulierung in Anlehnung an HERBERT ROSENDORFER, Die besten Geschichten, München 1999, S. 229.

¹²⁶ Vgl. z.B. BUCHER, OR AT, zit. in Anm. 55, S. 87; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, zit. in Anm. 3, Nr. 314 und 612; KRAMER, BerK N 122 zu Art. 1 OR; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZK N 112 f. zu Art. 1 OR; MERZ, Vertrag und Vertragsschluss, 2. Aufl., Freiburg 1992, S. 48 und 58; ZUFFEREY-WERRO, Le contrat contraire aux bonnes moeurs, Diss. Fribourg 1988, S. 7 f.; ENGEL, zit. in Anm. 34, S. 97.

¹²⁷ Vorbehalten bleibt eine Ergänzungsabrede, durch welche die Parteien die Lücke selber füllen. Aber auch sie bedarf im Streitfall der richterlichen Auslegung, die dann häufig wiederum eine objektive Auslegung ist.

¹²⁸ Danach können Verträge zustande kommen, die eine Partei überhaupt nicht oder nicht mit „diesem“ Inhalt gewollt hat. Befand sich eine Partei in einem wesentlichen Erklärungsirrtum, so ist der abgeschlossene Vertrag für sie zwar unverbindlich (Art 23 OR), womit dann doch wieder ihr autonomer Parteiwille zum Tragen kommt. Aufs Ganze gesehen, ist eine erfolgreiche Berufung auf einen solchen Irrtum jedoch selten.

tragsbedingungen abgeschlossen werden. Um die Geltung der Allgemeinen Bedingungen zu begründen, greift man sogar dann auf den (normativen oder tatsächlichen) Konsens der Parteien zurück, wenn die Bedingungen einer Partei faktisch aufgezwungen wurden oder Regeln enthalten, die der einen oder andern oder allen Parteien unbekannt waren. Auf diese Weise wird der Konsens zu einem Geltungssymbol, das dem Diktat der Vertragsstarken und den unbedachten Inhalten Wirksamkeit verleiht, mögen auch die Unklarheits- und Ungewöhnlichkeitsregel geeignet sein, eine gewisse Korrektur zu schaffen.

3. Die Rede von der „Entfremdung des Vertrages“ bezieht sich, wenn man sie verwenden will, auf das rechtliche Vertragsverhältnis. Davon zu unterscheiden ist **der real gelebte Vertrag**. Richten wir das Augenmerk auf den Schuldvertrag, so wird der Grossteil dieser Verträge in gegenseitigem Einvernehmen der Parteien abgewickelt, ohne dass es je zu rechtlichen Komplikationen käme. Das gilt vorab für jene Verträge, in denen die Abwicklung punktuell erfolgt oder gar mit dem Abschluss des Vertrages zusammenfällt. Aber auch bei Schuldverträgen, deren Erfüllung sich zeitlich in die Länge zieht, vollzieht sich die Abwicklung regelmässig zur Zufriedenheit der Parteien. Treten tatsächliche oder vermeintliche Störungen auf, so werden sie überwiegend von den Parteien selbst bereinigt. Komplexe Langzeitverträge pflegen die Kontrahenten sogar im Bewusstsein abzuschliessen, dass sie die vereinbarte Leistungsbeziehung über den Vertragsabschluss hinaus durch tatsächliche Verhaltenskoordination konkretisieren und in kooperativem Zusammenwirken weiterentwickeln müssen. Jedenfalls aber wäre es naiv zu glauben, dass die Parteien das tatsächliche Vertragsverhalten unentwegt nach dem vereinbarten und ergänzten Inhalt des durch den Vertragsabschluss begründeten Rechtsverhältnisses richten und beurteilen würden. Die einschlägigen Sätze, welche diesen Vertragsinhalt beherrschen, wurden an Universitäten und Gerichten erfunden, so dass sie den meisten Vertragsparteien schon gar nicht bekannt sind. „Dass am Menschen nicht viel Sonderliches ist, beweist hauptsächlich die Weitläufigkeit der Jurisprudenz“, schrieb GEORG CHRISTOPH LICHTENBERG.¹²⁹ Gerade das aber möchte ich bezweifeln, weil ich der Jurisprudenz eine solche „Menschenkenntnis“ einfach nicht zutraue.

[239] Sieht man den real gelebten Vertrag in der geschilderten Weise, so kann, was ihn betrifft, von einer „Entfremdung“ durch das Recht kaum gesprochen werden. Leider aber fehlt es zumindest für die Schweiz an einer umfassenden Erforschung des tatsächlichen Vertragsverhaltens. Folglich gibt es auch keine wissenschaftlichen Daten, die zuverlässig aufzeigen, wie weit das tatsächliche Verhalten der Vertragsparteien durch den vereinbarten und ergänzten Inhalt des Vertragsverhältnisses und die diesbezügliche Vertragslehre beeinflusst wird. Doch wird niemand in Abrede stellen, dass für dieses Verhalten auch andere Umstände (bisweilen schon die Marktmacht eines Vertragspartners) eine grundlegende Rolle spielen.

In jungen Jahren, beim Doktor-Werden und darüber hinaus, hatte ich zwar geglaubt, der Vertrag gehöre vor allem den Juristen. Insbesondere identifizierte ich das Vertragsleben mit der vertragsbezogenen Rechtsprechung. Wie unrichtig dies war, zeigt aber bereits die Tatsache, dass Woche für Woche Millionen von Verträgen (allein schon in den schweizerischen Verkaufszentren der Grossverteiler) abgeschlossen werden, von denen jedoch nur ein mückekleiner Teil vor die Gerichte kommt. Dementsprechend klein ist auch die Bedeutung der Richter, wenn man sie an dieser Tatsache misst. Verschwindend gering ist sie mit Bezug auf die kleinen Alltagsgeschäfte, die in ihrer gesellschaftlichen Summe viel wichtiger sind als die „wichtigeren“ Verträge, von denen ab und zu einer den Weg vor die Gerichte findet.

¹²⁹ GEORG CHRISTOPH LICHTENBERG, *Schriften und Briefe II*, 6. Aufl., Frankfurt a. M. 1998, S. 191, Nr. 98.

4. Die Frage nach der Bedeutung der Richter¹³⁰ erhält selbstredend einen ganz anderen Sinn, sobald es im Streit vor Gericht um die Auslegung und Ergänzung (allenfalls Anpassung) des Vertrages geht. Alsdann stellt sich **die Frage, welche Bedeutung die Person des Richters für die Streitentscheidung hat.** Und *diese* Bedeutung ist enorm. Denn trotz aller Regeln und gedanklicher Hilfsmittel, die für die Auslegung und Ergänzung der Verträge erfunden wurden, ist unausweichlich, dass das Ergebnis immer auch von der inneren „Identität“¹³¹ des Richters [240] (insbesondere von seiner intellektuellen, emotionalen und sozialen Persönlichkeit) abhängt, die sich in einem fortdauernden Wandel befindet.¹³²

a. Das Gesagte gilt vorab für *die objektive Auslegung und die unmittelbare Ergänzung des Vertrages mit einer vom Richter selbst geschaffenen Regel*, wo das wertende Element besonders deutlich zum Vorschein tritt. Das Leitbild der vernünftig und korrekt (redlich) handelnden Vertragsparteien, an das sich der Richter bei dieser Auslegung oder Ergänzung hält, vermag daran nichts zu ändern. Auch wenn ihm das besagte Leitbild als Hilfsvorstellung dient, so werden die Unterscheidungen zwischen „vernünftig“ und „unvernünftig“, „korrekt“ und „unkorrekt“ eben doch von ihm getroffen und sind damit keineswegs losgelöst von seiner Person.¹³³ Unter den vielen Antworten, welche die Frage nach dem „Vernünftigen“ oder „Korrekten“ (oder die Frage nach „Treu und Glauben“) zulässt, wählt der Richter diejenige, die seiner eigenen Wertung entspricht.¹³⁴ Auf diese Weise erfahren wir aus seiner Antwort nicht, was „vernünftig“ oder „korrekt“ *ist*, jedoch eine Menge über seine Person.¹³⁵ Die Antwort ist das Abbild seiner eigenen Menschlichkeit.

Dass auch das Element der „Vernunft“, das in den „vernünftigen“ Vertragsparteien aufscheint, auf die Person des auslegenden oder ergänzenden Richters zurückweist, vermag nur jene zu erstaunen, die glauben, dass es sich dabei um ein „neutrales“ Kriterium handle, das der Richter zwar zu finden, nicht aber zu *erfinden* habe. In Wirklichkeit ist jedoch das Argument der Vernunft, dem das moderne Vertragsrecht (ja das moderne Recht überhaupt) eine überragende Stellung einräumt, ebenso wertungsabhängig wie etwa das Argument der [241] „Korrektheit“.¹³⁶ Was die einen „vernünftig“ finden, erscheint daher den anderen als

130 Wie bereits in Anm. 9 gesagt, verstehe ich das Wort „Richter“ im Sinne eines generischen Maskulins, das auch *die Richterin* einschliesst.

131 Ein besserer Ausdruck kommt mir leider nicht in den Sinn. Früher habe ich gleichbedeutend auch vom „Selbst“ des Richters gesprochen, was ich hier vermeide, weil ich mir bewusst geworden bin, welche Kontroversen dieser Ausdruck unter den Psychologen auslöst. Ein Kollege der Literaturwissenschaften hat mir statt dessen den Ausdruck „Ich“ („das Ich des Richters“) vorgeschlagen, wohl deshalb, weil „alle Romane aller Zeiten mit dem Rätsel des Ich beschäftigt“ sind (MILAN KUNDERA, *Die Kunst des Romans*, Frankfurt a. M. 1996, S. 31).

132 Vgl. dazu auch WALTER, *Psychologie und Recht aus der Sicht eines Richters*, in: SCHMID/TERCIER (Herausgeber), *Psychologie und Recht*, Freiburg 2000, S. 47 ff. Den gleichen Gedanken, wenn auch allgemeiner, formuliert JAMES BOYD WHITE wie folgt: „A system by which human beings decide matters of deep importance to other people will always be one in which the deciders bring their own values and experiences of life to the process; they will always function out of particular cultural places, out of particular psychological and emotional structures, which will do much to shape how they work“ (in: AUSTIN SARAT/THOMAS R. KEARNS, zit. in Anm. 107, S. 55).

133 Vgl. HEINZ VON FOERSTER, *Wahrheit*, zit. in Anm. 7, S. 37.

134 Zur objektiven Auslegung vgl. auch WALTER, zit. in Anm. 132, S. 50, der den Gedanken wie folgt formuliert: „Insbesondere im Zivilrecht gründet jede vertrauens-theoretische Vertragsauslegung auf einer in den Vordergrund gestellten Rationalitätsvermutung, die der Richter aus seinen eigenen, als verallgemeinerungsfähig erachteten und ausgegebenen Massstäben entwickelt. ... Vertragsauslegung (wird dadurch) zur Vertragsgestaltung.“

135 Vgl. sinngemäss HEINZ VON FOERSTER, *Sicht und Einsicht*, Heidelberg 1999, S. 5; hinsichtlich der Auslegung vgl. auch SCHWENZER, *OR AT*, zit. in Anm. 49, S. 212.

136 Vgl. dazu auch NIGGLI, zit. in Anm. 19, S. 25 .

„unvernünftig“. Was Männer (typischerweise) für „vernünftig“ halten, können Frauen durchaus als „unvernünftig“ erachten.¹³⁷ Und was den Einzelnen „vernünftig oder unvernünftig“ erscheint, ändert sich“.¹³⁸ Die menschliche Vernunft kann also nicht dazu dienen, absolute Massstäbe zu setzen. Wer sie als objektive Instanz dem Subjektiven gegenüberstellt, verkennt ausserdem, dass auch die Rationalität des Menschen vom Gefühl geleitet ist.¹³⁹

b. Der Satz, wonach das Ergebnis von der inneren Identität des Richters abhängt, gilt aber auch für die *subjektive Auslegung* des Vertrages, für die *ergänzende Anwendung von dispositivem Gesetzesrecht* und für die *mittelbare Vertragsergänzung durch den Richter*. Bei all diesen Operationen handelt es sich um Denkvorgänge des Richters, die – wie sämtliche Vorgänge des menschlichen Denkens – „eingebettet“ sind „in den Gesamtprozess des psychischen Geschehens“, in den „Kontext der Gefühle und Affekte“ und das „Wert- und Motivsystem“ der jeweiligen Person.¹⁴⁰ So vollzieht sich (bei der subjektiven Auslegung) auch der Entscheid darüber, ob ein übereinstimmender wirklicher Vertragswille der Parteien (und gegebenenfalls welcher Wille) nachgewiesen ist, nicht losgelöst von der inneren Identität des Richters, auf dessen Vorstellung es diesbezüglich ankommt.¹⁴¹

Was sodann die ergänzende Anwendung dispositiven Gesetzesrechts betrifft, so setzt sie eine Auslegung des Gesetzes und einen Entscheid über die Anwendbarkeit der dispositiven Regel voraus, die ihrerseits subjektiv mitgeprägt sind.¹⁴² Die mittelbare Vertragsergänzung durch den Richter beginnt dagegen mit einer Lückenfüllung des Gesetzes (Art. 1 Abs. 2 ZGB), in welche die subjektiven Vorstellungen, Wertungen und Emotionen des Richters einfließen.¹⁴³ Beim Analogieschluss ist die anwendbare Regel zwar in der Gestalt einer gesetzlichen Vorschrift vorgegeben, kommt jedoch nur deshalb zur Anwendung, weil der zu [242] beurteilende, gesetzlich unregelte Sachverhalt den in der fraglichen Vorschrift geregelten Fällen wertungsmässig entspricht.¹⁴⁴ Hier wirkt sich die Identität des Richters schon auf den Entscheid der Frage aus, ob die vorausgesetzte Gleichartigkeit der Wertungslagen erfüllt ist.

5. Die Bedeutsamkeit, die ich der inneren Identität des Richters für die Auslegung und Ergänzung der Verträge beimesse, besagt zugleich, dass der Inhalt des fremdbestimmten Vertragsverhältnisses, soweit er vor Gericht umstritten ist, *in erheblichem Ausmass durch die individuelle Person des Richters bestimmt* wird. Sind am Entscheid mehrere Richter beteiligt, was meistens zutrifft, so vermindert dies zwar den Einfluss der einzelnen Richterperson, lässt dafür aber auch gruppensdynamische Abläufe in die Motivationslage der Beteiligten eingehen, da, wie KAFKAS Landvermesser K., auch der Richter in seiner Institution anerkannt sein will.¹⁴⁵

Diese Betrachtungsweise mag mir den Vorwurf einbringen, dass ich die Rechtsprechung „versubjektiviere“. Den Vorwurf nehme ich gerne hin, wenn damit gemeint ist, dass es nach meiner Ansicht **keine „objektiven“ Gerichtsentscheide** über Sachverhalte oder Rechts-

¹³⁷ Vgl. dazu EMMENEGGER, *Feministische Kritik des Vertragsrechts*, Diss. Freiburg 1999, S. 110 ff.

¹³⁸ LUDWIG WITTGENSTEIN, *Über Gewissheit*, Frankfurt 1971, S. 87, Nr. 336.

¹³⁹ DANIEL GOLEMAN, *Emotionale Intelligenz*, München und Wien 1996, S. 62.

¹⁴⁰ Vgl. DIETRICH DÖRNER, *Die Logik des Misslingens*, Hamburg 1989, S. 14.

¹⁴¹ Wohl mit Rücksicht darauf stellt WIEGAND (BasK 2. Aufl., N 14 zu Art. 18 OR) fest, dass eine „Abgrenzung zwischen empirischer Ermittlung des wirklichen Willens und der objektivierten Auslegung kaum möglich“ sei.

¹⁴² Zum personalen Aspekt der Gesetzesauslegung vgl. schon GAUCH, *Argumente*, recht 2000, S. 92 f.

¹⁴³ Vgl. dazu GAUCH, *Argumente*, recht 2000, S. 94.

¹⁴⁴ Vgl. KRAMER, zit. in Anm. 78, S. 148.

¹⁴⁵ Zum Landvermesser K. vgl. MILAN KUNDERA, zit. in Anm. 131, S. 120.

fragen gibt, die unabhängig sind von den individuellen Eigenschaften derer, die entscheiden. Denn solche Entscheide kann es gar nicht geben, da man von den Richtern schlechterdings nicht erwarten kann, dass sie aufhören, Mensch zu sein, nur weil sie richten.¹⁴⁶ Somit sind es immer Menschen, welche die Entscheide nach ihrer Sicht der Dinge produzieren. Für jene, welche die Richter mit „sagenhaften Automatenwesen“¹⁴⁷ verwechseln, mag diese Feststellung schockierend sein, obwohl sie doch nur die persönliche Verantwortung der Richter in Erinnerung ruft. Kein Richter kann sich aus der Verantwortung stehlen, indem er behauptet, er habe mit dem, was entschieden wurde, nichts zu tun. Das gilt unbekümmert darum, „dass das unvermeidliche irrationale Element der Rechtsfindung letztlich an keinem verbindlichen Masstab der Richtigkeit gemessen werden kann“.¹⁴⁸

Das alles besagt nun aber nicht, dass die Richter ihre Meinungen unbeeinflusst von der Gesellschaft bilden. Vielmehr sind sie *eingebunden in eine durch Geschichte und Gegenwart geprägte Kultur- und Wertegemeinschaft*, in der sie [243] erzogen wurden und leben, was in ihr Empfinden, ihr Denken, ihr Weltbild und ihre Wertvorstellungen einfließt. Insofern wirken auch die Grundsätze, welche die Lehre und Rechtsprechung für die Auslegung und die Ergänzung von Gesetzen und Verträgen entwickelt haben, in den Entscheidungen der Gerichte fort, die sich ihrerseits auf die Weiterentwicklung der genannten Grundsätze auswirken. Wovor man sich jedoch hüten muss, ist die Vorstellung, dass die Auslegung und Ergänzung, ja überhaupt die Rechtsprechung, mechanische Vorgänge und die Richter eine Art trivialer Maschinen seien, die – einer vorgegebenen Regel folgend – allesamt auf den gleichen „Input“ mit dem gleichen „Output“ reagieren.¹⁴⁹ Die Richter selbst würden einer solchen Vorstellung aufs heftigste widersprechen, was die Gerichte aber nicht davon abhält, den Eindruck der Trivialisierung zu fördern, indem sie meistens davon absehen, in den veröffentlichten Urteilstexten auch die Minderheitsmeinungen der am Urteil beteiligten Richter zu publizieren. Diese Praxis der publizierten „Scheineinigkeit“ habe ich schon mehrmals kritisiert¹⁵⁰, obwohl ich weiss, dass wie fragwürdiger eine Praxis ist, desto mehr Argumente man findet, um sie zu rechtfertigen.

6. Blicke ich auf meine **Ausführungen** zurück, so scheint mir, dass in der **Zukunft** noch vieles zu tun bleibt. Eine junge Generation von Vertragsrechtlern muss sich „an der Schwelle zum einundzwanzigsten Jahrhundert“ *erneut mit den Grundlagen und den Regelungsgrundsätzen ihres Rechtsgebietes auseinander setzen*, getragen von der kritischen Einsicht, dass alle Regeln (auch die Formeln, welche die Lehrbücher zieren) menschliche Erfindungen und dementsprechend änderbar sind. Wer diese Einsicht verdrängt und den Weg zur Wissenschaft macht „wie Hunde, die mit ihren Herrn spazieren gehen“ („hundertmal dasselbe vorwärts und rückwärts“)¹⁵¹, mag vielleicht zu Ehren kommen, bleibt trotz allem Vor- und Rückwärts aber stehen. Natürlich glaube ich nicht, dass das Vertragsrecht vom Ei an neu zu erfinden wäre. Wohl aber meine ich, dass es manches zu überdenken gilt, z.B. schon die Frage, ob die Basis des Vertragsrechts der Wille der Parteien oder eher das Vertrauen ist, dessen Schutzwürdigkeit unter anderem erklärt, warum vertragliche Versprechen überhaupt zu halten sind. Dass „die Privatautonomie Ausgangspunkt und selbstverständliches Grundprinzip unseres Vertragsrechts“, der Vertrauensschutz dagegen nur ein komplementäres Prinzip sei, würde

¹⁴⁶ Vgl. sinngemäss HARRY COLLINS/TREVOR PINCH, *Der Golem der Forschung*, Berlin 1999, S. 174.

¹⁴⁷ Ausdruck von HARRY COLLINS/TREVOR PINCH, zit. in Anm. 146, S. 174.

¹⁴⁸ WALTER, zit. in Anm. 132, S. 53.

¹⁴⁹ Zum Bild von den trivialen Maschinen vgl. HEINZ VON FOERSTER, *Sicht und Einsicht*, zit. in Anm. 135, S. 12.

¹⁵⁰ So z.B. recht 2000, S. 96 und ZSR 119, 2000, I, S. 24.

¹⁵¹ GEORG CHRISTOPH LICHTENBERG, *Schriften und Briefe I*, zit. in Anm. 43, Nr. 489.

ich heute nicht mehr mit der gleichen Überzeugung sagen, wie ich es [244] noch vor einigen Jahren tat.¹⁵² Aus einer vertieften Auseinandersetzung mit unserer Vertragsordnung und den Ideen, die sie tragen, entstände wahrscheinlich ein anderes Bild.

Aber auch *der real gelebte Vertrag und die inneren Abläufe der richterlichen Entscheidung* eröffnen weite Forschungsfelder, die zu beackern es lohnt. Um das tatsächliche Geschehen begreifbarer zu machen, ist eine solche Forschung sogar unerlässlich. Für die Entscheide der Richter gilt dies um so mehr, als „Treu und Glauben“, „Vertrauensprinzip“, „Korrektheit“, „Vernunft“ und dergleichen nur Erklärungsprinzipien sind¹⁵³, deren die Gerichte sich bedienen, um ihre Intuition in Worte zu kleiden und damit das Unerklärbare erklärbar zu machen.¹⁵⁴ Abhandlungen und Bücher über solche Prinzipien gibt es zwar viele. Solange sie sich aber nicht auch mit den Richtern befassen, die sich der Prinzipien bedienen, erlauben sie es niemals, mit den grundlegenden Fragen der Rechtsprechung ins Klare zu kommen.¹⁵⁵

Eine Beschäftigung mit dem Vertrag, wie ich sie hier vorschlage, wäre für die Fortentwicklung des Vertragsrechts weit wichtiger als die unablässige Aufbereitung eingelebter Gerichts- und Lehrsätzen samt dem Streit um dogmatische Nuancen: Eine Arbeit, die wir wohl wegen ihrer Mühseligkeit als „Forschung“ bezeichnen, von der wir bei allem „Wissenschaftsoptimismus“ aber nicht einmal wissen, wie weit sie das wirkliche Vertragsleben der Gesellschaft überhaupt beeinflusst. Nur eines ist sicher: Ohne neue Impulse drohen uns Monotonie und Langeweile.

Korr.: sf, 25.6.2007

152 GAUCH, Vertrag und Parteiwille, in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Freiburg 1992, S. 366 und 352.

153 Zu den „Erklärungsprinzipien“ vgl. PAUL WATZLAWICK, Vom Unsinn des Sinns oder vom Sinn des Unsinns, 6. Aufl., München 1999, S. 18.

154 Zu Vernunft und Rationalität vgl. auch PAUL FEYERABEND, zit. in Anm. 6, S. 24: „Genau genommen haben wir hier zwei *Wörter*, ‚Vernunft‘ und ‚Rationalität‘, die mit fast jeder Idee oder fast jeder Verfahrensweise verbunden werden können ...“.

155 Formuliert in Abwandlung eines Satzes von ROBERT MUSIL, zit. in Anm. 1, S. 245: „Über die gute Gesinnung ... kann man immer wieder ein Buch schreiben, und das ... bedeutet eine Methode, bei der man mit den wichtigsten Lebensfragen niemals ins Klare kommt.“