

## Der vernünftige Mensch – Ein Bild aus dem Obligationenrecht

**Prof. Dr. iur. Peter Gauch**  
Universität Freiburg/Schweiz<sup>1</sup>

Publiziert in: *Das Menschenbild im Recht*, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur Hundertjahrfeier der Universität Freiburg, Freiburg 1990, S. 177 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

### I.

#### (Einleitung)

1. [177] Wer die *Rechtsprechung und Literatur* zum Schweizerischen Obligationenrecht durchstreift, dem begegnet schon bald die bildhafte Figur des „vernünftigen Menschen“. Ob es um die Auslegung, die Vertragsergänzung, die Sorgfaltshaftung oder anderes geht, – immer wieder ist es der „vernünftige (oder verständige<sup>2</sup>) Mensch“, der den Massstab bildet. Dass dieses mythische Wesen, das über so manchen Prozess entscheidet, in einem Buch über das „**Menschenbild im Recht**“ nicht fehlen darf, versteht sich von selbst. Erstaunlich ist nur, dass es in der Schweiz nicht schon längst zum Gegenstand ausgedehnter Forschung wurde. Woran das liegen mag, bleibt ein Rätsel, wenn man bedenkt, welchen Eifer die Juristen auf die Erklärung anderer Dinge verwenden, die es in Wirklichkeit auch nicht gibt<sup>3</sup>. Vielleicht liegt der Forschungsrückstand einfach darin begründet, dass der *Gesetzgeber* den „vernünftigen Menschen“ bis anhin kaum entdeckt hat<sup>4</sup>. So verwendet das OR den Ausdruck „vernünftig“ ein einziges Mal<sup>5</sup>; und das [178] ZGB beschränkt sich darauf, die Fähigkeit, „vernunftgemäss“ zu handeln, in die Umschreibung der Urteilsfähigkeit einzufügen<sup>6</sup>.

2. Der vorliegende Aufsatz, aus festlichem Anlass geschrieben, vermag das Versäumte zwar nicht aufzuholen, vielleicht aber doch einige Denkanstösse zu vermitteln. Der Aufsatz orientiert sich am schweizerischen Obligationenrecht<sup>7</sup>. Damit wird das Thema, das sonst kaum zu bewältigen wäre, stark eingeschränkt. Denn der „vernünftige Mensch“ kommt natürlich auch ausserhalb des Obliga-

---

#### Literaturhinweise finden sich am Ende des Textes

<sup>1</sup> Herzlichen Dank sage ich Frau RA CLAUDIA SCHAUMANN, die mich bei der Suche nach dem "vernünftigen Menschen" unentwegt "assistiert" hat.

<sup>2</sup> Vgl. KELLER/GABI, S. 57; GAUCH/SCHLUEP, Nr. 190 und Nr. 197.

<sup>3</sup> Vgl. darüber z.B. COHEN, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, *Columbia Law Review* 1935, S. 809 ff.

<sup>4</sup> Diese Erkenntnis verdanke ich Frau RA DANIELA GMÜNDER PERRIG, LL.M Harvard, die es unternahm, die im Computer gespeicherten ZGB/OR-Textausgabe mit den Suchbegriffen "Vernunft" und "vernunft\*" abzufragen.

<sup>5</sup> In Art. 267a Abs. 2 OR.

<sup>6</sup> Art. 16 ZGB.

<sup>7</sup> Aber ohne das Handelsrecht, das wir an unserer Fakultät (aus Gründen der praktischen Vernunft) vom Lehrbereich des OR ausgeschieden haben, um es zusammen mit dem Internationalen Privatrecht zu einem neuen Lehrstuhl zu verknüpfen.

tionenrechts vor<sup>8</sup>. Und es gibt ihn auch im Ausland, wo ihm sogar die folgende (nicht ganz ernst gemeinte) Laudatio zuteil wurde:

„Devoid, in short, of any human weakness, with not one single saving vice, *sans* prejudice, procrastination, ill-nature, avarice, and absence of mind, as careful for his own safety as he is for that of others, this excellent but odious character stands like a monument in our [179] Courts of Justice, vainly appealing to his fellow-citizens to order their lives after his own example“<sup>9</sup>.

## II.

### (Einige Merkmale)

3. Der „vernünftige Mensch“, um den es hier geht, ist gewiss kein Mensch aus Fleisch und Blut, der sich ja allzuhäufig auch „unvernünftig“ gibt. Vielmehr ist er eine **hypothetische Figur**<sup>10</sup> (eine Denkfigur), die dem Richter beim Entscheid einschlägiger Rechtsfragen als Leitbild dient. An ihr misst sich, was die Rechtsordnung vom wirklichen Menschen erwartet. Dieser soll sich so verhalten, so denken, verstehen und reagieren, wie ein „vernünftiger Mensch“ (in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen<sup>11</sup>) es tut. Wenn dem aber so ist, so stellt sich für den *wirklichen* Menschen die naheliegende Frage, was sein Vorbild, den „vernünftigen Menschen“, denn überhaupt auszeichnet.

Die Antwort ist komplexer, als sie auf den ersten Blick erscheint. Denn der „vernünftige Mensch“ verhält sich nicht nur so, wie die *Vernunft* es gebietet. Darüber hinaus verkörpert er vielmehr *alle weiteren Eigenschaften, die Treu und Glauben im Verkehr (Art. 2 ZGB) erfordern*. Diese Eigenschaften sind im Ausdruck „vernünftig“ inbegriffen<sup>12</sup>, der bisweilen allein ver-

---

<sup>8</sup> Zum Beispiel hat der Stockwerkeigentümer die Pflicht, zur Behebung von Konflikten in einer Weise beizutragen, wie das für *„vernünftige, wohlerzogene und recht denkende Menschen“* selbstverständlich ist (BGE 113 II 18). Ein *„vernünftiger Sprengoffizier“* hätte unter den gleichen Umständen ... entweder eine weniger gefährliche Sprengmethode gewählt oder aber die im Gefahrenbereich befindlichen Personen gewarnt und für einen wirksamen Splitterschutz gesorgt (BGE 111 Ib 199). Dem Arbeitgeber ist grobfahrlässige Nichtzahlung der AHV-Beiträge vorzuwerfen, wenn er das ausser acht lässt, was *„jedem verständigen Menschen“* in gleicher Lage und unter gleichen Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen (BGE 108 V 202 f.). Befürchtet jemand Schaden aus einer zu langen Prozessdauer, so hat er um raschere Abwicklung des Verfahrens zu ersuchen und allenfalls eine Rechtsverzögerungsbeschwerde zu ergreifen, weil ein Geschädigter diejenigen Massnahmen treffen muss, die *„ein vernünftiger Mensch“* in der gleichen Lage ergreifen würde, wenn er keinerlei Schadenersatz zu erwarten hätte (BGE 107 Ib 158 f.). Ein *„wohlerzogener und verständiger Sohn“*, der das zum Erwerb des Führerausweises vorgeschriebene Alter noch nicht erreicht hat, verübelt es dem Vater nicht, wenn dieser ihm den Zugriff auf die Schlüssel zur Garage und zum Wagen verunmöglicht (BGE 97 II 258). Für einen *„vernünftigen und anständigen Menschen“* ergibt es sich schon aus den Umständen, dass ein schwer Verletzter nach dem Willen der Spitalorgane jedenfalls von Fremden nicht oder doch nicht ohne besondere Bewilligung besucht werden darf (BGE 90 IV 77 f.).

<sup>9</sup> HERBERT, *Uncommon Law*, London, New Edition 1969, S. 4.

<sup>10</sup> "A fictitious person, who never has existed on land or sea" (PROSSER/KEETON, *The Law of Torts*, 5. Auflage, St. Paul, Minn. 1984, S. 174).

<sup>11</sup> Vgl. z.B. KELLER, *Haftpflicht im Privatrecht*, S. 85; JÄGGI/GAUCH, N 667 zu Art. 18 OR.

<sup>12</sup> Zum Ausdruck "reasonable" vgl. *sinngemäss Corpus Juris Secundum (C.J.S.)*, Volume LXXV, Brooklyn, N.Y., S. 634 f.: "'Reasonable' is defined as meaning agreeable to reason; conformable to reason..... It is also defined as meaning just; proper; fair; equitable; and, in addition, the term has been construed as meaning honest...".

wendet wird<sup>13</sup>. Da sie aber die reine Wortbedeutung des Ausdrucks sprengen, wird vielfach präzisiert, dass der [180] „vernünftige“ Mensch z.B. auch „redlich“<sup>14</sup>, „korrekt“<sup>15</sup>, „anständig“<sup>16</sup>, „ordentlich“<sup>17</sup>, „gewissenhaft“<sup>18</sup>, loyal<sup>19</sup>, „besonnen“ („réfléchi“<sup>20</sup>), „honnête“<sup>21</sup>, „juste“<sup>22</sup>, „de bonne foi“<sup>23</sup>, „tüchtig, verkehrsgewohnt und rechtlich denkend“<sup>24</sup> oder „diligent et honnête“<sup>25</sup> ist. Manchmal wird auf das Eigenschaftswort „vernünftig“ überhaupt verzichtet und statt dessen nur noch von „verständlich und redlich“<sup>26</sup>, „loyal, korrekt“<sup>27</sup>, „correct, diligent, avisé, doté d’adresse et de sang-froid“<sup>28</sup> (und dergleichen) gesprochen. Und wieder an andern Orten wird einfach gesagt, was jemand „vernünftigerweise“ (ordentlicherweise, loyalerweise) hätte tun, verstehen oder unterlassen sollen. Die Betonung liegt dann nicht auf dem Menschen selbst, sondern auf seinem Verhalten<sup>29</sup>.

4. Alles in allem könnte man also glauben, der „vernünftige Mensch“ sei eine *Figur, in der das Gebot von Treu und Glauben menschliche Gestalt angenommen hat*. Die konkreten Formen, in denen diese Gestalt vor uns tritt, sind so vielfältig, dass einige Beispiele genügen müssen, um ihre weite Verbreitung anzudeuten. Nach Rechtsprechung und Lehre ist der „vernünftige Mensch“ bald ein schlichter Bürger<sup>30</sup>; bald ist er ein Vertragspartner<sup>31</sup>; dann wiederum ist er ein Ratsuchender<sup>32</sup>, [181] Kranführer<sup>33</sup>, Arbeiter<sup>34</sup>, Benützer eines Weges<sup>35</sup>, Strassenbenützer<sup>36</sup>, Autofahrer<sup>37</sup>, Hausvater<sup>38</sup> ... oder gar ein Richter. Denn auch der Richter „se montrera prudent“<sup>39</sup>.

- 
- 13 Z.B. BUCHER, S. 29; JÄGGI/GAUCH, N 667 zu Art. 18 OR; KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, S. 85; BGE 96 II 177; 88 II 436; ZR 72, 1973, Nr. 58, S. 143.
- 14 BUCHER, S. 122; GAUCH/SCHLUEP, Nr. 868, Nr. 917 und Nr. 920; JÄGGI/GAUCH, N 498 und 651 zu Art. 18 OR; VON BÜREN, S. 128.
- 15 VON TUHR/PETER, S. 287; GAUCH/SCHLUEP, Nr. 190, Nr. 197 und Nr. 868; AGVE 1983, S. 32.
- 16 BUCHER, S. 182 und S. 188.
- 17 VON TUHR/PETER, S. 429.
- 18 Rep. 1984, S. 366.
- 19 KUHN, SJZ 82, 1986, S. 348.
- 20 DESCHENAUX/TERCIER, S. 83, Nr. 27.
- 21 GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, Nr. 835 und Nr. 885; ENGEL, S. 167.
- 22 YUNG, L'Interprétation, S. 207.
- 23 YUNG, L'Acceptation, S. 210.
- 24 VON BÜREN, S. 128.
- 25 ENGEL, S. 154.
- 26 GAUCH/SCHLUEP, Nr. 197; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 195 zu Art. 1 OR.
- 27 ZR 87, 1988, Nr. 79, S. 185.
- 28 ENGEL, S. 313.
- 29 BGE 109 II 329; 99 II 396; 94 II 104 f.; 92 II 348; 91 II 209.
- 30 BUCHER, S. 182.
- 31 GAUCH/SCHLUEP, Nr. 917; JÄGGI/GAUCH, N 332, 342 und 498 zu Art. 18 OR.
- 32 KUHN, SJZ 82, 1986, S. 348.
- 33 BGE 92 II 241.
- 34 GUHL/MERZ/KUMMER, S. 161.
- 35 BGE 96 II 36.
- 36 BGE 95 II 578.
- 37 BGE 92 II 255.
- 38 GUHL/MERZ/KUMMER, S. 161.
- 39 BGE 109 II 329.

Die Beispiele sind weder abschliessend; noch sind sie so zu verstehen, dass die Gestalt des „vernünftigen Menschen“ vorwiegend ein *männliches* Wesen wäre<sup>40</sup>. An einzelnen Stellen tritt der „vernünftige Mensch“ zwar ausdrücklich als „Mann“ in Erscheinung<sup>41</sup>; und an andern Stellen figuriert er als „reasonable man“<sup>42</sup>, womit eine Paradefigur des angloamerikanischen Rechts<sup>43</sup> Einzug in die schweizerische Rechtssprache hält. Das aber ist eine überholte Terminologie, weshalb auch der „reasonable man“ seinen Platz immer mehr der „reasonable person“ zu räumen hat<sup>44</sup>. Das letztere haben unsere welschen Schweizer Kollegen längst eingesehen, indem sie von der „personne raisonnable“<sup>45</sup> oder „persona ragionevole“<sup>46</sup> sprechen. [182]

### III.

#### (Vertrauensprinzip, Vertragskonsens und Erklärungsirrtum)

##### A.

5. Wenden wir uns nun den einzelnen Gebieten zu, in denen der „vernünftige Mensch“ auftritt, so gebietet **das Vertrauensprinzip** einen ersten Halt. Dieses allgemein anerkannte Prinzip<sup>47</sup> weist den Richter an, Willenserklärungen objektiv auszulegen, indem es darauf ankommt, wie der Empfänger sie in guten Treuen, *als vernünftiger und korrekter Mensch*, verstehen durfte und musste<sup>48</sup>.

Massgeblich für die Auslegung ist somit weder der wirkliche Wille des Erklärenden noch das tatsächliche Verständnis des wirklichen Erklärungsempfängers. Den Massstab bildet vielmehr der „vernünftige und korrekte Mensch“ in der Lage des damaligen Empfängers. Er ist die *Leitfigur*, an die sich der auslegende Richter zu halten hat. *Ihr* hypothetisches Verständnis des Erklärungsvorganges entscheidet darüber, ob eine Erklärung abgegeben wurde, welchen Inhalt sie hat und an wen sie gerichtet war<sup>49</sup>. Oder verkürzt ausgedrückt: Aus dem Verhalten des Erklärenden „werden die einem vernünftigen Menschen sich aufdrängenden Schlüsse gezogen“<sup>50</sup>.

Der „vernünftige und korrekte Mensch“, der die Auslegung beherrscht, tritt bisweilen auch *unter anderer Bezeichnung* auf: als „redlicher und vernünftiger Empfänger“<sup>51</sup>, als „verständlich und

40 Demgegenüber vertrat das Bezirksgericht Zürich in einem älteren Urteil die unglaublich diskriminierende (vom Bundesgericht aber als unangebracht beanstandete) These, "bei Frauenspersonen, Rindvieh und Hühnern wisse der Autofahrer erfahrungsgemäss nicht, nach welcher Seite sie dem Wagen ausweichen wollen, während er bei Männern immerhin ein zweckmässigeres Verhalten voraussetzen dürfe" (Neue Zürcher Zeitung vom 25. 3. 1925, Nr. 466, Blatt 5).

41 Vgl. z.B. VON TUHR/PETER, S. 287; BECKER, N 1 zu Art. 96 OR; VON BÜREN, S. 128.

42 Vgl. z.B. GAUCH/SCHLUEP, Nr. 1634b und f.

43 Statt vieler: FLEMING, S. 22.

44 Statt vieler: FLETCHER, *The Right and the Reasonable*, Harvard Law Review, 1985, S. 949; PROSSER/KEETON, zit. in Anm. 10, S. 173 (§ 32: "The Reasonable Person").

45 Vgl. YUNG, *L'Interprétation*, S. 207; DESCHENAUX/TERCIER, S. 83, Nr. 27; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, Nr. 835 und 885.

46 BGE 108 II 424.

47 Nachweise bei KRAMER, N 37 ff. zu Art. 1 OR.

48 Vgl. z.B. GAUCH/SCHLUEP, Nr. 190; OFTINGER, *Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, 2. Auflage, Zürich 1973, S. 46; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 195 zu Art. 1 OR; VON TUHR/PETER, S. 287; vgl. auch BUCHER, S. 122.

49 Vgl. GAUCH/SCHLUEP, Nr. 189.

50 BUCHER, S. 29.

51 Vgl. BUCHER, S. 122.

redlich Urteiler<sup>52</sup>, als „loyaler und korrekter Dritter“<sup>53</sup>, als „vernünftiger und anständiger Bürger“<sup>54</sup>. In der Sache aber ändert dies nichts. Und [183] ebensowenig ändert, dass bei verkürzter Formulierung des Vertrauensprinzips auf die spezielle Erwähnung der Leitfigur verzichtet und einfach gesagt wird, Erklärungen seien so auszulegen, wie sie von den jeweiligen Empfängern in guten Treuen verstanden werden durften und mussten<sup>55</sup>. Immer nämlich kommt es auf das „Verständnis vernünftiger und korrekter Leute“ an<sup>56</sup>, das den objektiven Sinn des Erklärungsverhaltens bestimmt. Als erklärt „gilt“ ein Wille, der diesem Sinn entspricht.

6. Der Grund, warum es für die Auslegung auf den erwähnten (objektiven) Sinn ankommt, liegt in der Verkehrssicherheit. Der *Schutz der Verkehrssicherheit* bildet den Zweck, dem das Vertrauensprinzip dient<sup>57</sup>. Diesen Schutz geniessen beide Parteien: „der Erklärende in seinem Vertrauen auf vernünftiges Verstehen, der Empfänger in seinem Vertrauen auf die loyale Meinung des Erklärenden“<sup>58</sup>. Der Schutzzweck rechtfertigt das Prinzip, beschränkt aber zugleich auch dessen Anwendungsbereich, und zwar in zweifacher Hinsicht:

- Zunächst bleibt das Prinzip aus dem Spiel, sobald feststeht, dass der Erklärungsempfänger den Erklärenden tatsächlich richtig verstanden (dessen wirklichen Willen also erkannt) hat. Alsdann gibt es keinen Grund, auf das hypothetische Verständnis eines „vernünftigen und korrekten Menschen“ abzustellen, um den wirklich Beteiligten einen objektiven Erklärungssinn aufzuzwingen. Vielmehr gilt die Erklärung einfach so, wie sie von den Beteiligten übereinstimmend verstanden wurde<sup>59</sup>. Das entspricht dem Grundsatz der Privatautonomie und bedarf keiner Korrektur auf der Ebene der Verkehrssicherheit.
- Sodann setzt das Prinzip voraus, dass einer der Beteiligten (der Erklärende oder der Empfänger) die Erklärung im objektiven Sinne [184] verstanden hat. Hat dagegen jeder der Beteiligten die Erklärung in einem verschiedenen Sinne (A und B) verstanden, ohne dass sich das Verständnis des einen oder andern (A oder B) mit dem objektiven Sinn der Erklärung (C) deckt, so erlangt die Erklärung überhaupt keine Geltung<sup>60</sup>. Denn die Erklärung in einem objektiven Sinne gelten zu lassen, den sie weder für den Erklärenden noch für den Empfänger hatte<sup>61</sup>, entspricht weder dem Schutzzweck des Vertrauensprinzips noch einem sonstigen Bedürfnis des Rechtsverkehrs. Ein Rechtslehrer in Deutschland geht sogar so weit, dass er alles andere als „schieren Dogmatismus“ und „Triumph des baren Un-Sinns“ bezeichnet<sup>62</sup>.

---

52 Vgl. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 195 zu Art. 1 OR; GAUCH/SCHLUEP, Nr. 190 und 197.

53 ZR 87, 1988, Nr. 79, S. 185.

54 BUCHER, S. 182.

55 Vgl. z.B. BGE 113 II 50; 111 II 287 mit weiteren Hinweisen; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 91; KRAMER, N 37 zu Art. 1 OR.

56 OFTINGER, Bundesgerichtspraxis, zit. in Anm. 48, S. 46.

57 MEIER-HAYOZ, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, Diss. Zürich 1948, S. 120.

58 GUHL/MERZ/KUMMER, S. 91.

59 BGE 105 II 19 f.; KRAMER, N 30 zu Art. 1 OR; GAUCH/SCHLUEP, Nr. 193 ff. mit zahlreichen Verweisen.

60 GAUCH/SCHLUEP, Nr. 200.

61 So: KELLER, SJZ 57, 1961, S. 317 f., und KELLER/SCHÖBI, S. 132.

62 JAHR, Geltung des Gewollten und Geltung des Nicht-Gewollten, Juristische Schulung 1989, S. 252.

## B.

7. Trotz der beiden Einschränkungen spielt das Vertrauensprinzip in der Praxis eine ganz erhebliche Rolle<sup>63</sup>. Mit ihm hält der „redliche und vernünftige Mensch“ Einzug auch in das Vertragsrecht, namentlich in die **Konsenslehre**<sup>64</sup>. Denn die Beantwortung der Frage, ob das Vertragserfordernis der übereinstimmenden Willenserklärungen (Art. 1 OR) gegeben ist, setzt eine Auslegung der ausgetauschten Erklärungen voraus; und die Auslegung untersteht dem Vertrauensprinzip, sodass sich das Vorliegen eines Vertragskonsenses danach beurteilt, wie ein „vernünftiger und korrekter Mensch“ die jeweils andere Erklärung verstanden haben würde. Verläuft die Beurteilung positiv, so führt sie zu einem „normativen“ Konsens<sup>65</sup>, der auf einer Wertung, nicht auf dem wirklichen Willen der Parteien beruht. Doch ist sofort beizufügen:

Diese objektive Theorie des Vertrages, die an die Stelle der wirklichen Vertragsparteien den „vernünftigen und korrekten Menschen“ setzt, gilt ihrerseits nur mit den Einschränkungen, die dem Vertrauensprinzip immanent sind. So kommt es für den Konsens auf den [185] erklärten wirklichen Willen (nicht auf das Vertrauensprinzip!) an, sobald (und soweit) feststeht, dass die eine Partei die andere tatsächlich richtig verstanden hat<sup>66</sup>. Und ausserdem kann ein Vertrag nicht mit einem Inhalt zustandekommen, den weder diese noch jene Partei gewollt hat<sup>67</sup>. Im Eifer, den Vertragsabschluss zu „verobjektivieren“, wurde das eine<sup>68</sup> oder andere<sup>69</sup> bisweilen übersehen.

## C.

8. Dazu kommt ein weiteres. Auch wenn ein Konsens auf der Anwendung des Vertrauensprinzips beruht, ist der wirkliche Wille der Parteien für das gültige Zustandekommen des Vertrages nicht völlig unerheblich. Befand sich nämlich eine Partei in einem wesentlichen **Erklärungsirrtum**, so ist der Vertrag für diese Partei (einseitig) unverbindlich (Art. 23 OR). Lässt sie jedoch den Vertrag nicht gegen sich gelten und hat sie den Irrtum der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben, so wird sie der Gegenpartei zu Schadenersatz verpflichtet (Art. 26 OR). Der Anspruch der Gegenpartei richtet sich auf Ersatz des Vertrauensschadens (Art. 26 Abs. 1 OR); „wo es der Billigkeit entspricht, kann der Richter auf Ersatz weiteren Schadens erkennen“ (Art. 26 Abs. 2 OR). All das bedarf einer kurzen Erläuterung:

- Der Erklärungsirrtum setzt voraus, dass der Empfänger die Erklärung abweichend vom Erklärenden verstanden hat und er sie nach Treu und Glauben (als „vernünftiger und korrekter Mensch“) so verstehen durfte<sup>70</sup>. Nach dem *Vertrauensprinzip* gilt in diesem Fall die Erklärung und (bei gegebenem Konsens) auch der Vertrag nach dem Verständnis des Erklärungsempfängers. Und dabei bleibt es, wenn der Erklärungsirrtum entweder nur unwesentlich

---

<sup>63</sup> Das hängt auch mit der Beweislastverteilung zusammen. Denn die Beweislast trägt, wer sich auf Gründe beruft, die der Anwendung des Prinzips entgegenstehen.

<sup>64</sup> Vgl. BUCHER, S. 122.

<sup>65</sup> KRAMER, N 126 ff. zu Art. 1 OR.

<sup>66</sup> GAUCH/SCHLUEP, Nr. 286 ff. und Nr. 317; MERZ, ZBJV 117, 1981, S. 124.

<sup>67</sup> BYDLINSKI, Die Grundlagen des Vertragsrechts im Meinungsstreit, BJM 1982, S. 1 ff. (S. 15); GAUCH/SCHLUEP, Nr. 323; KRAMER, N 102 a.E. zu Art. 1 OR; PIOTET, ZBJV 121, 1985, S. 151.

<sup>68</sup> Vgl. BGE 64 II 11.

<sup>69</sup> KELLER/SCHÖBI, S. 132.

<sup>70</sup> GAUCH/SCHLUEP, Nr. 610; VON TUHR/PETER, S. 301.

ist oder der Irrende es unterlässt, einen wesentlichen Erklärungsirrtum (rechtzeitig<sup>71</sup>) geltend zu machen.

- [186] Ist der Erklärungsirrtum aber wesentlich und wird der Irrtum (rechtzeitig) geltend gemacht, so beschränkt sich der Schutz des Erklärungsempfängers auf die in Art. 26 OR vorgesehene *Schadenersatzhaftung* des Irrenden, die zudem ein Verschulden („Fahrlässigkeit“ hinsichtlich des Irrtums) voraussetzt<sup>72</sup>. Diese Schadenersatzpflicht des Irrenden ist eine Haftung für erwecktes (und enttäushtes) Vertrauen; und sie ist zugleich ein Anwendungsfall der Haftung aus „culpa in contrahendo“<sup>73</sup>.

9. Dem Gesagten zufolge begründet also der Erklärungsirrtum eines Vertragschliessenden die folgende Rechtslage: Bei *unwesentlichem* Erklärungsirrtum gilt der Vertrag (Konsens vorausgesetzt) nach dem Verständnis des Erklärungsempfängers. Das begründete Vertrauen des Empfängers in die Geltung des Verstandenen wird „unbedingt“ geschützt, weil der tatsächliche Wille des Irrenden nur so wenig differiert, dass eine Rücksichtnahme auch auf dessen Interessenlage unterbleiben kann. Bei wesentlichem Erklärungsirrtum dagegen wird auch der Interessenlage des Irrenden Rechnung getragen. Deshalb hat hier der Irrende eine *Wahlmöglichkeit*:

- Der Irrende kann (erstens) wirksam erklären, dass er den Vertrag nicht halte. Trifft ihn ein Verschulden am Irrtum, so reduziert sich der Schutz des Erklärungsempfängers auf den Schadenersatzanspruch des Art. 26 OR<sup>74</sup>. Trifft den Irrenden kein Verschulden, so entfällt der Schutz des Empfängers überhaupt<sup>75</sup>.
- Oder der Irrende kann (zweitens) den Vertrag nach dem Verständnis des Empfängers gelten lassen, indem er dies ausdrücklich erklärt oder es unterlässt, sich (rechtzeitig) auf seinen Irrtum zu [187] berufen<sup>76</sup>. Das wird er (falls er „vernünftig“ handelt) immer dann tun, wenn für ihn die Geltung des Vertrages das kleinere Übel ist als die Nicht-Geltung, verbunden mit einer allfälligen Schadenersatzpflicht (und den sozialen/geschäftlichen Sanktionen, die er möglicherweise zu gewärtigen hat).

Die Variante der Nicht-Geltung, die der Irrende wählen kann, entspricht einerseits dem Gedankengut der Willenstheorie. Zusammen mit der Schadenersatzhaftung bei Verschulden (Art. 26 OR) bringt sie andererseits eine Lösung, die im Einklang steht auch mit der modernen Tendenz, das „Delikt“ zu Lasten des „Vertrages“ wieder stärker in den Vordergrund zu rücken<sup>77</sup>. Daran

---

<sup>71</sup> Art. 31 OR.

<sup>72</sup> Vorbehalten bleibt Art. 25 OR.

<sup>73</sup> BGE 113 II 31 spricht (bezogen auf den Grundlagenirrtum) von einer "Haftung eigener Art", um sie von der Deliktshaftung (Art. 41 OR) abzugrenzen.

<sup>74</sup> Grundsätzlich also auf den Ersatz des Vertrauensschadens.

<sup>75</sup> Um die vollständige Nicht-Geltung des Vertrages (mit oder ohne Schadenersatz) abzuwehren, steht es dem Erklärungsgegner aber immerhin frei, den Vertrag mindestens so gelten zu lassen, wie ihn der Irrende verstanden hat (Art. 25 Abs. 2 OR).

<sup>76</sup> Eine solche Genehmigung hat zur Folge, dass der einseitig unverbindliche Vertrag (Art. 23 OR) gültig wird. Diese "Konstruktion" entspricht der "Ungültigkeitstheorie", die jetzt auch nach Auffassung des Bundesgerichts den Vorzug verdient (BGE 114 II 142 f.). Das letztere wird (obwohl richtig) in der schweizerischen Doktrin kaum auf Gegenliebe stossen, weil die "herrschende Lehrmeinung" der "Anfechtungstheorie" verpflichtet ist.

<sup>77</sup> Vgl. z.B. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford 1979 (Paper back Ausgabe 1988), S. 733; POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston 1972, S. 46. Und ganz allgemein: GILMORE, *The Death of Contract*, Ohio 1974.

ändert sich natürlich nichts, wenn die Haftung nach Art. 26 OR als „Culpa-Haftung“ oder als „Haftung eigener Art“<sup>78</sup> verstanden wird; denn der Zweck dieser juristischen „Erfindungen“ besteht letztlich darin, von der Anwendung missliebiger Deliktsregeln zu dispensieren, obwohl in Wirklichkeit eine Deliktshaftung (keine Haftung für Vertragsverletzung) vorliegt.

#### D.

**10.** Fassen wir zusammen, so bestimmt das Vertrauensprinzip und damit das **Verständnis eines vernünftigen und korrekten Erklärungsempfängers** den Sinn eines Erklärungsverhaltens, sofern die Erklärung vom wirklichen Empfänger anders verstanden wurde, als sie vom Erklärenden tatsächlich gewollt war. Die Erklärung gilt mit dem so ermittelten Sinn, soweit dieser objektive Sinn dem wirklich Gewollten (einerseits) oder dem tatsächlich Verstandenen (andererseits) entspricht. Je nachdem wird der Erklärende oder der Empfänger [188] in seinem Vertrauen darauf geschützt, dass die Erklärung gilt, wie das rechtliche Vorbild eines „vernünftigen und korrekten Menschen“ sie verstanden hätte.

Pointiert ausgedrückt, normiert also die Figur des vernünftigen und korrekten Erklärungsempfängers, wie der wirkliche Mensch seinen Willen ausdrücken oder die Erklärung des andern verstehen muss, damit das Gewollte oder Verstandene Geltung erlangt. Vorbehalten bleibt jedoch immer der Fall, in dem das Vertrauensprinzip (samt seinem „vernünftigen und korrekten Menschen“) aus dem Spiele bleibt und das Gewollte (und Verstandene) *deshalb* gilt, weil feststeht, dass der Erklärende vom Empfänger tatsächlich richtig verstanden wurde. Ausserdem beschränkt sich der Vertrauensschutz des Empfängers auf eine verschuldensabhängige Schadenersatzhaftung, falls ein Vertragschliessender, der sich in einem wesentlichen Erklärungsirrtum befand, es vorzieht, den Vertrag nicht gegen sich gelten zu lassen (Art. 26 OR)<sup>79</sup>.

#### IV.

(Vertragsauslegung, Vertragsergänzung und Teilnichtigkeit)

#### A.

**11.** Gehen wir von der Auslegung der einzelnen Willenserklärung zur Auslegung eines abgeschlossenen Vertrages über, so stossen wir erneut auf den „vernünftigen Menschen“. Das primäre Ziel der **Vertragsauslegung** besteht zwar in der Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Parteiwillens<sup>80</sup>. Lässt sich dieser übereinstimmende Vertragswille aber nicht mehr (zuverlässig) ermitteln, so muss der Auslegungsstreit<sup>81</sup> nach andern (nämlich objektiven) Kriterien entschieden [189] werden<sup>82</sup>. Alsdann bestimmt sich der vereinbarte Vertragsinhalt nach dem, was *vernünftige und*

---

<sup>78</sup> BGE 113 II 31.

<sup>79</sup> Beachte aber die Sonderregel des Art. 25 OR.

<sup>80</sup> Vgl. GAUCH, Vertrag und Parteiwille, S. 359; MERZ, N 121 zu Art. 2 ZGB.

<sup>81</sup> Im Auslegungsstreit setzen die Parteien voraus, dass der Vertrag zustandegekommen ist, während sie im Konsensstreit über das Zustandekommen des Vertrages streiten. Das schliesst nicht aus, dass der Auslegungsstreit Teil eines umfassenderen Streites sein kann, der auch noch einen Konsensstreit beinhaltet. Vgl. zum Ganzen: BUCHER, S. 180, und GAUCH, Vertrag und Parteiwille, S. 359, jeweils mit weiteren Hinweisen.

<sup>82</sup> Vgl. z.B. MERZ, N 123 zu Art. 2 ZGB; OFTINGER, ZSR 58, 1939, 185 ff.

*korrekte Parteien* (unter den gegebenen Umständen) durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden<sup>83</sup>.

Diese objektive Auslegung beruht auf der normativen Vorstellung, dass der mutmassliche Wille der wirklichen Vertragsparteien sich mit dem Willen vorbildlicher („vernünftiger und korrekter“) Vertragspartner deckt. Sie äussert sich z.B. auch in der besonderen Auslegungsregel, wonach im Zweifel diejenige Bedeutung vorzuziehen ist, die dem Vertrag einen vernünftigen Sinn gibt<sup>84</sup>. Doch stösst sie an ihre Grenze, sobald ein übereinstimmender wirklicher Wille sich tatsächlich feststellen lässt. Alsdann ist nämlich der festgestellte (wirkliche) Vertragswille massgeblich<sup>85</sup>, mag er noch so „unvernünftig“ sein. Steht also fest, dass die Parteien tatsächlich „unüberlegt, törricht, unsinnig gehandelt“ haben<sup>86</sup>, so bleibt es dabei, obwohl ein solches Verhalten nicht dem Vorbild des „vernünftigen und korrekten Menschen“ entspricht. Insofern hat der wirkliche Mensch Vorrang und wird nicht durch sein Vorbild verdrängt.

## B.

**12.** Im Einzelfall kann die Auslegung ergeben, dass der Vertrag eine Lücke aufweist, weil die Parteien eine Rechtsfrage, die den Vertragsinhalt betrifft, nicht oder nicht vollständig geregelt haben. Fehlt es an [190] einer einschlägigen<sup>87</sup> Dispositivnorm des Gesetzes<sup>88</sup>, so darf und muss der Richter den lückenhaften Vertrag mit einer selbst gesetzten Regel ergänzen<sup>89</sup>. Auch diese **richterliche Vertragsergänzung** hält sich an die Figur des „vernünftigen Menschen“. Denn:

Der Richter, der den Vertrag ergänzt, hat auf den hypothetischen Parteiwillen abzustellen<sup>90</sup>. Er hat zu ermitteln, was die Parteien, wenn sie schon einen konkreten Vertrag mit bestimmtem Zweck abgeschlossen haben, hinsichtlich der betreffenden Frage gewollt haben würden<sup>91</sup>. Dabei geht es aber nicht um den Willen, den die Parteien wirklich gehabt hätten. Denn ein solcher Wille liesse sich (als „imaginäre“ Tatsache) gar nicht feststellen<sup>92</sup>. Worauf es ankommt, ist daher einzig, was die Parteien als *vernünftige und korrekte Vertragspartner* gewollt haben würden, falls sie eine Regelung getroffen und so die Lücke in ihrem konkreten Vertrag vermieden hätten<sup>93</sup>.

83 JÄGGI/GAUCH, N 332 und N 342 zu Art. 18 OR; ZR 81, 1982, Nr. 46, S. 121.

84 JÄGGI/GAUCH, N 441 und N 444 zu Art. 18 OR. Lehre (z.B. BUCHER, S. 182) und Rechtsprechung (z.B. BGE 111 II 262 f., 279, 287 und 457) berufen sich häufig auch auf das Vertrauensprinzip, das auf das Verständnis eines *vernünftigen und korrekten Erklärungsempfängers* abstellt und sich zur objektiven Auslegung eines Vertrages vor allem dann eignet, wenn der Streit sich praktisch auf die Auslegung einer einzelnen Vertragserklärung reduziert (vgl. JÄGGI/GAUCH, N 426 zu Art. 18 OR).

85 JÄGGI/GAUCH, N 343 zu Art. 18 OR; MERZ, Vertrag und Vertragsschluss, Nr. 50; BGE 107 II 163 und 418; ZR 81, 1982, Nr. 46, S. 121.

86 EGGER, zit. bei JÄGGI/GAUCH, N 446 zu Art. 18 OR.

87 Damit eine Dispositivnorm "einschlägig" ist, muss sie grundsätzlich auch zum übrigen Vertragsinhalt "passen", indem sie sich harmonisch in das Vertragsganze einfügt (darüber JÄGGI/GAUCH, N 511 ff. und N 515 ff. zu Art. 18 OR; Ausnahme: N 519).

88 Oder verweist das Gesetz auf das Ermessen des Richters.

89 Vorbehalten bleibt der seltene Fall, da Gewohnheitsrecht zur Anwendung kommt (Art. 1 Abs. 2 ZGB).

90 JÄGGI/GAUCH, N 498 zu Art. 18 OR; KRAMER, N 238 zu Art. 18 OR.

91 JÄGGI/GAUCH, N 498 zu Art. 18 OR mit weiteren Zitaten. Zu den Ausnahmefällen, in denen der Vertrag durch eine "modo legislatoris" gebildete Norm (Art. 1 Abs. 2 ZGB) ergänzt wird, siehe JÄGGI/GAUCH, N 533 ff. und N 535 f. zu Art. 18 OR.

92 Teilweise anders: KRAMER, N 240 zu Art. 18 OR.

93 Vgl. JÄGGI/GAUCH, N 498 zu Art. 18 OR; DESCHENAUX, in SPR II, S. 172; BGE 111 II 262; 107 II 149; 90 II 244 f. Ähnlich auch BUCHER, S. 188, wonach der Richter "meist nichts anderes anordnen wird, als was er

Damit wird der „vernünftige und korrekte Mensch“ zum Vorbild, auch wenn es um das nur „hypothetische“ Verhalten der wirklichen Vertragsparteien geht. Die Erwartung, dass sich Vertragsparteien „vernünftig und korrekt“ benehmen, bestimmt die für die Vertragsergänzung massgebliche Feststellung, was die konkreten (wirklichen) Parteien unter den gegebenen Umständen vereinbart hätten.

**13.** Dass der hypothetische Parteiwille, der im vorgestellten Willen vernünftiger und korrekter Vertragspartner besteht, nichts mit der [191] Wirklichkeit zu tun hat, liegt auf der Hand. Dennoch bildet er ein Kriterium nicht nur für die reine Vertragsergänzung, sondern auch für den Entscheid der *Frage, ob und wie*<sup>94</sup> *der Richter den Vertrag an veränderte Verhältnisse anzupassen hat*<sup>95</sup>. Das letztere leuchtet ohne weiteres ein, wenn man die Vertragsanpassung durch den Richter als Sonderfall der richterlichen Vertragsergänzung versteht, was sie tatsächlich auch ist<sup>96</sup>.

### C.

**14.** Mit dem Problem der Vertragsergänzung zumindest verwandt ist auch die in **Art. 20 Abs. 2 OR** geregelte Frage, ob ein Vertrag ganz- oder nur teilnichtig ist, wenn ein Nichtigkeitsmangel „bloss einzelne Teile des Vertrages“ betrifft. Soweit die Parteien diesbezüglich nichts vereinbart haben<sup>97</sup>, kommt es wiederum auf den hypothetischen Parteiwillen an, der die Leitfigur des „vernünftigen Menschen“ ein weiteres Mal ins Spiel bringt. Denn nach Art. 20 Abs. 2 OR ist der Vertrag nur dann teil- (statt ganz-) nichtig, wenn nicht „anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre“. Ob das aber zutrifft, entscheidet sich danach, was die Parteien als *vernünftige und korrekte Vertragspartner* vereinbart hätten, wenn ihnen die Nichtigkeit des mangelhaften Teils schon bei Vertragsabschluss bewusst gewesen wäre<sup>98</sup>. Ist nach diesem Kriterium anzunehmen, [192] „dass der Vertrag ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre“, so erfasst die Nichtigkeit den ganzen Vertrag; sonst bleibt es nach dem Wortlaut des Art. 20 Abs. 2 OR bei der Nichtigkeit des mangelhaften Teils, während der „Rest“ des Vertrages gültig ist.

**15.** Im Anwendungsbereich des Art. 20 Abs. 2 OR entscheidet somit der hypothetische Wille vernünftiger und korrekter Vertragsparteien darüber, ob der Vertrag in seiner Gesamtheit nichtig ist (Ganznichtigkeit), oder ob die Nichtigkeit sich auf den mangelhaften Teil beschränkt, während der Vertrag im übrigen unverändert gilt (schlichte Teilnichtigkeit).

---

als objektiv sinnvolle Lösung betrachtet, von der er annimmt, dass sie anständige und vernünftige Leute (nicht unbedingt die Parteien des Vertrages) billigerweise vereinbaren würden“.

<sup>94</sup> Die Anpassung kann in einer Auflösung des Vertrages, einer Verlängerung der Vertragsdauer oder in einer Inhaltsänderung bestehen.

<sup>95</sup> Vgl. JÄGGI/GAUCH, N 651 zu Art. 18 OR; TERCIER, JdT 127, 1979 I, S. 205 und 206; BGE 111 II 260 ff.; 107 II 144 ff. (149); 51 II 309; 48 II 372 f.

<sup>96</sup> Vgl. JÄGGI/GAUCH, N 639 zu Art. 18 OR; KRAMER, N 325 ff. zu Art. 18 OR; BGE 111 II 260 ff.; 107 II 148 ff. Auf einem anderen Standpunkt stehen hingegen die überwiegende Rechtsprechung und ein Teil der Lehre; diese lösen die Anpassungsfrage unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB; vgl. z.B. BGE 107 II 348; 101 II 19; 100 II 349; OFTINGER, SJZ 36, 1939/40, S. 246 f.).

<sup>97</sup> Bisweilen, wenn auch selten, kommt es vor, dass die Parteien im voraus vereinbaren, wie sich die allfällige Nichtigkeit eines bestimmten Vertragsteils (und damit der Teilmangel) auf den übrigen Vertrag auswirkt. Eine solche "Nichtigkeitsabrede" ist in den Schranken des Gesetzes (Art. 19 Abs. 1 OR) gültig. Sie verdrängt, was das Schicksal des Restvertrages betrifft, die Regel des Art. 20 Abs. 2 OR. Vgl. GAUCH/SCHLUEP, Nr. 537 ff. mit weiteren Hinweisen und Ausführungen.

<sup>98</sup> GAUCH/SCHLUEP, Nr. 539; HÜRLIMANN, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen, Diss. Freiburg 1984, S. 56 ff.

Möglich ist nun aber auch die Annahme, dass *vernünftige und korrekte Parteien* den Vertrag zwar ohne den nichtigen Teil, dafür aber mit einem partiell veränderten Inhalt geschlossen hätten, wenn ihnen der Mangel bewusst gewesen wäre. Zum Beispiel hätten sie an Stelle des nichtigen Teils (etwa einer nichtigen Kündigungsklausel) eine andere Regel (z.B. eine fest bestimmte Vertragsdauer) vereinbart oder den mängelfreien Rest des Vertrages anderswie (z.B. unter Weglassung einzelner Abreden) gestaltet. Trifft dies zu, so gilt der Vertrag mit dem Inhalt, der dem hypothetischen Willen solcher („vernünftiger und korrekter“) Parteien entspricht<sup>99</sup>. Was vorliegt, ist eine „modifizierte“ Teilnichtigkeit, die den Wortlaut des Art. 20 Abs. 2 OR sprengt, den Zweckgedanken der Bestimmung aber weiterführt<sup>100</sup>.

#### D.

**16.** Fassen wir zusammen, so ist der „vernünftige Mensch“ immer zur Stelle, wenn es um die objektive Auslegung des Vertrages, die richterliche Vertragsergänzung oder die nach dem hypothetischen Parteiwillen entschiedene Frage der Teilnichtigkeit geht. Denn in allen drei [193] Fällen gilt zwischen den wirklichen Vertragsparteien, was *vernünftige und korrekte Vertragspartner* gewollt haben würden<sup>101</sup>. Doch geht, was die Auslegung betrifft, das wirklich Gewollte, wenn es sich feststellen lässt, unbedingt vor. Und für die Regel des Art. 20 Abs. 2 OR gilt, dass sie zu weichen hat, wenn ausnahmsweise durch Vereinbarung bestimmt ist, wie sich die Nichtigkeit des mangelhaften Vertragsteils auf den übrigen Vertrag auswirkt<sup>102</sup>. Ob und mit welchem Inhalt eine solche „Nichtigkeitsabrede“ getroffen wurde, unterliegt aber wiederum der objektiven Auslegung, sofern das wirklich Gewollte sich nicht feststellen lässt.

---

<sup>99</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP, Nr. 540 ff.; HÜRLIMANN, zit. in Anm. 98, S. 74 ff.; MERZ, ZBJV 119, 1983, S. 129 f.; BGE 114 II 163 f.; 107 II 216 ff.

<sup>100</sup> Eine andere Art "modifizierter" Teilnichtigkeit greift Platz, wenn der nichtige Vertragsteil durch eine gesetzliche (zwingende oder dispositive) Regel ersetzt wird. Zu diesem Fall, der im vorliegenden Zusammenhang nicht interessiert, vgl. GAUCH/SCHLUEP, Nr. 542 ff. und dort Zitierte.

<sup>101</sup> Vgl. auch ATIYAH, S. 19: "It is not the actual agreement or intention of the parties which matters, but what they are deemed, as reasonable men, to have agreed or intended. What we require to know, therefore, is what the reasonable man would have agreed to, or intended, in these circumstances".

<sup>102</sup> Vgl. Anm. 97.

## V.

## (Fahrlässigkeit, Vertragswidrigkeit und Adäquanz)

## A.

17. Verlassen wir die bisherigen Gebiete, um weiterhin Umschau zu halten, so gelangen wir rasch zum verobjektivierten **Fahrlässigkeitsbegriff**, der im deliktischen und vertraglichen Haftungsrecht heutzutage<sup>103</sup> verwendet wird<sup>104</sup>. Danach handelt fahrlässig, wer (bei vorausgesetzter Urteilsfähigkeit<sup>105</sup>) diejenige Sorgfalt ausser acht lässt, die „*ein vernünftiger und ordentlicher Mensch* ... unter den gegebenen [194] Umständen als erforderlich ansehen würde“<sup>106</sup>. „Richtungsweisend“ ist also nicht, was der Schädiger „tatsächlich-subjektiv vermag“, sondern was ihm durch die Figur des vernünftigen und ordentlichen Menschen<sup>107</sup> „vorgegeben wird“<sup>108</sup>.

Diese vorbildliche Figur ist bei näherem Zusehen ein „Durchschnittstypus“<sup>109</sup>: ein normal veranlagter, tüchtiger<sup>110</sup>, für seine Tätigkeit genügend qualifizierter, hinlänglich ausgebildeter und erfahrener Mensch, der mit der gebotenen und ihm nach den konkreten Verhältnissen<sup>111</sup> möglichen Aufmerksamkeit, Voraussicht, Nervenkraft und Willensstärke das schadenstiftende Verhalten vermeiden würde<sup>112</sup>. Wer dem so verstandenen Vorbild zuwiderhandelt, haftet (unter dem Gesichtspunkt der Fahrlässigkeit) grundsätzlich für den Schaden, den er anrichtet, auch wenn er ein übliches Verhalten an den Tag legt<sup>113</sup> [195] oder alles tut, wozu er persönlich in der Lage ist<sup>114</sup>.

---

103 Zur geschichtlichen Entwicklung: FELLMANN, Der Verschuldensbegriff im Deliktsrecht, ZSR 106, 1987 I, S. 339 ff.

104 Statt vieler: BUCHER, S. 347; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 174 f.; OFTINGER, Haftpflichtrecht, S. 143; STARK, Nr. 476 ff.; DESCHENAUX/TERCIER, S. 83 f., Nr. 27 ff. Kritisch: FELLMANN, ZSR 106, 1987 I, S. 351 ff.; WERRO, La Capacité de Discernement et la Faute dans le Droit Suisse de la Responsabilité, Diss. Freiburg 1986, S. 67 ff.

105 Fehlt die Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB), so liegt kein Verschulden vor, und es entfällt auch die Verschuldenshaftung. Die Urteilsfähigkeit ist also die absolute Grenze der Objektivierung. So: STARK, Nr. 487.

106 VON TUHR/PETER, S. 429. Vgl. z.B. auch das Zitat in Rep. 1984, S. 366, wo vom Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft diejenige Sorgfalt gefordert wird, die "ein gewissenhafter und vernünftiger Mensch desselben Verkehrskreises wie die Verantwortlichen unter gleichen Umständen als erforderlich ansehen würde". Und aus dem angloamerikanischen Rechtskreis: "Negligence is a failure to do what the reasonable person would do under the same or similar circumstances" (PROSSER/KEETON, zit. in Anm. 10, S. 175).

107 BECKER (N 94 zu Art. 41 OR) spricht vom "Verhalten ordentlicher Leute". Bei GAUCH/SCHLUEP (Nr. 1634b) dienen der "reasonable man", der "ordentliche Kaufmann" sowie der "ordentliche Frachtführer" (Art. 447 Abs. 1 OR) als Vor-Bilder. Bei STARK (Nr. 490) ist es ein "Durchschnittsmensch", bei KELLER/GABI (S. 55 f.) "ein objektivierter Durchschnittstypus". Die Terminologie ändert, der Sinn aber bleibt im wesentlichen der gleiche.

108 GAUCH/SCHLUEP, Nr. 1634b.

109 KELLER/GABI, S. 56.

110 BURCKHARDT (zit. bei OFTINGER, Haftpflichtrecht, S. 144, Anm. 26) spricht von einem "tüchtigen Mann (!), der Kopf und Herz am rechten Fleck hat".

111 Die Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse (z.B. Alter, Geschlecht, Stadt/Land) verleiht dem objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff die erforderliche Flexibilität (KELLER/GABI, S. 60; vgl. auch OFTINGER, Haftpflichtrecht, S. 146 f.).

112 Vgl. ESSER/SCHMIDT, S. 379 (teilweise wörtliches Zitat); siehe auch ENGEL, S. 313, wonach das anvisierte Modell "correct, diligent, avisé, doté d'adresse et de sang-froid" ist.

113 Statt vieler: KELLER/GABI, S. 60 und SJ 1964, S. 374 f. Vgl. auch FLEMING, S. 30: "Even common usage or custom is not altogether above legal censure, since otherwise an entire industry would be free to set its own uncontrolled standards in defiance of its overriding obligation of reasonable care".

Missachtet er sogar elementare Vorsichtspflichten, die sich unter den gegebenen Umständen jedem *vernünftigen (verständigen) Menschen* aufdrängen müssen, so handelt er grobfahrlässig<sup>115</sup>.

18. Der „vernünftige Mensch“<sup>116</sup> in der Situation des Schädigers bildet somit die „*hypothetische Normalperson*“<sup>117</sup>, an deren (vorgestelltem) „Durchschnittsverhalten“<sup>118</sup> sich misst, ob der Schädiger die verlangte Sorgfalt aufwendet oder fahrlässig handelt, indem er z.B. einen Kunstfehler begeht. Obwohl man die „Normalperson“, auf die es bei diesem „reasonable man test“<sup>119</sup> ankommt, richtigerweise in den Alters-, Berufs- und Verkehrskreis des Schädigers versetzt<sup>120</sup> und derart „konkretisiert“<sup>121</sup>, bedeutet die Objektivierung, dass die Verschuldensform der (privatrechtlichen) Fahrlässigkeit keinen persönlichen Schuldvorwurf mehr enthält, der gerade auf den fraglichen Schädiger abzielt<sup>122</sup>. Damit entsteht das Paradoxum einer „*Verschuldenshaftung ohne Verschulden*“<sup>123</sup>. Und dem Juristen stellt sich die Frage, wie er eine solche Haftung rechtfertigen soll, nachdem das moralische Moment [196] der subjektiven Vorwerfbarkeit, das sie ursprünglich gerechtfertigt hat, durch die Verobjektivierung entfallen ist<sup>124</sup>.

In der Lehre wird diese elementare Frage mit dem Vertrauensgrundsatz beantwortet<sup>125</sup>, wonach der einzelne sich auf „ein durchschnittlich schädigungsvermeidendes Mass an Sorgfalt seitens seiner Mitmenschen verlassen“ dürfe<sup>126</sup>. Vorliegend mag die Frage nicht weiter erörtert werden. Denn sie bedarf einer vertieften Überprüfung<sup>127</sup>, wobei man sich bewusst zu bleiben hat, dass der verobjektivierte Fahrlässigkeitsbegriff nur mit gewissen Ausnahmen „gilt“, in denen es

---

114 GUHL/MERZ/KUMMER, S. 175; vgl. auch KELLER/GABI, S. 58 und WEBER, ZSR 107, 1988 I, S. 45. Ausgenommen bleiben etwa Fälle, in denen der Schädiger "ohne sein Zutun ... vor Aufgaben gestellt wird, denen er nicht gewachsen ist" (ESSER/SCHMIDT, S. 380).

115 BGE 111 II 90 (= Pra 74, 1985, Nr. 155, S. 450); 108 II 424; 107 II 167; KELLER/GABI, S. 57; OFTINGER, Haftpflichtrecht, S. 153. Vgl. das konkrete Beispiel in BGE 88 II 436, wo Grobfahrlässigkeit (*faute grave, lourde*) verneint wurde, weil "le risque de voir des bandits s'emparer non de l'or, qui était sous clé, mais de la camionnette, n'était pas tel que tout homme raisonnable en eût certainement tenu compte".

116 "L'homme raisonnable" (BGE 88 II 436) oder "prudent" (BGE 111 II 90).

117 KELLER/GABI, S. 56 und 58.

118 STARK, Nr. 468.

119 FLEMING, S. 23. Der Ausdruck wird in dieser Weise auch anderswo verwendet, obwohl der "reasonable man" natürlich eine "reasonable person" ist.

120 Vgl. z.B. KELLER/GABI, S. 60.

121 Vgl. GAUCH/SCHLUEP, Nr. 1634f.

122 Vgl. OFTINGER, S. 146; STARK, Nr. 489; ESSER/SCHMIDT, S. 377.

123 KELLER/GABI, S. 58. Vgl. auch FLETCHER, *Fairness and Utility in Tort Theory*, in: RABIN, S. 250: "Fault became a judgement about the risk, rather than about the responsibility of the individual who created the risk."

124 Vgl. z.B. TOURNEAU, *La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin)*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1988, S. 505 ff.

125 Siehe z.B. GAUCH/SCHLUEP, Nr. 1634m; ESSER/SCHMIDT, S. 379.

126 KELLER/GABI, S. 58 f.; vgl. auch OFTINGER, *Haftpflichtrecht*, S. 144. In dieser Rechtfertigung äussert sich die praktische Idee, dass "life would be impossible in modern conditions unless in the highway and in the market place we were entitled to rely on the other man behaving like a reasonable man" (*Gollins v. Gollins*, 1964, A.C. 644).

127 Für das Deliktsrecht vgl. z.B. die kritischen Einwände von KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Band I, 2. Auflage, Wien 1980, S. 129, und von FELLMANN, ZSR 106, 1987 I, S. 358 ("Im alltäglichen Kontakt mit seinen Mitmenschen muss ... jedermann damit rechnen, einem Minderbegabten, gar einem Dummkopf zu begegnen").

(nebst der vorausgesetzten Urteilsfähigkeit) doch wieder auf das „Subjektive“ ankommt<sup>128</sup>. Erwähnenswert ist diesbezüglich etwa die Regel, dass ein Schädiger, der über besondere Fähigkeiten und Kenntnisse verfügt, die ihn zu einer höheren Sorgfalt als die „hypothetische Normalperson“ befähigen, für diese erhöhte Sorgfalt einstehen muss<sup>129</sup>. Insofern hat der wirkliche Mensch es zu entgelten, dass er „besser“ ist als sein Vorbild<sup>130</sup>.

## B.

**19.** Eine Besonderheit gilt für die Vertragshaftung. Bei ihr besteht die für jede Haftung vorausgesetzte Widerrechtlichkeit in der **Vertragswidrigkeit** des schädigenden Verhaltens. In einzelnen Fällen wird nun auch diese Vertragswidrigkeit erst durch eine *Sorgfaltsverletzung* [197] begründet. Das trifft z.B. dann zu: wenn der Erfolg einer vereinbarten Leistung (etwa der Heilungs- oder Prozesserfolg) zwar nicht geschuldet ist, aber deshalb ausbleibt, weil der Vertragsschuldner (z.B. ein Arzt oder Anwalt) die angezeigte Sorgfalt ausser acht lässt<sup>131</sup>; wenn der eine Vertragspartner den andern anlässlich der eigenen Leistungshandlung schädigt, indem er bei der Vornahme der Leistung die gebotene Sorgfalt vermissen lässt; oder wenn der Vertragspartner eine Sorgfaltspflicht verletzt, die als selbständige Nebenpflicht zur Leistungspflicht hinzutritt.

In solchen Fällen bildet die Sorgfaltsverletzung nicht nur ein Element der *Fahrlässigkeit*, sondern erfüllt zugleich die Voraussetzung der *Vertragswidrigkeit*<sup>132</sup>. Objektivierter Fahrlässigkeit und vertragliches Unrecht gehen alsdann ineinander über, was bisweilen zu einem dogmatischen „Durcheinander“, vor allem aber zur heiklen Frage führt, wer die Beweislast hinsichtlich der Sorgfaltsverletzung trägt<sup>133</sup>. Wie dem auch immer sei, eines ist sicher: Soweit die Sorgfaltsverletzung das vertragliche Unrecht begründet, beherrscht die Figur des „vernünftigen Menschen“, an der sich die erforderliche Sorgfalt misst, auch das Feld der Vertragswidrigkeit.

---

<sup>128</sup> Vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP, Nr. 1634c ff.

<sup>129</sup> Vgl. z.B. STARK, Nr. 490.

<sup>130</sup> Ganz nach dem Motto: "wissen" ist "müssen"!

<sup>131</sup> Vgl. MERZ, SPR VI/I, S. 121; zur Unterscheidung zwischen "erfolgsbezogenen" und andern Leistungspflichten ("obligations de résultat" und "obligations de moyens") vgl. GAUCH/SCHLUEP, Nr. 83a f.

<sup>132</sup> Aus der neueren Literatur vgl. RASCHEIN, Widerrechtlichkeit und Verschulden in der Arzthaftpflicht, ZGRG 1989, S. 62 ff.; WEBER, ZSR 107, 1988 I, S. 51 f.; WERRO, ZSR 108, 1989 I, S. 274, Nr. 46, der zwar einen von der herrschenden Lehre (leicht) abweichenden Schuldbegriff verwendet (S. 268 ff.).

<sup>133</sup> Vgl. etwa die "gewundene" Explikation in BGE 113 II 432 f.; ferner BGE Pra 1988, S. 1040. Für die Beweisbelastung des Geschädigten spricht, dass er das vertragswidrige Verhalten zu beweisen hat (Art. 8 ZGB); für die Belastung des schädigenden Vertragsschuldners dagegen spricht, dass er das Nichtverschulden beweisen muss (Art. 97 Abs. 1 OR).

## C.

**20.** Von der Fahrlässigkeit zu unterscheiden ist **das Erfordernis des adäquaten Kausalzusammenhanges**: eine Kreation der Doktrin und Praxis, die zum Zwecke hat, die Haftung „vernünftig“<sup>134</sup> zu [198] begrenzen<sup>135</sup>. Nach eingebürgerter Formel erweist sich ein konkretes Ereignis dann als adäquate (und damit rechtserhebliche) Schadensursache, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung generell<sup>136</sup> geeignet war, einen solchen Schaden herbeizuführen, weshalb der Eintritt des Erfolges durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint<sup>137</sup>. Ob dies im Einzelfall zutrifft, entscheidet der schweizerische Richter durch eine „nachträgliche Prognose“, indem er die Frage in Kenntnis des gesamten Schadensverlaufes (und damit rückblickend, ex post) beurteilt<sup>138</sup>.

**21.** Da die „nachträgliche Prognose“, die dem Adäquanzurteil zugrundeliegt, zwar im nachhinein, aber doch „vom Standpunkt des Täters aus zu stellen ist“<sup>139</sup>, bildet eine erneute Begegnung mit dem „vernünftigen Menschen“ keine Überraschung mehr. Und in der Tat erachtet das Bundesgericht in BGE 85 II 354 eine Schädigung dann als adäquat verursacht, wenn „une personne normale“<sup>140</sup> l'eût prévue ou l'eût crue possible“<sup>141</sup>. Aber auch in der Literatur gibt es Adäquanzformeln, die sich am „vernünftigen Menschen“ orientieren, indem sie z.B. verlangen, dass „ein *Dritter nach allgemeiner Lebenserfahrung und bei Kenntnis aller Umstände* die Möglichkeit des Schadenseintrittes hätte voraussehen können“<sup>142</sup>. Ausländische Formulierungen stellen auf die Voraussicht eines „einsichtigen“ („erfahrenen“ oder gar „optimalen“) Beobachters ab<sup>143</sup>. Dabei komme es „aber nicht auf die Vorhersehbarkeit im engeren Verkehrskreis wie bei der Fahrlässigkeit“ an; vielmehr sei „auf die menschenmögliche Voraussicht schlechthin abzustellen“<sup>144</sup>.

**22.** [199] Obwohl die (nur grob skizzierte) Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang durch eine „unüberblickbare Flut von Schriften“ abgedeckt wird<sup>145</sup>, ist sie voller Unsicherheiten, die den Rechtsanwendenden (wenn es „konkret“ wird) auf den „gesunden Menschenverstand“<sup>146</sup> oder „die praktische Vernunft“<sup>147</sup> zurückverweisen. Im einzelnen darauf einzutreten oder gar zu einer Kritik der Adäquanzlehre auszuholen, gehört nicht zur Zielsetzung meines Beitrages. Nur so viel sei vermerkt, dass die Figur der „*personne normale*“ (oder des „Dritten, auf dessen erfahrene Voraussicht es ankommt“) in der schweizerischen Adäquanzlehre eher selten anzutreffen ist, weil die

---

134 OFTINGER, Haftpflichtrecht, S. 74.

135 Vgl. darüber neuerdings: GIGER, Analyse der Adäquanzproblematik im Haftpflichtrecht, in: FS MAX KELLER, Zürich 1989, S. 141 ff.

136 BGE 93 II 337 f.

137 BGE 112 II 442; 102 II 237; BREHM, N 120 ff. zu Art. 41 OR.

138 Nachweise bei BREHM, N 122 zu Art. 41 OR, und KELLER/GABI, S. 29.

139 DEUTSCH, Haftungsrecht, Band I, Köln 1976, S. 149.

140 Die ja wohl "vernünftig" ist. Vgl. auch Brehm N 122 zu Art. 41 OR, der die "personne normale" dem "bonus pater familias" gleichsetzt.

141 Zustimmung: KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, S. 49.

142 GUHL/MERZ/KUMMER, S. 62; vgl. auch VON TUHR/PETER, S. 97.

143 Nachweise durch und bei DEUTSCH, zit. in Anm. 139, S. 149; LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, 14. Auflage, München 1987, S. 435 ff.; ESSER/SCHMIDT, S. 529.

144 DEUTSCH, zit. in Anm 139, S. 149.

145 Vgl. GIGER, zit. in Anm. 135, S. 146 mit eindrucklichem Literaturnachweis (a.a.O., Anm. 34).

146 Z.B. WEITNAUER, in: FG Karl OFTINGER, Zürich 1969, S. 336 f.

147 OFTINGER, Haftpflichtrecht, S. 76.

hierzulande übliche Fassung der Adäquanzformel auf den Bezug einer „hypothetischen“ Leitfigur verzichtet.

Soweit die Figur aber doch in Erscheinung tritt, dient sie (anders als z.B. bei der Fahrlässigkeit) nicht als Massstab für das vom wirklichen Menschen verlangte Verhalten. Vielmehr dient sie einzig dazu, die Beantwortung der Frage, welche Schadensfolgen dem (möglichen) Haftpflichtigen sinnvollerweise noch zuzurechnen sind, zu erleichtern. Sie ist, pointiert ausgedrückt, zwar „Hilfsperson“ des entscheidenden Richters, erfüllt aber nicht auch die Aufgabe, dem wirklichen Menschen Vorbild zu sein. Je mehr Kenntnisse man dieser „Hilfsperson“ im Einzelfall unterschiebt, desto weiter erstreckt sich der Kreis der noch als „adäquat“ zu beurteilenden Folgen, bis schliesslich (bei einer allwissenden Person) von der angestrebten Haftungsbeschränkung nichts mehr übrig bleibt<sup>148</sup>.

## VI.

(...und die Rolle des Richters)

### A.

**23.** Eine umfassende Präsentation des „vernünftigen Menschen“ im Schuldrecht war in meinem Kurzbeitrag weder angestrebt noch [200] überhaupt möglich. So reicht denn auch *der Wirkungskreis der präsentierten Gestalt* über die angesprochenen Gebiete weit hinaus:

Zum Beispiel zieht „der Mangel einer Anlage ... keine Haftung des Werkeigentümers<sup>149</sup> nach sich, wenn er bei einem vernünftigen, dem Durchschnitt entsprechenden Verhalten der Benutzer nicht Anlass zu Unfällen geben kann“<sup>150</sup>. „Hat der Mieter während der Erstreckungsfrist<sup>151</sup> erfolglos unternommen, was ihm vernünftigerweise (lies: als einem vernünftigen Menschen) zugemutet werden kann, um die Härte abzuwenden, so kann die richterliche Behörde das Mietverhältnis ... ein zweites Mal erstrecken“<sup>152</sup>. Ein wichtiger Grund zur Vertragsauflösung nach Art. 337 OR liegt vor, wenn „aufgrund des gegebenen Sachverhalts nach der allgemeinen Anschauung vernünftiger und korrekter Leute dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar ist“<sup>153</sup>. „Als begründeter Anlass im Sinne von Art. 340c OR genügt jeder Grund, der bei vernünftiger Betrachtungsweise Anlass zur Kündigung geben kann“<sup>154</sup>. Es widerspricht einer vernünftigen und korrekten Auslegung von Art. 107/9 OR, bei einem Sukzessivlieferungsvertrag die Abnahme des gesamten restanzlichen Quantum nach jahrelanger Nichterfüllung und dementsprechend grosser Restanz innert einer relativ kurzen Frist zu verlangen<sup>155</sup>. Und: „Der Käufer wird sich vernünftigerweise erst dann auf Irrtum berufen, wenn er den besonderen Erfordernissen des Gewährleistungsrechts nicht genügt und seine Ansprüche aus dem Kaufrecht deswegen verloren hat“<sup>156</sup>.

---

<sup>148</sup> Vgl. LARENZ, zit. in Anm. 143, S. 437, und BREHM, N 123 zu Art. 41 OR.

<sup>149</sup> Art. 58 OR.

<sup>150</sup> BGE 91 II 209.

<sup>151</sup> Art. 267a Abs. 1 OR.

<sup>152</sup> Art. 267a Abs. 2 OR (die einzige Gesetzesstelle im OR, in der das Wort "vernünftig" vorkommt).

<sup>153</sup> AGVE 1983, S. 31 f.

<sup>154</sup> ZR 85, 1986, Nr. 31, S. 69; ZR 80, 1981, Nr. 45, S. 139; ZR 79, 1980, Nr. 63, S. 126; ZR 76, 1977, Nr. 38, S. 71; SJZ 77, 1981, Nr. 47, S. 315; SJZ 73, 1977, Nr. 67, S. 238; BGE 82 II 143.

<sup>155</sup> ZR 80, 1981, Nr. 89, S. 218.

<sup>156</sup> BGE 114 II 136.

24. Die Beispiele liessen sich mühelos vermehren. Allen Fällen aber, in denen der „vernünftige Mensch“ zum Einsatz kommt, ist gemeinsam, dass sie dem richterlichen Ermessen ein weites Feld eröffnen. [201] Denn **in Wirklichkeit ist es der Richter, der für den „vernünftigen Menschen“ spricht**. Er (der Richter) entscheidet, was der „vernünftige, korrekte, anständige, redliche ...Mensch“ tut, was er unterlässt, will, gewollt haben würde, was ihm zumutbar ist, was er voraussieht oder nicht ... Es sind seine eigenen (subjektiven) Wertungen, die der Richter dem Entscheid zugrundelegt, sobald er dem „vernünftigen Menschen“ die Referenz erweist. Dadurch erlangt, was als objektiver Massstab gedacht war, einen durchaus subjektiven Aspekt, wenn auch auf einer neuen Ebene, der Ebene des Gerichts. Und die eingangs getroffene Feststellung, dass der „vernünftige Mensch“ kein Wesen aus Fleisch und Blut sei, ruft nach einer Korrektur in dem Sinne, dass er durch ein solches Wesen immerhin vertreten wird<sup>157</sup>.

25. Diese „Subjektivierung“ eines scheinbar objektiven Konzepts ist unvermeidlich und stört wohl nur den, der im Recht unentwegt nach dem logisch Fassbaren sucht, weil er auch hier „wägen, messen und zählen“ möchte. Sie reflektiert im übrigen die unbestreitbare Tatsache, dass unser Recht - über alle Gesetze hinweg - zum guten Teil ein „Richterrecht“ geblieben ist, das von Fall zu Fall sich weiterentwickelt. Dies erklärt denn auch, weshalb gerade auf den abgehandelten Gebieten das dogmatische Bemühen der Rechtswissenschaft in allgemeinen Formeln endet, die oft mehr verdunkeln als erhellen. Vieles, was da geschrieben steht, gehört in den Bereich der „magischen“ Jurisprudenz; und anderes ist (um es mit Worten WITTGENSTEINS zu sagen<sup>158</sup>) zwar nicht „falsch“, jedoch „ohne Sinn“. [202]

## B.

26. Wenn es nun aber so sehr auf den Richter ankommt, so wird *sein* Menschenbild zum „*Menschenbild im Recht*“. Und die Gesellschaft hätte allen Grund, sich vermehrt darum zu kümmern, wer in den Gerichten sitzt. Überhaupt wäre es an der Zeit, sich vertieft und wissenschaftlich mit unseren Richtern und ihrer sozialen Einbindung auseinanderzusetzen<sup>159</sup>.

Untersucht wird heutzutage ja vieles. Vom Schweizerischen Nationalfonds unterstützt, erfasst der Forschungsbetrieb (auch an unserer Universität<sup>160</sup>) ganz mannigfache Bereiche: die „zeichen- und symbolhafte Bedeutung der Schweizer Kuh“, die „Néo-télévision“, die „Ladungstransferprozesse in organischen Systemen“, das „Jerusalem in christlicher Zeit“, das „integrierte, computergestützte Buch“, die „Reaktivität von Heteroolefin-Eisen (O)-Komplexen“, die „Oberflächen und Grenzflächen“, die „antike Keramik in der Schweiz“ und auch „das Lehrerethos als positive Einstellung, Verpflichtung und Gerechtigkeit“.

---

<sup>157</sup> Vgl. ATIYAH, S. 19: "But in fact it is the Court which represents the reasonable man". Oder aus einem englischen Entscheid: "By this time it might seem that the parties have become so far disembodied spirits that their actual persons should be allowed to rest in peace. In their place there rises the figure of the fair and reasonable man. And the spokesman of the fair and reasonable man, who represents after all no more than the anthropomorphic conception of justice, is, and must be, the Court itself." (Davis Contractors v. Fareham, Zitat bei ATIYAH, S. 18).

<sup>158</sup> "Die meisten Sätze und Fragen, welche über philosophische Dinge geschrieben worden sind, sind nicht falsch, sondern unsinnig. Wir können daher Fragen dieser Art überhaupt nicht beantworten, sondern nur ihre Unsinnigkeit feststellen." (WITTGENSTEIN, Tractatus logico-philosophicus / Logisch-philosophische Abhandlung, Schriften 1, Frankfurt am Main 1969, aufgrund der 2. Auflage 1933, Nr. 4.003).

<sup>159</sup> Vgl. bereits das Postulat von COHEN, zit. in Anm. 3, S. 846.

<sup>160</sup> Die nachfolgenden Beispiele stammen aus dem Rektoratsbericht 1987/88.

Was aber immer noch fehlt, das ist eine soziologische Untersuchung des Richterstandes. Sie würde uns helfen, das gesprochene Recht besser zu verstehen<sup>161</sup>.

**Literatur** (abgesehen von den einschlägigen Kommentaren): ATIYAH, An Introduction to the Law of Contract, 3. Auflage, Oxford 1981; BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988; DESCHENAUX/TERCIER, La Responsabilité Civile, 2. Auflage, Bern 1982; ENGEL, Traité des Obligations en Droit Suisse, Dispositions Générales du CO, Neuchâtel 1973; ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht, Band I, 6. Auflage, Heidelberg 1984; FLEMING, An Introduction to the Law of Torts, 2. Auflage, Oxford 1985; GAUCH, Vertrag und Parteiwille, in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Freiburg 1982; GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Zürich 1987; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, Partie Générale du Droit des Obligations, 2. Auflage, Zürich 1982; GUHL/MERZ/KUMMER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Auflage, Zürich 1980; KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, Bd.1, 4. Auflage, Bern 1979; KELLER/SCHÖBI, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1988; KELLER/GABI, Das [203] Schweizerische Schuldrecht, Band II, Haftpflichtrecht, 2. Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1988; MERZ, Vertrag und Vertragsschluss, Freiburg 1988; OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band 1, 4. Auflage, Zürich 1975; RABIN, Perspectives on Tort of Law, 2. Auflage, Boston und Toronto 1983; STARK, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Auflage, Zürich 1988; VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964; VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band 1, 3. Auflage, Zürich 1979; WERRO, La Capacité de Discernement et la Faute dans le Droit Suisse de la Responsabilité, Diss. Freiburg 1986; YUNG, L'Interprétation Supplétive des Contrats, in: YUNG, Études et Articles, Mémoires Publiés par la Faculté de Droit de Genève, Nr. 32, 1971, S. 185 ff.; *derselbe*, L'Acceptation par le Silence d'une Offre de Contracter, in: YUNG, Études et Articles, Mémoires Publiés par la Faculté de Droit de Genève, Nr. 32, 1971, S. 209 ff.

Korr.: MD, 04.03.2005

---

<sup>161</sup> Vgl. COHEN, zit. in Anm. 3, S. 846.