

# Das gesetzliche Vertragstypenrecht der Schuldverträge

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

Publiziert in: *Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme*, Festschrift für HEINRICH HONSELL, Zürich 2002, S. 3 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

## Einleitung und Thema

1. [3] Die vertrauliche Einladung der Herausgeber, in die Festschrift zu Ihrem sechzigsten Geburtstag zu schreiben, hat mich, lieber Herr HONSELL, nicht überrascht. Überraschend war nur, dass sie so früh kam, hatte ich Sie doch um einige Jahre jünger eingeschätzt, obwohl ich diesbezüglich nicht gutgläubig sein konnte (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Da ich selber älter geworden bin, musste ich vernünftigerweise annehmen, dass auch Sie altersmässig nicht stehen blieben. Und Ihr bisheriges Lebenswerk hätte mich belehren müssen, dass einer, der so viel bewegt hat, dies nicht tun konnte, ohne sich selber gegen die Sechziger Grenze zu bewegen.

Natürlich habe ich sofort zugesagt, was mir um so leichter fiel, als ich gerade in den Zustand der Halbpension getreten und daher noch voller Hoffnung war, der Widerstreit zwischen Schreiblust und Alltagspflichten werde sich zu Gunsten der Ersteren entscheiden. Auch schien die primäre Schwierigkeit, ein Thema für den erwarteten Beitrag zu finden, durch die Vorgabe der Herausgeber überwunden zu sein. „Kollege Honsell“, stand in deren Einladung, „hat sich seit seiner Tätigkeit in Zürich intensiv mit dem Besonderen Teil des schweizerischen Obligationenrechts beschäftigt. Wir möchten ihm daher eine Festschrift mit Beiträgen zu diesem Forschungsgebiet überreichen. Titel der Festschrift soll sein: *Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme*“.

Damit war der Rahmen für meinen Beitrag abgesteckt. Aber wie häufig, so begann auch hier die Mühsal mit der Konkretisierung. Denn das „Besondere Vertragsrecht“ ist ein weites Gebiet. Und die aktuellen Probleme, die es enthält, sind ungezählt, da jeder alles, was er für problematisch erachtet, zugleich als aktuell empfindet. So nahm auch meine Computer-Liste der Probleme, die ich im Hinblick auf die Auswahl eines konkreten Themas anzulegen begann, immer mächtiger zu, bis sie eines Tages unter einem löschenden Fehlgriff ins elektronische Nichts verschwand. Was [4] zurückblieb, war die Erinnerung an einige Einzelfragen, die mir für eine festschriftmässige Behandlung aber zu speziell erschienen, weshalb ich es vorzog, mich dem allgemeinen Thema vom „gesetzlichen Vertragstypenrecht“ zuzuwenden, nicht ahnend, auf was ich mich da einliess.

2. Das *gesetzliche Vertragstypenrecht* der Schuldverträge, mit dem ich mich (unter Ausschluss des Wiener Kaufrechts) befassen will, ist vor allem im Besonderen Teil des Obligationenrechts (Art. 184 ff. OR), teilweise aber auch in Sondergesetzen geregelt. Es enthält für die davon erfassten Verträge je eine verschiedene Bezeichnung und ein besonderes Regelungsprogramm. In der Fakultät, in der ich lehre, bildet es den Gegenstand einer eigenen Vorlesung. Und diese stellt mich immer wieder vor die methodische Frage, ob ich im Vorlesungssaal „einen Vertragstyp nach dem anderen“ (Kauf, Tausch, Schenkung usw.) erläutern oder den Stoff querschnittsmässig behandeln soll.

---

\* Ich danke meiner Assistentin, Frau lic. iur. TINA BALZLI, für die kritische Durchsicht und die Korrektur des Manuskripts.

Die *erste Methode* hat den doppelten Vorteil, dass sie der gesetzlich vorgegebenen Stoffeinteilung folgt und es den Studierenden erlaubt, sich parallel zu den Vorlesungen (oder ausschliesslich) am beliebten Lehrbuch von HONSELL<sup>1</sup> zu orientieren. Die *zweite Methode*, die bei den einzelnen Vertragsfragen (z.B. Zustandekommen des Vertrages, Gültigkeit, Schlechtleistung) ansetzt, erleichtert die gedankliche Verbindung mit den allgemeinen Lehren des Vertragsrechts. Ausserdem fördert sie die Einsicht, dass das gesetzliche Recht der verschiedenen Vertragstypen wesentliche Unterschiede aufweist, ohne dass immer verständlich ist, weshalb gleiche oder analoge Rechtsfragen bald so, bald anders, bald überhaupt nicht geregelt sind. In vielen Punkten gewinnt man den Eindruck, dass der Unterschied auf historischem Zufall beruht. Dogmatisch ist das kodifizierte Recht der Vertragstypen jedenfalls nur wenig durchdacht.<sup>2</sup> Und insgesamt fehlt es dem gesetzlichen Vertragstypenrecht, das verschiedene Schichten der Gesetzgebung aus verschiedenen Generationen zusammenfügt, an einer wertemässigen Harmonisierung. Das ist ein Mangel des Gesetzes, der durch neuere Partialrevisionen<sup>3</sup> noch verstärkt wurde.<sup>4</sup>

### Die Qualifikation der Verträge und der Streit um die Qualifikation

3. [5] Seit einigen Jahren entscheide ich mich für die zweite Methode, was mich aber nicht davon dispensiert, die Studierenden auch mit der *Qualifikation der Schuldverträge* zu befassen. Sie ist deshalb von Bedeutung, weil sie darüber entscheidet, ob ein konkreter Vertrag dem einen oder anderen oder überhaupt keinem Vertragstyp des Gesetzes zugehört. Diese rechtliche Zuordnung ist eine Rechtsfrage, auf deren Beantwortung die Parteien über die Vereinbarung des Vertragsinhaltes hinaus keinen Einfluss haben. Vielmehr hat der Richter die Qualifikationsfrage stets von Amtes wegen zu prüfen, ohne an die Meinungen der Parteien oder die von ihnen verwendete Vertragsbezeichnung gebunden zu sein.<sup>5</sup> Lässt sich der vereinbarte Schuldvertrag einem gesetzlich geordneten Vertragstyp zuordnen, so handelt es sich nach eingebürgerter Terminologie um einen Nominat-, sonst um einen Innominatvertrag.

a. Ob der konkrete Vertrag mit seinem vereinbarten Inhalt einem gesetzlichen Vertragstyp zugehört, beurteilt sich nach den spezifischen Merkmalen, die jedem Vertragstyp des Gesetzes eigen sind. Für die meisten Vertragstypen, die besonders geordnet sind, enthält das Gesetz am Anfang der einschlägigen Typenordnung eine *begriffliche Umschreibung*, worin es z.B. bestimmt: „Durch den Kaufvertrag verpflichtet sich der Verkäufer, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, und der Käufer, dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen“ (Art. 184 Abs. 1 OR).<sup>6</sup> Diese Umschreibungen, welche die unterscheidenden Merkmale der jeweiligen Vertragstypen definieren, sind überwiegend so formuliert, dass sie auf den erklärten Verpflichtungswillen zumindest einer Partei abstellen<sup>7</sup>.

1 HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 6. Aufl., Bern 2001.

2 FELIX DASSER, Vertragstypenrecht im Wandel, Zürich 2000, S. 71.

3 Vgl. dazu HEINRICH HONSELL, zit. in Anm. 1, S. 4 f.

4 Vgl. auch FELIX DASSER, zit. in Anm. 2, S. 295.

5 Vgl. BGE 113 II 266; 112 II 43; 99 II 313; 84 II 496; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 7. Aufl., Zürich 1998, Nr. 1038; JÄGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar, N 224 ff. zu Art. 18 OR; ERNST KRAMER, Berner Kommentar, N 84 zu Art. 18 OR.

6 Französisch: „La vente est un contrat par lequel le vendeur s’oblige à livrer la chose vendue à l’acheteur et à lui en transférer la propriété moyennant un prix que l’acheteur s’oblige à lui payer.“ Italienisch: „La compra e vendita è un contratto per cui il venditore si obbliga a consegnare l’oggetto venduto al compratore ed a procurargliene la proprietà e il compratore a pagare al venditore il prezzo.“

7 Ein Beispiel ist die bereits zitierte Umschreibung des Kaufvertrages in Art. 184 Abs. 1 OR. Dass es sich hierbei um eine Begriffsbestimmung handelt, wird vom einem Teil der Lehre zwar bestritten. So meint auch HEINRICH HONSELL, zit. in Anm. 1, S. 21, dass Art. 184 Abs. 1 OR „keine Definition des Kaufs“ enthalte,

Wie alle Bestimmungen des Gesetzes bedürfen sie aber der [6] Auslegung<sup>8</sup>, wozu nebst dem Wortlaut auch das zugehörige Regelungsprogramm, der abgrenzende Vergleich mit anderen Vertragstypen und weitere Auslegungsmittel dienen. Damit ist zugleich gesagt, dass der Wortlaut der jeweiligen Umschreibung für sich allein nicht entscheidend ist, um deren Inhalt zu ermitteln. So ist etwa auch der Forderungskauf ein Kaufvertrag im Sinne des Gesetzes<sup>9</sup>, obwohl der Verkäufer einer Forderung sich nicht, wie Art. 184 Abs. 1 OR es schreibt, zur „Verschaffung von Eigentum“, sondern zur Abtretung der verkauften Forderung (Art. 164 OR) verpflichtet und die Gewährleistung für die abgetretene Forderung im allgemeinen Abtretungsrecht (Art. 171 - 173 OR) geregelt ist. Umgekehrt betrachtet die herrschende Meinung den entgeltlichen Lizenzvertrag als Innominatvertrag<sup>10</sup>, obgleich er nach dem blossen Wortlaut des Art. 275 OR ein Pachtvertrag wäre.<sup>11</sup>

b. Die spezifischen Merkmale der gesetzlichen Vertragstypen, an denen sich die Qualifikationsfrage orientiert, sind zu unterscheiden von den objektiv wesentlichen Punkten (den „*essentialia negotii*“), über die sich die Parteien unter allen Umständen einigen müssen, damit ein Vertrag nach Art. 1 OR zustande kommt. Das ist deshalb hervorzuheben, weil eine weit verbreitete Meinung die „*essentialia negotii*“ aus den „vertragstypenbestimmenden“ Teilen des Vertrages herleiten will.<sup>12</sup> Diese Meinung aber ist erstens nur auf gesetzlich geregelte Verträge (nicht auf Innominatverträge) zugeschnitten; und zweitens verkennt sie, dass im heutigen [7] System der Vertragstypenfreiheit die gesetzlichen Typmerkmale gar nicht darauf gerichtet sind, auch den Umfang des für das Zustandekommen des Vertrages erforderlichen Konsenses festzulegen.<sup>13</sup> Dieser bestimmt sich vielmehr nach anderen Kriterien. Was die „*essentialia negotii*“<sup>14</sup> betrifft, umfasst er alle (aber nur jene) Vertragspunkte, die einer Regelung durch die Parteien selbst bedürfen, weil sonst eine Vertragslücke offen bliebe, die weder durch das Gesetz noch durch Gewohnheitsrecht oder Richterrecht geschlossen werden könnte.<sup>15</sup>

---

sondern „lediglich die Pflichten der Parteien“ umschreibe. Nach meiner Leseart aber bestimmt Art. 184 Abs. 1 OR, dass der Vertrag ein Kaufvertrag ist, wenn die Parteien sich nach dem Inhalt ihrer Vertragserklärungen zu den gesetzlich genannten Leistungen verpflichten. Deutlich zutage tritt dieser definitorische Sinn der Bestimmung in der französischen und in der italienischen Fassung des Gesetzestextes, die im Unterschied zur deutschsprachigen Formulierung des Art. 184 Abs. 1 OR eine traditionelle Definitionsformel verwenden (vgl. Anm. 6). Gleich verhält es sich für die gesetzlichen Umschreibungen anderer Vertragstypen, z.B. des Miet- oder des Werkvertrages (vgl. PIERRE TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 2. Aufl., Zürich 1995, Nr. 67 f.). Wer einer Gesetzesbestimmung aus sprachlogischen Gründen den Definitionscharakter abspricht, dabei aber nur die deutschsprachige Fassung berücksichtigt (so: FELIX DASSER, zit. in Anm. 2, S. 73 f.), greift um zwei publizierte Fassungen zu kurz, die „in gleicher Weise massgebend sind“ (Bundesgesetz über die Gesetzes-sammlungen und das Bundesblatt, Publikationsgesetz, vom 21. März 1986, Art. 9).

8 Dass auch eine Definition auslegungsbedürftig ist, versteht sich von selbst, da es überhaupt keine Sätze gibt, die nicht der Auslegung bedürfen. Auch die Auslegungsbedürftigkeit ist somit kein Grund, einer gesetzlichen Bestimmung den Definitionscharakter abzusprechen.

9 Statt vieler HERBERT SCHÖNLE, Zürcher Kommentar, N 60 zu Art. 184 OR.

10 Vgl. PETER HIGI, Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 275 - 304 OR, N 204 ff., der aber selber anderer Meinung ist.

11 Nach der Formulierung von FELIX DASSER (zit. in Anm. 2, S. 80) fällt der Lizenzvertrag „rein begrifflich betrachtet unter den Pachtvertrag (Art. 275 OR) ..., wird aber dennoch nicht als Pachtvertrag behandelt“. Diese Formulierung scheint für den Begriff des Pachtvertrages allein auf den Wortlaut des Art. 275 OR abzustellen.

12 Vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, zit. in Anm. 5, Nr. 339, mit Zitaten.

13 Vgl. JÖRG SCHMID, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Diss. Freiburg 1988, S. 158.

14 Im Unterschied zu den subjektiv wesentlichen Vertragspunkten.

15 Vgl. dazu im Einzelnen: PETER GAUCH, Von den wesentlichen Vertragspunkten, recht 1991, S. 46 ff.

4. Für viele Schuldverträge, die in der Praxis vorkommen, wirft die Qualifikation keine nennenswerten Probleme auf. Für andere hingegen ist *zweifelhaft und umstritten*, welchem Vertragstyp des Gesetzes, wenn überhaupt einem, sie rechtlich zugehören.

a. Der *Streit um die Qualifikation* durchzieht den ganzen Bereich der vertraglichen Leistungsverhältnisse, was sich unter anderem daraus erklärt, dass die Grenzen zwischen verschiedenen Vertragstypen des Gesetzes unscharf sind.<sup>16</sup> In der Kontroverse um die rechtliche Zuordnung tritt bald dieser, bald jener Vertrag in den Vordergrund, über dessen Qualifikation dann besonders heftig gestritten wird, bis der Streit nach einer gewissen Zeit wieder abflaut. Ein schönes Beispiel hierfür liefert der entgeltliche Architekturvertrag, der von einem selbständigen Architekten abgeschlossen wird, also nicht unter die Regeln des Einzelarbeitsvertrages (Art. 319 ff. OR) fällt. Nach einer längeren Phase der juristischen Auseinandersetzung hat sich unter dem Einfluss der höchstrichterlichen Rechtsprechung<sup>17</sup> eine herrschende Meinung herausgebildet, wonach der reine Planungsvertrag des Architekten ein Werkvertrag, der Bauleitungsvertrag ein Auftrag und der Gesamtvertrag des Vollarchitekten (welcher die Planung und die Bauleitung umfasst) ein aus Werkvertrag [8] und Auftrag gemischter Vertrag ist, dessen Auflösung aber insgesamt dem Auftragsrecht unterliegt.<sup>18</sup>

b. Die geschilderte Qualifizierung des Architekturvertrages, die differenzierend auf die jeweils versprochene Leistung des Architekten abstellt, wurde soeben als Beispiel herausgegriffen, weil die Abgrenzungsprobleme zwischen Auftrag und Werkvertrag geradezu klassisch sind. Ausserdem ist sie *in zweifacher Hinsicht aufschlussreich*:

Zum einen beruht sie auf der Überlegung, dass der Architekt in seiner vertraglichen Funktion als Planer ein bestimmtes Arbeitsergebnis (nämlich die Pläne) und damit ein Werk im Sinne des Werkvertragsrechtes (Art. 363 OR) schulde, während die Übernahme der Bauleitung zwar zu sorgfältiger Arbeit, aber zu keinem Arbeitsergebnis verpflichtet, was ein typisches Merkmal des einfachen Auftrages (Art. 394 OR) sei.<sup>19</sup> Hier habe man es mit einer „*obligation de moyens*“, dort mit einer „*obligation de résultat*“ zu tun, womit eine Dichotomie aufscheint, die in der analytischen Erfassung der Obligationen stark hervorgehoben wird.<sup>20</sup> Bei aller Achtung, welche diese klassifizierende Unterscheidung verdient<sup>21</sup>, darf sie aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die „gesamte“ Leistungsschuld eines Beauftragten durchaus auch Elemente umfassen kann, die für sich allein genommen erfolgsbestimmt sind. So verhält es sich etwa beim Heilungsvertrag des Zahnarztes, den das Bundesgericht in BGE 110 II 378

16 Ausgehend von der erwähnten Unschärfe spricht FELIX DASSER (zit. in Anm. 2) von einem „Kontinuum der Vertragstypen“ (z.B. S. 7, 9 und 22), womit er meint, dass „Vertragstypen ... keine isolierbaren Erscheinungen, sondern miteinander durch stufenlose Übergänge verbunden“ sind (S. 19). Das so verstandene „Kontinuum“ verwendet er als „Topos“ („Kontinuum-Topos“), den er seinen rechtstheoretischen Überlegungen zum Vertragstypenrecht zugrunde legt (vgl. insbes. S. 271 ff.). Dieser argumentative Ansatz ist gewiss ein-drucksvoll, in seiner begrenzten und ausschliessenden Sichtweise aber doch zu eng (vgl. auch ERNST KRAMER, SJZ 98, 2002, S. 26 f.), weshalb ich ihn vermeide.

17 Vgl. BGE 127 III 545; 114 II 56; 110 II 382 ff.; 109 II 464 ff. und weitere.

18 Vgl. dazu HEINRICH HONSELL, zit. in Anm. 1, S. 267 f., der jedoch die ungeteilte Unterstellung des Gesamtvertrages unter die Auflösungsregeln des Auftrages kritisiert. Ferner PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 47 ff., mit weiteren Differenzierungen und einer abweichenden Meinung bezüglich der Qualifikation des Gesamtvertrages (vgl. dazu nachfolgend lit. b).

19 Vgl. HEINRICH HONSELL, zit. in Anm. 1, S. 267.

20 Statt vieler: FRANZ WERRO, La distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens ..., ZSR 1989 I, S. 253 ff.; DERSELBE, Le mandat et ses effets, Fribourg 1993, S. 283 ff.; PASCAL PICHONNAZ, Impossibilité et exorbitance, Diss. Fribourg 1997, Nr. 233 ff.; DERSELBE, JdT 2000 I, S. 586 ff.

21 Vgl. etwa HENRI MAZEAUD, ZBJV 90, 1954, S. 540: „On peut être tenté d'affirmer que la découverte de cette classification constitue l'événement le plus important qui se soit produit dans le droit des obligations depuis le droit romain, mis à part le développement de la responsabilité civile.“

f. insgesamt („dans son ensemble“) dem Auftragsrecht unterstellt, wozu das Gericht ausdrücklich festhält: „La confection des éventuels ouvrages nécessaires au traitement est ... englobée dans le contrat de mandat et soumise ... à l'obligation de bonne et fidèle exécution du contrat.“ Dem Sinne nach gleich verhält es sich meines Erachtens für den Gesamtvertrag des Architekten, den ich in Abweichung von der heute herrschenden Lehre und Rechtsprechung als [9] reinen Auftrag qualifiziere, obwohl er die Planungsleistung mitumfasst.<sup>22</sup> In einem kürzlich veröffentlichten Entscheid (BGE 127 III 545) scheint das Bundesgericht anzudeuten, dass sich seine allerneueste Rechtsprechung diesem Standpunkt, den es in seiner vormaligen Rechtsprechung selber noch vertreten hatte<sup>23</sup>, wieder annähert. „Cette évolution de la jurisprudence“, so schreibt das Bundesgericht im zitierten Entscheid, „semble aller dans le sens préconisé par une partie de la doctrine, qui voudrait que la responsabilité de l'architecte global soit soumise exclusivement aux règles du mandat.“

Zum andern ist eine auftragsrechtliche Qualifikation des *entgeltlichen* Bauleitungsvertrages nur deshalb möglich, weil der einfache Auftrag nach schweizerischem Recht (und davon ist hier die Rede) auch entgeltlich sein kann (Art. 394 Abs. 3 OR). Anders verhält es sich z.B. in Deutschland, nach dessen BGB die Unentgeltlichkeit der vereinbarten Arbeitsleistung ein typbestimmendes Merkmal des Auftrages ist (§ 662 BGB). Dort wird der Bauleitungsvertrag (und auch der Gesamtvertrag) des Architekten überwiegend als Werkvertrag qualifiziert, weil man dafür hält, dass der bauleitende Architekt einen Erfolg (ein Werk) schulde<sup>24</sup>, was nach der hiezulande herrschenden Meinung gerade nicht der Fall ist. Diese unterschiedliche Betrachtung legt den Gedanken nahe, dass die gesetzlichen Merkmale der Vertragstypen auf die Interpretation des vertraglich vereinbarten Leistungsinhaltes zurückwirken, indem wir Juristen dazu tendieren, den vereinbarten Inhalt eines konkreten Vertrages so zu sehen, dass er die Merkmale eines für die rechtliche Zuordnung anvisierten Vertragstyps erfüllt. Zirkulär schliessen wir dann von den Merkmalen des anvisierten Vertragstyps auf die Eigenart des zu qualifizierenden Vertrages, die wir wiederum verwenden, um den betreffenden Vertrag dem anvisierten Typ zuzuordnen. In diesem vitiösen Zirkel äussert sich ein Präferenzeffekt, der uns dazu verleitet, Argumente für die „Richtigkeit“ der Qualifikation zu finden, die wir favorisieren. Das ist ein (meist unbewusster) Vorgang, der sich in ähnlicher Weise auch in anderen Bereichen der juristischen Argumentation und in anderen Wissenschaftsbereichen<sup>25</sup> abspielt, an sich also keine Besonderheit darstellt, die gerade und nur die Qualifikation von Verträgen betrifft.

### **Das immanente Defizit des Vertragstypenrechts und seine Abschwächung**

5. [10] Erfüllt der konkrete Schuldvertrag die gesetzlichen Merkmale eines Vertragstyps, den das Gesetz besonders ordnet, so untersteht er nach herrschender Lehre und Rechtsprechung dem *besonderen Regelungsprogramm*, das die gesetzliche Vertragsordnung für diesen Typ vorsieht. Obwohl das erwähnte Programm für den betreffenden Vertragstyp eine eigene Regelung enthält, hat es doch den Charakter eines *Standardprogramms*, da die typbestimmenden Merkmale sich auf einige Elemente des vereinbarten Vertrages beschränken, andere dagegen auslassen.<sup>26</sup> Die Auslassungen sind geradezu eine Voraussetzung der Typenbildung, die es

---

22 Zu den Einzelheiten vgl. PETER GAUCH, Der Werkvertrag, zit. in Anm. 18, Nr. 57 ff. Im Ergebnis zustimmend: PIERRE TERCIER, zit. in Anm. 7, Nr. 4188. Kritisch HEINRICH HONSELL, zit. in Anm. 1, S. 268.

23 BGE 98 II 311 ff.; 93 II 313; 89 II 406.

24 Z.B. BGHZ 82, S. 100 = NJW 1982, S. 438 ff.; INGENSTAU/KORBION, Kommentar zur VOB, 14. Aufl., Düsseldorf 2001, N 9 ff. zu § 13 VOB/B.

25 Vgl. z.B. JOHN HORGAN, Der menschliche Geist, München 2000, S. 123 f. und 133.

26 Im ersten Entwurf meines Beitrages hatte ich hier unter dem Einfluss der Systemtheorie noch beigefügt, dass die Eigenschaften, die der vereinbarte Vertrag als ein „integriertes Ganzes“ habe, in den gesetzlichen Typ-

dem Gesetzgeber ermöglicht, für eine bestimmte Kategorie vergleichbarer Verträge ein gemeinsames Regelungsprogramm aufzustellen. Das aber hat zur Folge, dass nicht alle gesetzlichen Regeln eines Vertragstyps auf alle konkreten Verträge, die darunter fallen, in gleicher Weise zugeschnitten sind.

6. Dieses *immanente Defizit* des Vertragstypenrechts ist eine Konsequenz der reduktiven Typenbildung, widerspiegelt aber auch die allgemeine Erfahrung, dass es kaum je Regeln gibt, die auf alle Situationen, für die sie bestimmt sind, gleich gut passen. Das Defizit ist unvermeidbar, wird jedoch in mehrfacher Weise abgeschwächt:

a. Erstens enthält die gesetzliche Ordnung vieler Vertragstypen für verschiedene Arten des gleichen Typs, also für verschiedene „Untertypen“, partiell verschiedene Regeln. So unterscheidet z.B. die gesetzliche Regelung des Kaufvertrages zwischen dem „Fahrniskauf“, dem „Grundstückkauf“ und den „Besonderen Arten des Kaufvertrages“. Im Mietvertragsrecht finden sich eine Reihe von Bestimmungen, die nur für die „Miete von Wohn- und Geschäftsräumen“ gelten. Das Pachtvertragsrecht kennt besondere Bestimmungen für die landwirtschaftliche Pacht, die ausserhalb des OR in einem Sondergesetz untergebracht sind (vgl. Art. 276a OR). Und das Recht des Einzelarbeitsvertrages enthält spezielle Bestimmungen für den „Lehrvertrag“, den „Handelsreisendenvertrag“ und den „Heimarbeitsvertrag“, die [11] durch die „allgemeinen Vorschriften über den Einzelvertrag“ ergänzt werden (Art. 355 OR). All diesen Beispielen ist gemeinsam, dass der Gesetzgeber versucht, durch eine differenzierende Ausgestaltung des entsprechenden Regelungsprogramms auf die Besonderheiten unterschiedlicher Typarten Rücksicht zu nehmen. Soweit er dies tut, hat die Qualifikation auch darüber zu entscheiden, welchem „Untertyp“ eines bestimmten Vertragstyps der konkrete Vertrag zugehört, ob ein Kaufvertrag z.B. ein Fahrniskauf- oder ein Grundstückkauf ist oder ob es sich bei einem Mietvertrag um eine „Miete von Wohn- und Geschäftsräumen“ handelt oder nicht.

b. Zweitens sind die Regeln des gesetzlichen Vertragstypenrechts, aufs Ganze gesehen, *überwiegend dispositiver Natur*<sup>27</sup>, also darauf gerichtet, einen lückenhaften Vertrag zu ergänzen.<sup>28</sup> Soweit dies zutrifft, steht es den Parteien frei, missliebige Vorschriften durch eigene (vereinbarte) Vertragsregeln zu ersetzen. Diese Freiheit besteht zwar nicht schrankenlos. Abgesehen von allfälligen Formvorschriften, die einzuhalten sind, unterstehen Vereinbarungen, die vom dispositiven Recht abweichen, auch der Inhaltsschranke des Art. 19 OR, wonach sie nur zulässig sind, wenn die Abweichung „nicht einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit in sich schliesst“ (Art. 19 Abs. 2 OR).

Die soeben erwähnten Schranken lassen den Parteien jedoch einen weiten Spielraum, innerhalb dessen sie den Inhalt der vom dispositiven Recht abweichenden Vereinbarungen bestimmen können. Unter anderem können sie auch gültig vereinbaren, dass auf den Vertrag eines bestimmten Typs gesetzliche Vorschriften eines andern Typs zur Anwendung kommen. So können sie etwa verabreden, dass ihr Vertrag, obwohl er ein Werkvertrag ist, der Auflösungsregel des auftragsrechtlichen Art. 404 OR untersteht, oder dass sich für ihren Kaufvertrag die Mängelhaftung nach den Regeln des Werkvertrages (Art. 367 ff. OR) richte.

---

merkmalen überhaupt nicht berücksichtigt werde. Nun bin ich aber unsicher, ob sich systemtheoretische Aussagen, die lebende Systeme betreffen, auf Verträge übertragen lassen. Denn Verträge werden von den Parteien zwar gelebt, sind selber aber keine lebenden Systeme. Deshalb und weil ich eine körperweltliche Sichtweise des Vertrages vermeiden möchte, habe ich den beigefügten Satz wieder gestrichen.

27 Vgl. auch PIERRE TERCIER, zit. in Anm. 7, Nr. 127.

28 Vgl. dazu JÄGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar, N 502 ff. zu Art. 18 OR.

Eine solche Vereinbarung ist zu unterscheiden von der Qualifikation des Vertrages, die dem Parteiwillen schlechthin entzogen bleibt<sup>29</sup>. Sie betrifft nicht die Qualifikation, sondern den vereinbarten Inhalt des Vertrages, indem sie die typfremden Gesetzesbestimmungen zum Bestandteil dieses Inhaltes macht. Als Bestandteil des vereinbarten Vertragsinhaltes schöpfen sie ihre Geltungskraft nicht aus dem [12] Gesetz, sondern aus der Vereinbarung der Parteien. Dass sie zum gesetzlichen Regelungsprogramm eines andern Vertragstyps gehören, steht ihrer Vertragsgeltung nicht entgegen, selbst wenn sie vom dispositiven Recht des Vertragstyps abweichen, dem der vereinbarte Vertrag zugehört. Anders wäre es, wenn sie dem zwingenden Recht widersprechen würden, das für den betreffenden Vertrag gilt. Zwingende Bestimmungen, die auf den vereinbarten Vertrag anwendbar sind, können nicht wegbedungen werden, auch nicht durch die vertragliche Übernahme typfremder Gesetzesbestimmungen.

c. Drittens dienen die dispositiven Bestimmungen des gesetzlichen Vertragstypenrechts, wie gesagt, der Vertragsergänzung. Das aber heisst noch nicht, dass einschlägige Dispositivnormen eines Vertragstyps ohne weiteres zur Anwendung kommen, wenn ein Vertrag, der die Typmerkmale erfüllt, lückenhaft ist, weil die Parteien es unterlassen haben, eine entsprechende Abrede zu treffen.<sup>30</sup> Vielmehr sind sie *anwendbar nur dann, wenn sie den vereinbarten Inhalt des betreffenden Einzelvertrages sinnvoll ergänzen*, indem sie sich harmonisch in den übrigen Vertragsinhalt einpassen.<sup>31</sup> Fehlt es an dieser Voraussetzung, so ist die bestehende Vertragslücke anderswie auszufüllen, allenfalls mit einer Regel, die der Richter auf dem Wege der Analogie dem Regelungsprogramm eines anderen Vertragstyps entnimmt<sup>32</sup> oder die er nach dem normativ verstandenen Kriterium des „hypothetischen Parteiwillens“<sup>33</sup> selber kreiert.<sup>34</sup> Vorbehalten bleiben solche Dispositivnormen, die das Gesetz mit gesteigerter Geltungskraft ausgestattet hat, indem es für deren Wegbedingung eine schriftliche oder ausdrückliche Abrede verlangt.<sup>35</sup> Deren Anwendung kann selbst durch eine stillschweigende Abrede nicht wegbedungen werden. Um so weniger vermag ihre Anwendbarkeit im Falle einer Vertragslücke daran zu scheitern, dass die Normen sich nicht harmonisch in das Vertragsganze einfügen.<sup>36</sup>

[13] Abgesehen vom soeben erwähnten Vorbehalt erfordert die Ergänzung des Vertrages mit einer einschlägigen Dispositivnorm ein wertendes Urteil darüber, ob die betreffende Norm zusammen mit dem vereinbarten Vertragsinhalt zu einem widerspruchsfreien Gesamtergebnis führt.<sup>37</sup> Daraus ergibt sich eine Flexibilisierung des gesetzlichen Vertragstypenrechts<sup>38</sup>, das für das dispositive Recht grundsätzlich keine Geltung beansprucht, soweit es den konkreten Vertrag nicht sinnvoll ergänzt. Bezogen auf den Totalunternehmervertrag, der ein Werkvertrag (Art. 363 OR) ist<sup>39</sup>, kann dies z.B. bedeuten, dass der Bauherr, der auf die Ausführung des vom Unternehmer erarbeiteten Projektes verzichtet, die bereits geleistete Arbeit zwar zu

---

29 Vgl. bereits oben bei Anm. 5.

30 WALTER SCHLUEP, *Innominatverträge*, in: Schweiz. Privatrecht VII/2, Basel/Stuttgart 1979, S. 796.

31 JÄGGI/GAUCH, *Zürcher Kommentar*, N 517 f. zu Art. 18 OR; vgl. dazu FELIX DASSER, zit. in Anm. 2, S. 95 f. und 304 f.

32 Vgl. nachfolgend lit. d.

33 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, zit. in Anm. 5, Nr. 1257 ff.

34 Verweist die einschlägige Dispositivnorm auf das richterliche Ermessen (vgl. nachfolgend lit. e), so ist der Richter von vornherein aufgerufen, die Vertragslücke durch eine von ihm selbst gesetzte Regel auszufüllen.

35 Vgl. z.B. Art. 198, Art. 336b Abs. 2 und Art. 214 Abs. 3 OR.

36 JÄGGI/GAUCH, *Zürcher Kommentar*, N 519 zu Art. 18 OR.

37 JÄGGI/GAUCH, *Zürcher Kommentar*, N 514 zu Art. 18 OR.

38 Vgl. FELIX DASSER, zit. in Anm. 2, S. 94 ff.

39 Statt vieler: BGE 117 II 274; 114 II 53 ff.; 107 II 50 ff.; aus der neueren Literatur: VIKTOR AEPLI, *Zur Rechtsnatur des Totalunternehmervertrages*, Baurecht 2000, S. 46 ff. mit einer Stellungnahme zur abweichenden Rechtsprechung des Kantonsgerichtes Schwyz.

vergüten hat, von der dispositiven Pflicht<sup>40</sup> zur Schadloshaltung des Unternehmers (Art. 377 OR) aber auch ohne entsprechende Abrede befreit ist. So hat das Bundesgericht für einen konkreten Fall entschieden, dass der Besteller mangels Einigung über das ihm unterbreitete Projekt gegen Entschädigung der bereits erbrachten Leistungen den Totalunternehmervertrag auflösen könne, ohne schadenersatzpflichtig zu werden.<sup>41</sup>

d. Viertens sind die verschiedenen Regelungsprogramme des gesetzlichen Vertragstypenrechts nach der Aufgabe, die ihnen der Gesetzgeber zugeordnet hat, zwar keine „Pick-and-mix-Programme“, welche es dem Rechtsanwendenden erlauben, die auf den Einzelvertrag anwendbaren Normen ohne Rücksicht auf die Qualifikation eklektisch zusammenzustellen<sup>42</sup>. Umgekehrt sind sie aber doch *durchlässig* in dem Sinne, dass sie nach den Grundsätzen der Gesetzesanalogie eine *typübergreifende Rechtsanwendung* gestatten.<sup>43</sup> Fehlt es im gesetzlichen Regelungsprogramm, dem ein Nominatvertrag untersteht, an einer passenden Regel, so kann zur Ergänzung dieses Vertrages auch auf eine Bestimmung gegriffen werden, die zwar im Programm eines anderen Vertragstyps enthalten ist, den typfremden Vertrag [14] aber sinnvoll ergänzt. So kann es sich etwa rechtfertigen, dem Käufer einer mangelhaften Sache in analoger Anwendung des werkvertraglichen Art. 368 Abs. 2 OR ein Nachbesserungsrecht einzuräumen, wenn dies nach Massgabe des konkreten Kaufobjektes und der Umstände (z.B. bei einem Kauf über eine künftige Sache, die der Verkäufer selber herstellt<sup>44</sup>) ein angemessener Rechtsbehelf ist.<sup>45</sup> Dasselbe gilt, wenn der Verkäufer eine vereinbarte Arbeit (z.B. die Anpassung eines verkauften Kleidungsstücks), die er im Rahmen des Kaufvertrages als untergeordnete Nebenleistung schuldet<sup>46</sup>, mangelhaft ausführt.

In einer solchen Rechtsanwendung, welche die Regeln eines Vertragstyps durch Analogieschluss auf den Nominatvertrag eines andern Typs überträgt, äussert sich die umschriebene Durchlässigkeit der gesetzlichen Regelungsprogramme. Ein gesetzlich geregelter Sonderfall ist die sinngemässe Anwendung des Abzahlungsrechts auf Nominatverträge, die zwar keine Kaufverträge auf Abzahlung (Art. 226a Abs. 1 OR) sind, aber in den durch Art. 226m OR erweiterten Geltungsbereich der heute noch geltenden Vorschriften über den Abzahlungsvertrag fallen.<sup>47</sup> Eine *andere Art der Durchlässigkeit* besteht, soweit das Gesetz im Regelungsprogramm eines Vertragstyps bestimmt, dass auf Verträge dieses Typs (z.B. auf den Frachtvertrag) auch Vorschriften eines andern Typs (z.B. des einfachen Auftrags) zur Anwendung kommen.<sup>48</sup> Dadurch werden die betreffenden Vorschriften zum Bestandteil auch des

---

40 Zum dispositiven Charakter des ganzen Art. 377 OR vgl. PETER GAUCH, Werkvertrag, zit. in Anm. 18, Nr. 582 ff.

41 Einschlägige Stelle unveröffentlicht; dazu aber PETER GAUCH, Baurecht 1989, S. 39 ff., insbes. S. 40, Anm. 19.

42 In diese Richtung tendiert jedoch der Vorschlag von EUGEN BUCHER (ZSR 102, 1983 II, S. 321 f.), „die werdende Zuordnung [der Verträge] nicht auf der übergeordneten Stufe der Vertragstypen, sondern der untergeordneten Stufe der Einzelordnungen“ vorzunehmen.

43 Vgl. JÉRÔME HUET, Les principaux contrats spéciaux, Paris 1996, S. 22.

44 Zur Abgrenzung gegenüber dem Werklieferungsvertrag vgl. PETER GAUCH, Der Werkvertrag, zit. in Anm. 18, Nr. 126 ff.

45 Zu eng BGE 95 II 125 f., worin ein Nachbesserungsrecht des Käufers (mangels entsprechender Vereinbarung) generell abgelehnt wird. Zurückhaltend: HEINRICH HONSELL, zit. in Anm. 1, S. 92.

46 Die untergeordnete Nebenleistung, die der Verkäufer schuldet, macht den betreffenden Vertrag nicht zu einem gemischten (Innominat-)Vertrag; vielmehr liegt ein Kaufvertrag und damit ein Nominatvertrag „mit Beimischung“ vor (vgl. dazu WALTER SCHLUEP, Innominatverträge, zit. in Anm. 30, S. 773 f.).

47 Die Vorschriften über den Abzahlungsvertrag (Art. 226a – 226m OR) werden mit dem Inkrafttreten des „neuen“ (revidierten) Konsumkreditgesetzes vom 23. März 2001 (voraussichtlich am 1. Januar 2003) aufgehoben und durch Vorschriften dieses Gesetzes ersetzt, weshalb ich auf Art. 226m OR nicht im Einzelnen eintrete.

48 Zum Frachtvertrag vgl. Art. 440 Abs. 2 OR; weitere Beispiele: Art. 237, Art. 418b und Art. 425 Abs. 2 OR.

gesetzlichen Regelungsprogramms, das sie durch Verweis übernimmt, weshalb ihre diesbezügliche Anwendung keine typübergreifende Rechtsanwendung im hier verstandenen Sinne ist.

e. Fünftens enthält das gesetzliche Vertragstypenrecht verschiedene Bestimmungen, die auf *die Übung* (auch den „Ortsgebrauch“) oder *das richterliche Ermessen* (auch „die Umstände“) verweisen. Die Übung, auf die verwiesen wird, ersetzt [15] entweder eine „eigengesetzliche“ Sachnorm<sup>49</sup> oder geht einer solchen vor<sup>50</sup>; so oder anders erlangt sie den Charakter einer Norm<sup>51</sup>, die dem praktischen Vertragsleben Rechnung trägt. Soweit das Gesetz dagegen auf das richterliche Ermessen verweist, belässt es dem Richter die Freiheit, eine Vertragsregel zu finden und anzuwenden, die nach Recht und Billigkeit (Art. 4 ZGB) auf die Besonderheiten des Einzelvertrages Rücksicht nimmt.

### **Die zwingenden Bestimmungen des Vertragstypenrechts**

7. Wie bereits gesagt, sind die Bestimmungen des gesetzlichen Vertragstypenrechts überwiegend dispositiver Natur. Darüber hinaus aber gibt es *zwingende Bestimmungen* (auch zwingende Gültigkeitsbestimmungen), die sich in unterschiedlicher Dichte auf die verschiedenen Regelungsprogramme des Vertragstypenrechts verteilen. Die gesetzliche Regelung einzelner Vertragstypen (z.B. die Regelung des Miet- oder des Einzelarbeitsvertrages) enthält eine Menge zwingender Vorschriften; die besondere Regelung anderer Typen enthält nur wenige oder keine.

Der Unterschied zum dispositiven Recht ist deshalb relevant, weil die zwingenden Bestimmungen „*unabänderlich*“ sind (Art. 19 Abs. 2 OR); sie können weder durch Parteiabrede wegbedungen werden, noch entfällt ihre Anwendbarkeit aus dem schlichten Grund, dass sie auf den konkret vereinbarten Vertrag nur schlecht passen. Auf einer anderen (vorgeschobenen) Ebene liegt die Auslegungsfrage, ob eine zwingende Bestimmung für alle Verträge zwingend ist, die unter die einschlägige Typordnung fallen. Das ist meistens, aber nicht notwendigerweise der Fall<sup>52</sup>. So gibt es z.B. Lehrmeinungen, welche die auftragsrechtliche Auflösungsregel des Art. 404 Abs. 1 OR entgegen der Rechtsprechung des Bundesgerichtes<sup>53</sup> bloss für bestimmte (unentgeltliche oder höchstpersönliche) Auftragsverhältnisse, nicht für [16] alle einfachen Aufträge als zwingend erachten.<sup>54</sup> Ich selber verneine den zwingenden Charakter des Art. 404 Abs. 1 OR überhaupt.<sup>55</sup>

---

49 Statt die Frage selber zu regeln, verweist hier das Gesetz auf die Übung. Beispiel: Art. 394 Abs. 3 OR, wonach dem Beauftragten „eine Vergütung ..... zu leisten“ ist, „wenn sie verabredet oder üblich ist“.

50 Hier regelt das Gesetz die Frage zwar selber, lässt die Übung aber vorgehen. Z.B. Art. 188 OR: „Sofern nicht etwas anderes vereinbart worden oder üblich ist, trägt der Verkäufer die Kosten der Übergabe ....., der Käufer dagegen die der Beurkundung und der Abnahme.“

51 Vgl. JÄGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar, N 522 zu Art. 18 OR.

52 Vgl. EUGEN BUCHER, ZSR 102 1983 II, S. 321, und FELIX DASSER, zit. in Anm. 2, S. 290, die ich allerdings nur als Beleg für den Satz anführe, wonach zwingende Bestimmungen eines Regelungsprogramms nicht notwendigerweise für alle Verträge zwingend sind, die unter die betreffende Typordnung fallen.

53 Statt vieler: BGE 115 II 464 ff.; BGr. ZBJV 1997, S. 333 f.

54 Vgl. die Zitate bei WALTER FELLMANN, Berner Kommentar, N 108 zu Art. 404 OR, und ROLF WEBER, Basler Kommentar, 2. Aufl. 1992, N 10 zu Art. 404 OR.

55 Ausführlich: PETER GAUCH, Art. 404 OR – Sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Frage seines zwingenden Charakters, recht 1992, S. 17 ff.; ebenso HEINRICH HONSELL, zit. in Anm. 1, S. 315, der „die Lehre von der zwingenden Natur des Art. 404 OR“ als „verfehlt“ bezeichnet. Auf die Streitfrage erneut einzutreten, macht hier keinen Sinn, da schon alles geschrieben wurde, was es hierzu zu schreiben gibt.

Eine Besonderheit gilt für die nur *halbzwingenden* Bestimmungen, wie sie namentlich in der gesetzlichen Typenordnung des Einzelarbeitsvertrages<sup>56</sup>, des Privatversicherungsvertrages<sup>57</sup> oder des Pauschalreisevertrages<sup>58</sup> anzutreffen sind. Diese Bestimmungen sind „unabänderlich“ nur in der einen, nicht aber in der anderen „Richtung“, indem sie abweichende Abreden zu Ungunsten der einen, nicht aber der andern Partei verbieten. Mit Rücksicht darauf werden sie meistens als „einseitig zwingende“ Bestimmungen bezeichnet. Ebenso gut könnte man von einseitig dispositiven Bestimmungen sprechen. Soweit sie abweichende Abreden zulassen, besteht die gleiche Rechtslage wie bei dispositiven Bestimmungen.

**8.** Durch die zwingenden und halbzwingenden Bestimmungen des Vertragstypenrechts wird die Vertragsfreiheit der Parteien beschränkt. Und das wiederum fördert in Lehre und Rechtsprechung *das Phänomen der Typenflucht*<sup>59</sup>, das darin besteht, die Anwendung unpassender Gesetzesvorschriften dadurch zu vermeiden, dass ein konkreter Vertrag, der an sich die Merkmale eines bestimmten Vertragstyps (z.B. eines Einzelarbeitsvertrages) oder eines bestimmten „Untertyps“ erfüllen würde, anderswie qualifiziert wird. Ein bekanntes Beispiel hierfür ist die „Flucht aus dem Auftragsrecht“, um die Anwendung des vom Bundesgericht für zwingend erklärten Art. 404 Abs. 1 OR zu vermeiden.<sup>60</sup>

[17] In Grenzfällen, in denen mehrere Qualifikationen in Frage kommen, kann es zwar durchaus richtig sein, jene Qualifikation zu wählen, die der Vertragsfreiheit den geringeren Abbruch tut<sup>61</sup>, die Qualifikation also darnach zu bestimmen, was sie für die Autonomie der Vertragsparteien bewirkt. Sonst aber ist die Typenflucht eine Umgehung des gesetzgeberischen Willens und als solche abzulehnen, selbst wenn sie sich für eine bestimmte Vertragskonstellation in Lehre und Rechtsprechung eingelebt hat.

### **Allgemeine Vertragsbedingungen**

**9.** Die (beschränkte) Freiheit der Parteien, bei der Gestaltung ihrer Verträge von den dispositiven und „in einer Richtung“ auch von den halbzwingenden Normen des Vertragstypenrechts abzuweichen, hat durchaus praktische Bedeutung. Denn die Vertragspraxis macht von dieser Freiheit regen Gebrauch. Zum Teil werden die abweichenden Vertragsregeln individuell vereinbart. Häufig aber finden sich die vereinbarten Regeln in *Allgemeinen Vertragsbedingungen*, deren Verwendung für einzelne Verträge so verbreitet ist, dass sie die gesetzliche Vertragstypenordnung geradezu überwuchern.

Obwohl Allgemeine Vertragsbedingungen für den Mehrfachgebrauch vorgeformt sind, vermögen sie den „Nuancenreichtum des Marktgeschehens“<sup>62</sup> grundsätzlich besser aufzufangen als das gesetzliche Vertragstypenrecht. Darin liegt gewiss ein Vorteil. Umgekehrt aber sind Allgemeine Bedingungen oft ein Vehikel, mit dem die Vertragsstarken ungerecht-

---

56 Vgl. die Aufzählung in Art. 362 OR.

57 Vgl. die Aufzählung in Art. 98 VVG.

58 Nach Art. 19 des Pauschalreisegesetzes, das die einschlägige Typenordnung enthält, kann „von den Bestimmungen dieses Gesetzes zuungunsten des Konsumenten nur dort abgewichen werden, wo dies ausdrücklich vorgesehen ist“ (Art. 19 PauRG).

59 Diese Behauptung kann ich freilich nicht durch wissenschaftliche Untersuchungen belegen; sie beruht nur auf eigener Wahrnehmung. Eine gerade gegenteilige Tendenz beschreibt JÉRÔME HUET (zit. in Anm. 43, S. 21) für Frankreich: „Lorsqu'on est à proximité d'un statut contractuel impératif ... il se produit un phénomène d'attraction par ce dernier... La raison en est qu'on s'efforce ainsi d'éviter les fraudes à la loi ....“.

60 Vgl. HEINRICH HONSELL, zit. in Anm. 1, S. 315 mit weiteren Verweisen; FELIX DASSER, zit. in Anm. 2, S. 299.

61 ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht, Band I, Teilband 1, 8. Aufl., Heidelberg 1995, S. 211.

62 ESSER/SCHMIDT, a.a.O., S. 211.

einseitige Regeln zum Nachteil ihrer Vertragspartner durchsetzen.<sup>63</sup> Das Unbehagen, das darüber besteht, ist weit verbreitet. Spuren davon finden sich auch im besonderen Miet- und Pachtrecht, das Allgemeine Vertragsbedingungen, die zum Nachteil des Mieters oder Pächters von Art. 256 Abs. 1 oder 288 Abs. 1 OR abweichen, für nichtig erklärt (Art. 256 Abs. 2/288 Abs. 2 OR). Das ist zwar ein begrüssenswerter Versuch, den „Missbrauch“ Allgemeiner Vertragsbedingungen zu bekämpfen. Indes beschränkt er sich einseitig auf den Schutz des Mieters und Pächters und schützt auch diese nur partiell, ganz abgesehen davon, dass das Vertragstypenrecht der übrigen Verträge vergleichbare [18] Vorschriften nicht enthält. Überhaupt ist das Vertragstypenrecht ungeeignet, um das übergreifende Problem der Allgemeinen Vertragsbedingungen umfassend zu lösen.

Was not tut, ist eine generelle Gerechtigkeitskontrolle durch die Gerichte, die Allgemeine Bedingungen mit unangemessenem Inhalt trotz vereinbarter Übernahme für unwirksam erklären. Das Bundesgericht hat diesen Schritt bis anhin noch nicht getan, vielleicht auch deshalb nicht, weil es an den erforderlichen Vorbringen der Parteivertreter gefehlt hat. Eine kreative Rechtsprechung hätte jedoch keine Mühe, tragfähige Argumente für eine Inhaltskontrolle zu finden. Die dogmatische Vorarbeit wurde schon mehrfach geleistet.<sup>64</sup> Und mit Art. 8 UWG<sup>65</sup> hat sogar der Gesetzgeber ein Instrument bereit gestellt, das bei einer sinnvollen Auslegung der Bestimmung<sup>66</sup> weiterhelfen könnte, obwohl sie von einem Teil der doktrinären [19] Lehre so nachhaltig kritisiert wurde<sup>67</sup>, dass sie aus dem Rechtsalltag praktisch ver-

---

63 In BGE 122 III 123 anerkennt auch das Bundesgericht, dass die Verfasser Allgemeiner Vertragsbedingungen ihre Stärke benützen, um ihre Position zu Lasten der weniger Gewandten zu verbessern, von denen notorisch sei, dass sie die Bedingungen in den meisten Fällen gar nicht lesen.

64 Die Ansatzpunkte, mit denen in der Lehre operiert wird, um eine gerichtliche Inhaltskontrolle dogmatisch zu begründen, sind zahlreich (vgl. z.B. ERNST KRAMER, Berner Kommentar, N 290 ff. zu Art. 19 - 22 OR und die Nachweise bei GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, zit. in Anm. 5, Nr. 1149). Entgegen der Meinung, welche ich früher vertreten habe und die auch in das soeben erwähnte Lehrbuch eingeflossen ist, glaube ich heute an die Möglichkeit einer überzeugenden Begründung. Dafür spricht schon die Einsicht, dass „weder die Rechtsordnung noch die Wirtschaft Vertragsverhältnisse hinnehmen [können], die aufgrund struktureller Ungleichheiten einen gerechten Interessenausgleich verfehlen“ (LARENZ/WOLF, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., München 1997, § 43 N 1, S. 782 f.). Die Idee, dass dispositives Recht durch Allgemeine Vertragsbedingungen überhaupt unabdingbar sei (Nachweise bei ERNST KRAMER, a.a.O., N 277 f. zu Art. 19 - 22 OR), verwerfe ich allerdings nach wie vor.

65 Danach handelt „unlauter ..., wer vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei: a. von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder b. eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen“. Über die vertragsrechtlichen Konsequenzen dieses Verhaltens gehen die Meinungen auseinander (vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, zit. in Anm. 5, Nr. 1155 ff. mit Nachweisen). Ein Teil der Lehre ist der Ansicht, dass die betreffenden Bedingungen nach Massgabe des Art. 20 OR nichtig oder „einseitig nichtig“ sind. Nach einer anderen Ansicht bleibt der Vertragspartner des Verwenders auf die Rechtsbehelfe des UWG verwiesen (offengelassen in BGE 119 II 448). Ich selber vertrat in Baurecht 1987, S. 57 ff. die zweite Position. Sie eröffnet dem benachteiligten Vertragspartner die Möglichkeit, sich mit den Klagen des Art. 9 UWG zu behelfen. Insbesondere kann er dem Richter beantragen, „eine bestehende Verletzung zu beseitigen“ (Art. 9 Abs. 1 UWG), was auf eine Gestaltungsklage auf Ungültigerklärung der betreffenden Bedingungen hinausläuft.

66 Auslegungsbedürftig ist vor allem das Merkmal der Irreführung (deutsch: „in irreführender Weise“), das erst in den Beratungen des Parlamentes zum Tatbestand des Art. 8 UWG hinzukam. Dieses Merkmal ist nach meiner Auffassung erfüllt, wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Zeitpunkt der Übernahme aus irgend einem Grund *geeignet* sind, einen benachteiligten Vertragspartner des Verwenders zu täuschen (französisch: „de nature à provoquer une erreur au détriment d'une partie contractante“). Nur auf diese *Eignung* zur Täuschung (sei es über die Existenz der Allgemeinen Bedingungen, ihren Inhalt oder ihre Beachtlichkeit) kommt es an, also weder auf eine Täuschungsabsicht des Verwenders noch darauf, ob dessen Vertragspartner tatsächlich getäuscht wird. Wird das Merkmal *so* verstanden, dann vermag es der Bestimmung des Art. 8 UWG nicht jede Bedeutung zu nehmen, wie bisweilen behauptet wird.

67 Nachweise bei ERNST KRAMER, Berner Kommentar, N 281 und 284 ff. zu Art. 19-22 OR.

schwunden ist.<sup>68</sup> Zuzugeben ist freilich, dass das UWG nicht der passende Rahmen ist, um das Problem der Allgemeinen Vertragsbedingungen zu regeln, weshalb Art. 8 UWG denn auch hinter den Anforderungen zurückbleibt, die das Phänomen der Allgemeinen Vertragsbedingungen an eine zeitgemässe Gesetzgebung stellt. Der schweizerische Gesetzgeber hat insofern seine Aufgabe noch nicht erfüllt.

**10.** Die Allgemeinen Vertragsbedingungen, die in der Praxis verwendet werden, sind entweder von einer Vertragspartei oder von Dritten vorformuliert. Bisweilen sind sie *das gemeinsame Regelwerk mehrerer Verbände*, die gegenläufige Interessen ihrer Mitglieder vertreten. So verhält es sich auch mit den „Musterbestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung“ von Mietverträgen über Wohn- und Geschäftsräume, auf die sich Vermieter- und Mieterverbände in der Form eines „Rahmenmietvertrages“ einigen (Art. 1 Abs. 1 BGRA<sup>69</sup>).

Die Besonderheit dieser „Musterbestimmungen“ besteht darin, dass erstens der Rahmenmietvertrag, worin sie vereinbart werden, gesetzlich geregelt ist. Zweitens können sie mit Bewilligung des Bundesrates auch von (bestimmten) zwingenden Vorschriften des gesetzlichen Mietrechts abweichen (Art. 3 BGRA).<sup>70</sup> Und drittens erlangen sie im Fall einer behördlichen „Allgemeinverbindlicherklärung“ unmittelbare Geltung für die davon betroffenen Mietverhältnisse, wobei widersprechende Einzelabreden nur gültig sind, wenn sie die Mietpartei besser stellen (Art. 4 f. BGRA). In diesem Fall gelten sie für den konkreten Einzelvertrag kraft Gesetzes, was sie von den Allgemeinen Vertragsbedingungen unterscheidet, deren Geltung für den Einzelvertrag auf einer vereinbarten Übernahme beruht. Gleich verhält es sich mit den normativen Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages „über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse“ (Art. 356 Abs. 1 OR), die im Umfang seines Anwendungsbereiches unmittelbare Geltung für die jeweiligen Einzelverträge haben (vgl. Art. 357 OR).

### **Gesetzesbestimmungen ausserhalb des Vertragstypenrechts**

**11.** [20] Mit der Feststellung, dass ein konkreter Schuldvertrag dem besonderen Regelungsprogramm eines gesetzlichen Vertragstyps untersteht, sind die einschlägigen Gesetzesbestimmungen nur unvollständig umschrieben. Hinzu kommen *Gesetzesbestimmungen, die sich ausserhalb des gesetzlichen Vertragstypenrechtes finden*, aber vertraglich relevant sind.

a. Derartige Bestimmungen sind vorab im *Allgemeinen Teil des Obligationenrechts* enthalten, an den sich das gesetzliche Vertragstypenrecht anschliesst. Das Verhältnis zwischen dem gesetzlichen Vertragstypenrecht und den Vorschriften des Allgemeinen Teils ist komplex. Die Komplexität ergibt sich daraus, dass Fragebereiche, die einen bestimmten Schuldvertrag betreffen (z.B. den Abschluss und die Mängel des Vertrages, die Schlechtleistung, den Schuldnerverzug, die Vertragsbeendigung), bald im Allgemeinen Teil, bald im einschlägigen Vertragstypenrecht, bald beiderorts geregelt sind. Die massgeblichen Vorschriften des Allgemeinen Teils regeln die jeweiligen Fragen generell, nicht bezogen auf einen bestimmten Vertragstyp, weshalb sie von einem noch höheren Abstraktionsgrad sind als die Bestimmungen des Vertragstypenrechtes.

---

68 In einigen Entscheiden des Bundesgerichts (z.B. BGE 122 III 378 f. und 381; 119 II 447; 117 II 333; BGr. Pra 87, 1998, Nr. 9, S. 56) wurde sie zwar erwähnt, aber immer unter Negation der Tatbestandserfüllung.

69 Bundesgesetz über Rahmenmietverträge und deren Allgemeinverbindlicherklärung.

70 Die Bewilligung ist an bestimmte Voraussetzungen geknüpft (Art. 3 Abs. 1 BGRA) und kann nicht für alle zwingenden Vorschriften erteilt werden (Art. 3 Abs. 3 BGRA).

Ist ein Fragebereich beiderorts geregelt, so bestehen folgende Möglichkeiten: Entweder handelt es sich bei den Bestimmungen des Vertragstypenrechts um schlichte Anwendungsregeln, die sich darauf beschränken, die einschlägigen Vorschriften des Allgemeinen Teils auf den betreffenden Vertragstyp (oder „Untertyp“) zu übertragen. Oder die Bestimmungen des Vertragstypenrechts weichen von den Allgemeinen Vorschriften ganz oder teilweise ab. Vertragstypische Bestimmungen der einen oder andern Art regeln einen Fragenbereich entweder abschliessend oder so, dass sie durch Vorschriften des Allgemeinen Teils ergänzt werden.

Soweit Bestimmungen des Vertragstypenrechts von den Vorschriften des Allgemeinen Teils abweichen, stellt sich die schwierige Frage, ob diese durch jene verdrängt werden oder nicht. Darauf gibt es keine einheitliche Antwort, etwa nach dem simplen Muster „*lex specialis derogat legi generali*“. Vielmehr ist zu unterscheiden zwischen den alternativen und den exklusiven Bestimmungen des Vertragstypenrechts. Diese schliessen die Anwendung der Allgemeinen Vorschriften aus, jene lassen einer Partei die Wahl, ob sie sich auf die einen oder die andern Bestimmungen berufen will. Ob es sich so oder anders verhält, ist durch Auslegung des Gesetzes zu entscheiden und nicht selten umstritten. Für den Privatversicherungsvertrag wird die Frage allerdings durch Art. 100 Abs. 1 VVG entschieden, [21] wonach „die Bestimmungen des Obligationenrechtes“ nur insoweit zur Anwendung kommen, als das Vertragstypenrecht des VVG „keine Vorschriften enthält“. Die Vorschriften des VVG haben somit, kraft gesetzlicher Anordnung, exklusiven Charakter.

b. Vertraglich relevante Gesetzesvorschriften, die zum gesetzlichen Vertragstypenrecht hinzukommen, finden sich auch *ausserhalb des OR*, sei es im ZGB oder in Sondergesetzen des Bundes.<sup>71</sup>

Von den Sondergesetzen des Bundes bedeutsam ist vor allem *das Konsumkreditgesetz* (KKG vom 8. 10. 1993)<sup>72</sup>, das in seinem Geltungsbereich (Art. 6 f. KKG) den Konsumkreditvertrag regelt. Was ein „Konsumkreditvertrag“ ist, wird in Art. 1 KKG umschrieben. Nach der Legaldefinition des Art. 1 KKG ist er ein „Vertrag, durch den eine kreditgebende Person (Kreditgeberin) einer Konsumentin oder einem Konsumenten einen Kredit in Form eines Zahlungsaufschubs, eines Darlehens oder einer ähnlichen Finanzierungshilfe gewährt oder zu gewähren verspricht“. Die Artikel 2 und 3 KKG präzisieren diesen Begriff, indem sie die Begriffselemente „Kreditgeberin“ und „Konsumentin oder Konsument“ definieren. „Als Kreditgeberin gilt“ nach Art. 2 KKG „jede natürliche oder juristische Person<sup>73</sup>, die in Ausübung ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit einen Kredit gewährt“. Und „als Konsumentin oder Konsument gilt“ nach Art. 3 KKG „jede natürliche Person, die einen Konsumkreditvertrag zu einem Zweck abschliesst, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann“.

Für den so verstandenen Konsumkreditvertrag enthält das KKG ein ganzes Paket von Regeln, von denen nicht zuungunsten der Konsumentin oder des Konsumenten abgewichen werden kann (Art. 18 KKG). Diese Sonderregeln, die anderen Gesetzesbestimmungen unter Vorbehalt des Art. 7 KKG<sup>74</sup> vorgehen, erfassen jeden Vertrag, der nach Massgabe der betei-

71 Im Bereich des privaten Vertragsrechts bestehen nur wenige Vorbehalte zu Gunsten des kantonalen Rechts (Art. 5 Abs. 1 ZGB); vgl. z.B. Art. 236 OR oder Art. 359 Abs. 2 OR (betreffend den Normalarbeitsvertrag „für das Arbeitsverhältnis der landwirtschaftlichen Arbeitnehmer und der Arbeitnehmer im Hausdienst“).

72 Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf das „alte“ Konsumkreditgesetz vom 8. Oktober 1993, das bei der Niederschrift dieses Beitrages noch in Kraft ist. Das „neue“ (revidierte) Konsumkreditgesetz vom 23. März 2001 wird voraussichtlich am 1. Januar 2003 in Kraft treten.

73 Einer juristischen Person gleichzustellen sind die rechtsfähigen Personengesellschaften (Kollektiv- und Kommanditgesellschaften).

74 Nach Art. 7 KKG bleiben „strengere gesetzliche Bestimmungen zum Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten ... vorbehalten“.

lichten Personen und der von ihnen getroffenen [22] Vereinbarung ein Konsumkreditvertrag im Sinne des KKG ist, soweit er nicht unter die Ausnahmebestimmung des Art. 6 KKG<sup>75</sup> fällt. Somit handelt es sich beim Konsumkreditvertrag des KKG (gleich wie beim Haustürgeschäft der Art. 40a ff. OR)<sup>76</sup> nicht um einen eigenständigen Vertragstyp, der *neben* die übrigen Vertragstypen des Gesetzes tritt, sondern um einen Sammelbegriff für alle Nominat- und Innominatverträge, die im Geltungsbereich des KKG der Regelung dieses Gesetzes unterworfen sind. Erfüllt ein bestimmter Nominatvertrag (z.B. ein bestimmter Darlehens-, Kauf- oder Werkvertrag) auch die Begriffsmerkmale des Konsumkreditvertrages, so wird für diesen Vertrag, soweit das KKG gilt (Art. 6 f. KKG), das einschlägige Vertragstypenrecht durch die Regelung des KKG überlagert.

Das Konsumkreditgesetz dient dem vertragsrechtlichen Konsumentenschutz, was es mit anderen gesetzlichen Bestimmungen gemeinsam hat. Von einer generellen Regelung des Konsumentenvertrages hat der schweizerische Gesetzgeber bisher aber abgesehen. Die einschlägigen Bestimmungen regeln vielmehr nur ausgewählte Teilbereiche des vertraglichen Konsumentenschutzes und sind bald im Allgemeinen Teil des OR (z.B. Art. 40a ff. OR), bald im gesetzlichen Vertragstypenrecht des OR (z.B. Art. 266k OR), bald in Sondergesetzen untergebracht, wozu auch das Pauschalreisegesetz gehört. Im Unterschied zum Konsumkreditvertrag ist der Pauschalreisevertrag jedoch ein eigenständiger Vertragstyp, der *neben* die übrigen Vertragstypen des Gesetzes tritt. Ausserdem verwendet das Pauschalreisegesetz einen weiten Begriff des „Konsumenten“, der auch andere als natürliche Personen umfasst<sup>77</sup> und nicht auf den Zweck abstellt, für den diese den Vertrag abschliessen. Durch das Letztere (die „Zweckneutralität“) durchbricht er den üblichen Begriff des Konsumentenvertrages, den der Konsument nach geläufiger Definition zu einem persönlichen oder familiären (nicht beruflichen oder gewerblichen) Zwecke abschliesst.<sup>78</sup> Mit dem Konsumkreditvertrag hat er freilich gemein, dass seine gesetzliche Regelung „weit hinter dem Standard des OR zurück“ bleibt.<sup>79</sup>

### **Gesetzliches Vertragstypenrecht und Innominatverträge**

**12.** [23] Lässt sich der konkrete Vertrag keinem gesetzlichen Vertragstyp zuordnen, so liegt ein *Innominatvertrag* vor, der nach üblicher Einteilung entweder ein Mischvertrag oder ein Vertrag *sui generis* ist.<sup>80</sup> Trotz der negativen Umschreibung, wonach der Innominatvertrag unter keinen der gesetzlichen Vertragstypen fällt, sind solche Verträge keine Ausnahmeerscheinung. Vielmehr treten sie im heutigen Vertragsgeschehen stark in den Vordergrund. Um so mehr interessiert die Frage, ob und inwieweit Bestimmungen des gesetzlichen Vertragstypenrechts auch auf Innominatverträge zur Anwendung kommen. Zu dieser Frage enthält das Gesetz im heute noch geltenden Art. 226m OR eine Sonderbestimmung, die den Geltungsbereich der Bestimmungen über den Abzahlungsvertrag auch auf bestimmte Innominatverträge

---

75 Art. 6 KKG schränkt den Geltungsbereich des KKG dadurch ein, dass er eine Reihe von Konsumkreditverträgen ganz oder teilweise davon ausnimmt.

76 Vgl. dazu ROGER DORNIER, Das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften und ähnlichen Verträgen (Art. 40a - g OR), Diss. Freiburg 1994.

77 RICHARD FRANK, Bundesgesetz über Pauschalreisen, Zürich 1994, S. 29.

78 Vgl. BGE 121 III 339; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, zit. in Anm. 5, Nr. 244a.

79 HEINRICH HONSELL, zit. in Anm. 1, S. 430.

80 Vgl. z.B. WALTER SCHLUEP, Innominatverträge, zit. in Anm. 30, S. 771, SCHLUEP/AMSTUTZ, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 1996, Einl. vor Art. 184 ff. OR, N 6; PIERRE TERCIER, zit. in Anm. 7, Nr. 104 ff. Die Terminologie ist freilich keine einheitliche (abweichend z.B. HEINRICH HONSELL, zit. in Anm. 1, S. 15 ff.).

erweitert.<sup>81</sup> Im Übrigen gibt es zahlreiche Theorien, die sich namentlich zum gemischten Vertrag entwickelt haben<sup>82</sup>; richtigerweise aber ist zu unterscheiden:

Eine *unmittelbare Anwendung* vertragstypischer Regeln auf Innominatverträge fällt ausser Betracht, da es hierfür am Vorliegen eines Vertrages fehlt, der die Merkmale eines gesetzlichen Vertragstyps erfüllt. Möglich und geboten<sup>83</sup> dagegen ist eine *sinngemässe Anwendung*, wenn und soweit eine Regel des gesetzlichen Vertragstypenrechts nach den Grundsätzen der Gesetzesanalogie auch auf eine Rechtsfrage passt, die es für einen Innominatvertrag zu beurteilen gilt.<sup>84</sup> Ob man den Analogieschluss, der auf einer Wertung beruht, noch zur Auslegung des Gesetzes (Art. 1 Abs. 1 ZGB) zählt oder mit der heute herrschenden Meinung als Ausfüllen einer Gesetzeslücke (Art. 1 Abs. 2 ZGB) versteht<sup>85</sup>, macht dabei keinen Unterschied. So oder anders verbietet sich jede schematische Beantwortung der eingangs gestellten [24] Frage, wie sie etwa, bezogen auf gemischte Verträge, die Absorptionstheorie befürwortet.<sup>86</sup> Überhaupt besteht keine Veranlassung, auf irgendwelche Theorien auszuweichen, statt die Frage dorthin zu stellen, wo sie hingehört, nämlich in das Gebiet der analogen Gesetzesanwendung. Danach kann es sich z.B. rechtfertigen, die Beendigung eines gemischten Vertrages insgesamt den Regeln nur eines Vertragstyps zu unterstellen, für die Behandlung von Leistungsstörungen aber auf die Vorschriften desjenigen Vertragstyps zurückzugreifen, für den die betroffene Leistung charakteristisch ist.

**13.** Gegenstand einer analogen Gesetzesanwendung können nicht nur dispositive, sondern auch *zwingende oder halbzwingende Bestimmungen* des gesetzlichen Vertragstypenrechts sein. Regelt eine solche Bestimmung den Inhalt des Vertrages, so ist aber immer auch zu entscheiden, ob sich ihre sinngemässe Anwendung auf den konkreten Innominatvertrag nur mit Bezug auf ihren Regelungsgehalt oder auch hinsichtlich ihres (halb-)zwingenden Charakters rechtfertigt. Im ersten Fall dient sie lediglich einer allfälligen Ergänzung des Innominatvertrages<sup>87</sup>, während sie im zweiten Fall für den betreffenden Innominatvertrag ebenfalls (halb-)zwingend ist. Der zweite Fall setzt voraus, dass auch der gesetzgeberische Wertungsgedanke, auf dem der (halb-)zwingende Charakter der Bestimmung beruht, in den Kontext des Innominatvertrages passt. Fehlt es insofern an einer Gleichartigkeit der Wertungslagen, so gibt es keinen Grund, der es gestatten würde, die analoge Anwendung der Bestimmung auf ihren (halb-)zwingenden Charakter auszudehnen.

---

81 Auf diese Sonderbestimmung gehe ich im Folgenden nicht mehr ein, da die Vorschriften über den Abzahlungsvertrag mit dem Inkrafttreten des „neuen“ (revidierten) Konsumkreditgesetzes vom 23. März 2001 (voraussichtlich am 1. Januar 2003) aufgehoben werden.

82 Vgl. FELIX DASSER, zit. in Anm. 2, S. 88 ff.; HEINRICH HONSELL, zit. in Anm. 1, S. 20; WALTER SCHLUEP, Innominatverträge, zit. in Anm. 30, S. 801 ff.; SCHLUEP/AMSTUTZ, zit. in Anm. 80, Einl. vor Art. 184 ff. OR, N 13 ff.

83 Zum „Analogiegebot“ vgl. ERNST KRAMER, Juristische Methodenlehre, Bern 1998, S. 149.

84 Vgl. JÉRÔME HUET, zit. in Anm. 43, S. 22; z.B. BGE 118 II 161; 115 II 477 f.; 110 II 475 f.

85 Vgl. dazu ERNST KRAMER, Methodenlehre, zit. in Anm. 83, S. 147, und DAVID DÜRR, Zürcher Kommentar, N 230 ff. zu Art. 1 ZGB.

86 Kritisch schon WALTER SCHLUEP, Innominatverträge, zit. in Anm. 30, S. 801, und JÄGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar, N 551 zu Art. 18 OR.

87 Vgl. dazu PATRICK MIDDENDORF, Nachwirkende Vertragspflichten, Diss. Freiburg 2002, S. 146, Anm. 535, der den Gedanken wie folgt formuliert: „Dass eine zwingende Bestimmung zwar sinngemäss zur Anwendung kommt, aber nur nach Massgabe ihres Inhaltes, nicht mit ihrem zwingenden Charakter, ist eine Möglichkeit, die in der Lehre bis anhin kaum beachtet ... wurde. Dennoch steht nichts im Weg, dass das Gericht sich bei einer Vertragsergänzung auch vom Inhalt einer zwingenden Vorschrift leiten lässt, die zum Zwecke der Vertragsergänzung (also nicht als zwingende Gesetzesbestimmung) sinngemäss angewandt wird.“

## Würdigung und Reform

**14.** Natürlich gäbe es noch viel und Vieles zum gesetzlichen Vertragstypenrecht zu sagen. Einzelne Fragen habe ich nur oberflächlich, andere überhaupt nicht behandelt. Abschliessend aber erlaube ich mir doch die *grundsätzliche Feststellung*, dass das gesetzliche Vertragstypenrecht ein zweckmässiges Instrument ist, um praktisch wichtige Schuldverträge differenzierend zu regeln.

[25] Das heisst freilich nicht, dass das geltende Recht in allen Teilen befriedigt. Vielmehr könnte und sollte es verbessert werden. Insbesondere bedarf es einer Harmonisierung, die darauf abzielt, sachlich ungerechtfertigte Unterschiede zwischen den Regelungsprogrammen der einzelnen Vertragstypen zu beseitigen.<sup>88</sup> Ausserdem ist darüber nachzudenken, inwieweit sich bestimmte Regeln des gesetzlichen Vertragstypenrechts verallgemeinern und im Allgemeinen Vertragsrecht unterbringen lassen.<sup>89</sup> Und schliesslich ist der Katalog der besonders geregelten Verträge zu überprüfen und allenfalls auf verkehrstypische Verträge auszuweiten, die heutzutage noch zur Kategorie der Innominatverträge gehören. Was die Schaffung neuer Nominattypen betrifft, wird von einem Teil der Lehre zwar zur Zurückhaltung gemahnt.<sup>90</sup> Dass aber für gewisse Innominatverträge, die mit wiederkehrend gleichen Hauptinhalten abgeschlossen werden, ein Regelungsbedarf besteht, zeigt das offensichtliche Bemühen der Rechtslehre, für verkehrstypische Innominatverträge eine aus Richterrecht, analoger Gesetzesanwendung und Dogmatik kombinierte Typenordnung herzustellen.<sup>91</sup>

**15.** Das alles ruft nach einer umfassenden *Reform* des gesetzlichen Vertragstypenrechts. Eine solche Reform aber bliebe ein Flickwerk, würde nicht zugleich auch das Allgemeine Vertragsrecht des Gesetzes von Grund auf revidiert. Das eine lässt sich nicht ohne das andere tun, wenn ein befriedigendes Ergebnis erreicht werden soll. So ist etwa den Eigenarten bestimmter Verträge (z.B. der Dauer-, AGB- oder Konsumentenverträge) bereits im Allgemeinen Teil des Obligationenrechts Rechnung zu tragen.<sup>92</sup> Und eine Modernisierung des schweizerischen Vertragsrechts, welche die internationale Rechtsentwicklung einbezieht, kann sich von vornherein nicht auf den einen oder andern Teil des gesetzlichen Vertragsrechts beschränken.

Was indes nach jeder Reform bleiben wird, ist das Defizit, wonach nicht alle Gesetzesbestimmungen eines besonders geregelten Vertragstyps auf alle Verträge, die darunter fallen, in gleicher Weise zugeschnitten sind. Dieses Defizit, das eine unausweichliche Folge der reduktiven Typenbildung ist, lässt sich zwar abschwächen, jedoch nicht vollständig beseitigen. Wer es beseitigen will, muss für eine [26] völlige Abschaffung des gesetzlichen Vertragstypenrechts und damit für eine Beschränkung des gesetzlichen Vertragsrechts auf allgemeine Regeln plädieren. Auch wenn eine „Rückbesinnung auf das allgemeine Vertragsrecht“<sup>93</sup> wichtig ist<sup>94</sup>, könnte ich einer derartigen Beschränkung aber nicht zustimmen.<sup>95</sup>

Gegen eine Abschaffung des gesetzlichen Vertragstypenrechts sträubt sich schon mein Respekt vor unserer Rechtstradition. Vor allem aber glaube ich, dass ein gesetzliches Vertragsrecht mit nur allgemeinen Regeln ein Rückschritt wäre. Entweder würde es die Beson-

---

88 Vgl. dazu auch FELIX DASSER, zit. in Anm. 2, S. 296 f.

89 Vgl. FELIX DASSER, zit. in Anm. 2, S. 297.

90 So etwa FELIX DASSER, zit. in Anm. 2, S. 293 ff.

91 Vgl. z.B. WALTER SCHLUEP, Innominatverträge, zit. in Anm. 30, S. 815 ff., SCHLUEP/AMSTUTZ, zit. in Anm. 80, Einl. vor Art. 184 ff. OR, N 81 ff.

92 Auf die Dauer- und die AGB-Verträge nimmt der (heutige) Allgemeine Teil des Obligationenrechts überhaupt keine Rücksicht; mit den Konsumentenverträgen befasst er sich nur unter dem Gesichtspunkt der Haustür- (und ähnlichen) Geschäfte.

93 FELIX DASSER, zit. in Anm. 2, S. 276 ff.

94 ERNST KRAMER, Buchbesprechung FELIX DASSER, SJZ 98, 2002, S. 26.

95 So auch FELIX DASSER, zit. in Anm. 2, S. 282.

derheiten der einzelnen Verträge noch weniger berücksichtigen als das Vertragstypenrecht. Oder seine Regeln wären so unbestimmt gefasst, dass es einer intensiven Rechtsprechung bedürfte, um sie für die einzelnen Verträge zu konkretisieren. An die Stelle des gesetzlichen Vertragstypenrechts träte nach und nach ein Vertragstypenrecht der Gerichte, wie dies für verschiedene Innominatverträge schon heute der Fall ist<sup>96</sup>. Gewonnen wäre damit nichts, verloren aber ein Stück an „Orientierungssicherheit“, die das Gesetz in der derzeitigen Kombination von allgemeinen und besonderen Vertragsregeln zwar nicht vollständig, aber doch besser gewährt.<sup>97</sup> Mag der Vorteil dieser Sicherheit bei nationalen und internationalen Grossverträgen des Wirtschaftslebens auch hinter die Forderung nach einer „konsequent an die Ökonomie des Einzelvertrages anknüpfenden Rechtsanwendung“ zurück treten, so können die spezifischen Verhältnisse solcher Verträge doch nicht das Leitbild für das übergreifend ganze Vertragsrecht abgeben.<sup>98</sup> Dass sogar in klassischen Case-Law-Ländern ein Bedürfnis nach einer besonderen Regelung verkehrstypischer Verträge bestehen kann, demonstriert der „California Civil Code“, der einen eindrücklich umfassenden Teil über „obligations arising from particular transactions“ enthält.

Das erwähnte Defizit ist somit kein Grund, der es nach meiner Ansicht rechtfertigt, auf ein gesetzliches Vertragstypenrecht überhaupt zu verzichten. Noch weniger ist es der Streit um die Qualifikation der Verträge. Denn dieser Streit unterscheidet die Qualifikationsfrage in keiner Weise von anderen Rechtsfragen, über die ebenfalls gestritten wird. Er ist nichts Negatives, sondern Ausdruck einer lebendigen Lehre [27] und Rechtsprechung, die in einem dialogischen Lernprozess nach der jeweils überzeugenden Lösung suchen. Das Hin und Her der Kontroversen vermag nur jene zu stören, die sich eine erstarrte Rechtsordnung wünschen, in der „das Richtige“ und „das Falsche“ ein für allemal klar geschieden sind.

**16.** Indem ich für eine gesamthafte Reform des schweizerischen Vertragsrechts eintrete, verkenne ich nicht, dass der Einfluss des Vertragsrechts auf die real gelebten Verträge geringer ist, als wir Juristen gemeinhin annehmen. Dieser Lebenssachverhalt, den ich schon mehrfach an anderen Orten hervorgehoben habe<sup>99</sup>, befreit uns aber nicht von der Aufgabe, auf eine Verbesserung unseres Vertragsrechts hinzuwirken. Und wer wäre dazu besser in der Lage als gerade Sie, Herr HONSELL, der Sie doch zu den besten Kennern des schweizerischen Vertragsrechts gehören! So bin ich denn froh, dass Sie *erst* sechzig Jahre alt geworden sind. Das lässt der juristischen Gemeinde noch viel Zeit, um von Ihrer fortdauernden Schaffenskraft zu profitieren.

Korr.: MD, 20.01.2005

---

96 Vgl. dazu bereits JÄGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar, N 550 zu Art. 18 OR, und WALTER SCHLUEP, Innominatverträge, zit. in Anm. 30, S. 800.

97 Vgl. dazu auch ERNST KRAMER, SJZ 98, 2002, S. 26.

98 Vgl. ERNST KRAMER, zit. in Anm. 97, S. 26.

99 Vgl. z.B. PETER GAUCH, Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge, in: GAUCH/SCHMID (Herausgeber), Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Zürich 2001, S. 238.