

Rechtsprechung

Urteilsanmerkung Zivilrecht

Professor *Peter Gauch, Freiburg**

«Modifizierte» Teilnichtigkeit Anmerkungen zu BGE 107 II 216 ff.

I. Der Entscheid

1. Im Entscheid vom 14. Juli 1981 (BGE 107 II 216 ff.)¹ befasst sich das Bundesgericht mit einem «Alleinverkaufsvertrag». Darin hatte der Geschäftsherr (ein Hersteller von Holzbearbeitungsmaschinen) seinem Vertragspartner, dem Alleinvertreter, «die Generalvertretung und das Alleinverkaufsrecht» für verschiedene Ostblockstaaten eingeräumt. In Ziff. 7 des Vertrages wurde eine *Kündigungsklausel* vereinbart. Diese Klausel lautet:

«La durata di validità di questo contratto è di due anni, e sarà tacitamente prorogato, se non sarà disdetto sei mesi prima della scadenza. Il contratto non può essere disdetto se la ditta Locher potrà dare la prova di intensi sforzi per la vendita. ... Il diritto di vendita esclusivo non potrà essere tolto alla ditta Locher, se questa potrà provare che sta lavorando intensamente per la clientela nei paesi già menzionati. ...»

Die zitierte Klausel legt (wie das Bundesgericht festhält) die Kündigungsmöglichkeit einseitig in die Hand des Alleinvertreters (S. 219f.), weil dieser durch Erfüllung seiner Vertragspflichten eine Kündigung durch den Geschäftsherrn verunmöglichen kann (S. 219). Sie begründet daher eine «unzulässige» («ewige») Bindung des Geschäftsherrn (S. 219f.). Deshalb nimmt das Bundesgericht in Übereinstimmung mit der Vorinstanz an, dass die Klausel nichtig ist (S. 218).

2. Anders als die Vorinstanz (S. 217f.) betrachtet jedoch das Bundesgericht nicht den ganzen Vertrag als nichtig (keine Ganznichtigkeit), sondern nur die vom Mangel betroffene Klausel. Das Gericht stellt ab auf den «mutmasslichen Parteiwillen» (S. 218) und nimmt an, dass beide Parteien die nichtige Klausel

«durch die Vereinbarung einer festen Vertragsdauer von acht Jahren ersetzt hätten», falls ihnen die Nichtigkeit der Klausel bewusst gewesen wäre (S. 219). Deshalb gelte der Vertrag mit einer «festen Vertragsdauer von acht Jahren» (S. 220). Auf das Ende dieser (Minimal-)Dauer könne er beidseitig gekündigt werden, wobei «entsprechend Art. 546 Abs. 1 OR eine Frist von sechs Monaten einzuhalten» sei (S. 220). Der Rückgriff auf Art. 546 Abs. 1 OR rechtfertige sich, «weil die Zusammenarbeit der Parteien einem Gesellschaftsverhältnis sehr nahe kommt» (S. 220).

II. Der Kommentar

3. *Gegenstand des Entscheides* ist ein Alleinverkaufsvertrag, der einen Inhaltmangel² aufweist:

a. Beim *Alleinverkaufsvertrag* (besser: «Alleinvertriebsvertrag») handelt es sich um einen Innominatvertrag, der sich aus verschiedenen Elementen zusammensetzt³. Der Zweck dieses Vertrages «besteht in erster Linie darin, dass der Geschäftsherr (der «Lieferant») seine Ware durch einen selbständigen Kaufmann (den «Alleinvertreter») vertreiben lässt»⁴. Der Alleinvertreter («Abnehmer») ist namentlich verpflichtet, den Verkauf der vom Geschäftsherrn gekauften Ware in einem bestimmten Gebiet zu fördern.

Diese Verkaufsförderung, die dem Alleinvertreter obliegt, bildet die charakteristische Leistung des Alleinverkaufsvertrages⁵. Sie ist eine Arbeitsleistung, weshalb der Alleinverkaufsvertrag zu den «Verträgen auf Arbeitsleistung» gehört. Mit Rücksicht auf die Zusammenarbeit der Parteien kommt er (wie das Bundesgericht zu Recht feststellt) «einem Gesellschaftsverhältnis sehr nahe». Da er jedoch unter keinen besondern Vertragstypus des Gesetzes fällt, wären nach der neueren, aber umstrittenen Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 394 Abs. 2 OR die Vorschriften über den einfachen Auftrag (und damit auch

² Der «Inhaltmangel» eines Vertrages besteht darin, dass der betreffende Vertrag «einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst» (Art. 20 Abs. 1 OR).

³ Vgl. *Schluep*, Schweizerisches Privatrecht (SPR) VII/2, S. 844 ff.

⁴ BGE 100 II 451.

⁵ BGE 100 II 451; *Schluep*, SPR VII/2, S. 846 und insb. 848.

* Unter Mitarbeit meines Assistenten *lic. iur. Roland Hürlimann* (Lutzenberg), der über die Teilnichtigkeit dissertiert und schon daher ein anregender Gesprächspartner war.

¹ Vgl. dazu auch die Bemerkungen von *Heini*, SAG 1982, S. 83 ff. und *Merz*, ZbJV 119 (1983) 129 f.

Art. 404 OR) anzuwenden⁶. Das aber hat das Bundesgericht in BGE 107II 216ff. weder getan noch überhaupt in Erwägung gezogen. Damit ist die (umstrittene) Rechtsprechung zu Art. 394 Abs. 2 OR für den Fall des Alleinverkaufsvertrages durchbrochen.

b. Der *Inhaltsmangel*, den der konkrete (vom Gericht beurteilte) Alleinverkaufsvertrag aufweist, hat seinen Grund in der vereinbarten Kündigungsklausel. Diese Klausel schliesst eine ordentliche (voraussetzungslose) Kündigung durch den Geschäftsherrn aus, da der Geschäftsherr den Vertrag so lange nicht kündigen kann, als der Alleinvertreter seine Vertragspflichten erfüllt (Ziff. 1). Die Klausel bewirkt deshalb eine «übermässige Bindung» des Geschäftsherrn und verletzt dadurch dessen Persönlichkeitsrecht (Art. 27 Abs. 2 ZGB)⁷. Was vorliegt, ist ein «Vertrag, der gegen die guten Sitten verstösst» (Art. 20 Abs. 1 OR). Zu merken sind zwei Einzelpunkte:

- Verträge, durch die sich eine Partei in sittenwidriger Weise bindet (Art. 27 Abs. 2 ZGB), fallen unter Art. 20 OR. *Bucher* vertritt für Art. 27 Abs. 2 ZGB eine gegenteilige Meinung⁸, die jedoch keine Zustimmung verdient⁹. In BGE 107II 216ff. bleibt die Bestimmung unerwähnt.
- Der Mangel, um den es vorliegend geht, ist ein Teilmangel: Er betrifft nicht den ganzen Vertrag, sondern bloss einen einzelnen Vertragsteil, die Kündigungsklausel. Das aber ist ein Fall, der in den Anwendungsbereich des Art. 20 Abs. 2 OR gehört.

4. Art. 20 Abs. 2 OR steht im Zusammenhang mit Art. 20 Abs. 1, dessen Bestimmung er weiterführt. Nach Art. 20 Abs. 1 OR ist ein Vertrag nichtig, wenn er «einen unmöglichen oder wi-

derrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst». «Betrifft aber der Mangel bloss einzelne Teile des Vertrages», so sind nach Art. 20 Abs. 2 OR «nur diese nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre». Das bedeutet:

a. Leidet der Vertrag an einem Teilmangel, so gibt es, was die Rechtslage betrifft, nach dem Wortlaut des Art. 20 Abs. 2 OR *zwei Möglichkeiten*: Entweder beschränkt sich die Nichtigkeit auf den mangelhaften Teil des Vertrages; im übrigen aber gilt der Vertrag, wie er vereinbart wurde (Teilnichtigkeit). Oder der Vertrag gilt überhaupt nicht; er ist ganz nichtig, obwohl der Mangel nur einen einzelnen Vertragsteil betrifft (Ganznichtigkeit).

b. Beide Möglichkeiten werden in Art. 20 Abs. 2 OR vorgesehen, aber nicht zur freien Wahl gestellt. Ob nämlich der Vertrag ganz- oder teilnichtig ist, hängt nach Art. 20 Abs. 2 OR vom «*hypothetischen Parteiwillen*»¹⁰ ab. Es kommt darauf an, was die Parteien als vernünftige und korrekte (nach Treu und Glauben handelnde) Vertragspartner gewollt und daher vereinbart haben würden, wenn ihnen die Nichtigkeit des mangelhaften Teils schon bei Vertragsabschluss bewusst gewesen wäre. Ist nach diesem Kriterium, dem «hypothetischen Parteiwillen», anzunehmen, «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.

Der «hypothetische Parteiwille», auf den es dem Gesagten zufolge ankommt, verlangt vom Richter einen wertenden Entscheid. Denn massgeblich ist nicht der Wille, den die Parteien wirklich gehabt hätten¹¹ und der sich als «imaginäre» Tatsache gar nicht feststellen lässt. Vielmehr hat der Richter, der den «hypothetischen Willen» ermittelt, von der Eigenart des konkreten Vertrages auszugehen und unter Berücksichtigung der gesamten Umstände eine Lösung zu suchen, die nach Treu und

⁶ BGE 104 II 110f.: «Fällt ein Vertrag auf Arbeitsleistung unter keinen besondern Vertragstypus des Gesetzes, so sind gemäss Art. 394 Abs. 2 OR die Vorschriften über den Auftrag anzuwenden. Das schliesst ... einen Vertrag auf Arbeitsleistung sui generis aus.» Vgl. auch BGE 106 II 159. Kritisch z. B. *Schluemp*, SPR VII/2, S. 813, Anm. 170; *Gauch/Schluemp/Jäggi*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1981, Nr. 493; *Guhl/Merz/Kummer*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 1980, S. 445 und 459.

⁷ Vgl. z. B. *Bucher*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1979, S. 226; *Gauch/Schluemp/Jäggi*, a. a. O., Nr. 512ff./515; v. *Tuhr/Peter*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Bd. I, Zürich 1974/79, S. 259f.

⁸ *Bucher*, a. a. O., S. 234ff.; ebenso *Heini*, SAG 1982, S. 85.

⁹ Das hindert aber nicht, bei der Auslegung und Anwendung des Art. 20 OR auch auf den Schutzzweck des Art. 27 Abs. 2 ZGB abzustellen (*Gauch/Schluemp/Jäggi*, a. a. O., Nr. 532). Dieser Zweck gebietet, dass sich nur die geschützte Partei (nicht auch die Gegenpartei) auf die Nichtigkeit des Vertrages berufen kann; und dass der Richter, der die Nichtigkeit von Amtes wegen berücksichtigt, dies nur zu Gunsten (nicht zu Ungunsten) der geschützten Partei tut (vgl. auch BGE 106 II 379).

¹⁰ Vgl. *Meyer*, Die Teilnichtigkeit der Rechtsgeschäfte, Diss. Basel 1949 (Maschinenschrift), S. 94ff.; *Piotet*, De l'invalidité partielle des actes juridiques, ZSR 76 (1957) 107ff.; *Tandogan*, La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats, thèse Genève 1952, S. 71ff.; v. *Tuhr/Peter*, a. a. O., S. 227. Zum hypothetischen Parteiwillen im allgemeinen: *Jäggi/Gauch*, N 498ff. zu Art. 18 OR.

¹¹ Anders: *Piotet*, a. a. O., S. 110.

Glauben («nach loyaler Verkehrsauffassung») ¹² von beiden Parteien hätte akzeptiert werden müssen.

5. Im hier behandelten Entscheid (BGE 107II 216ff.) geht das Bundesgericht ebenfalls vom «hypothetischen Parteiwillen» aus, den es missverständlich als «mutmasslichen Parteiwillen» bezeichnet ¹³. Weil das Gericht annimmt, dass die Parteien den Alleinverkaufsvertrag auf eine feste Dauer von acht Jahren geschlossen hätten, wenn ihnen die Nichtigkeit der vereinbarten Kündigungsklausel bewusst gewesen wäre, lässt es den Vertrag mit dieser Regel (auf acht Jahre fest) gelten. Damit wählt es eine *dritte Möglichkeit*, die von Art. 20 Abs. 2 OR nicht vorgesehen wird:

Der Vertrag ist weder ganz nichtig (Ganznichtigkeit). Noch gilt er einfach ohne den nichtigen Teil (Teilnichtigkeit nach Art. 20 Abs. 2 OR). Vielmehr gilt er mit einer Ersatzregel («feste Vertragsdauer von acht Jahren»), die an die Stelle der nichtigen Kündigungsklausel tritt. Das aber ist eine «*modifizierte Teilnichtigkeit*. Sie unterscheidet sich von der «schlichten» Teilnichtigkeit des Art. 20 Abs. 2 OR; denn diese erschöpft sich darin, den vereinbarten Vertrag ohne den nichtigen Teil (sonst aber unverändert) gelten zu lassen.

6. Die «*modifizierte Teilnichtigkeit*, von der soeben die Rede war, schliesst eine Lücke, die Art. 20 Abs. 2 OR offen lässt. Denn:

a. Die Alternative, die Art. 20 Abs. 2 OR vorsieht (Ganznichtigkeit/«schlichte» Teilnichtigkeit) setzt voraus, dass die Parteien (nach ihrem «hypothetischen Willen») den Vertrag entweder überhaupt nicht oder einfach ohne den nichtigen Teil (im übrigen aber unverändert) geschlossen hätten, wenn ihnen die teilweise Nichtigkeit bewusst gewesen wäre. Von Art. 20 Abs. 2 OR unberücksichtigt bleibt daher der mögliche Fall, in dem anzunehmen ist, die Parteien hätten an Stelle des nichtigen Teils eine andere Regel vereinbart und den Vertrag mit dieser Ersatzregel abgeschlossen.

b. In einem solchen Fall rechtfertigt es sich, dass der Vertrag trotz des Teilmangels gilt, und zwar so, wie er von den Parteien vereinbart worden wäre: also mit der Ersatzregel, die dem

«hypothetischen Parteiwillen» entspricht. Diese «modifizierte» Teilnichtigkeit wurde in BGE 96II 133 noch abgelehnt ¹⁴, ist aber exakt die Lösung, die das Bundesgericht im hier besprochenen Entscheid wählt. Sie kann sich zwar nicht auf den Wortlaut des Art. 20 Abs. 2 OR stützen, wohl aber auf dessen Zweck, den an einem Teilmangel leidenden Vertrag («in favorem negotii») aufrechtzuerhalten, soweit dies der «hypothetische Parteiwille» zulässt ¹⁵.

7. Mit dem Gesagten (Ziff. 6) erledigt sich zugleich auch die überkommene Streitfrage, ob eine «*Reduktion auf das erlaubte Mass*» Platz greift, wenn eine einzelne Vertragsabrede übermässig bindet oder eine Leistung zum Gegenstand hat, die ein gesetzlich erlaubtes Höchstmass überschreitet ¹⁶:

a. Die mangelhafte (sitten- oder rechtswidrige) Vertragsklausel ist in einem solchen Fall sicher nichtig. An ihre Stelle tritt jedoch eine auf das erlaubte Mass reduzierte «*Verpflichtung*», falls anzunehmen ist, dass die Parteien bei Kenntnis der erwähnten Nichtigkeit den Vertrag mit diesem Inhalt (der reduzierten «*Verpflichtung*») geschlossen hätten. Entsprechend dem «hypothetischen Parteiwillen» gilt alsdann der Vertrag mit einer Ersatzregel, welche die Bindung oder Leistungspflicht im zulässigen Masse aufrechterhält. Das ist nichts anderes als eine «*modifizierte*» Teilnichtigkeit, für die man den eingebürgerten Ausdruck «*Reduktion*» verwenden kann. Wer den Ausdruck verwendet, muss sich aber bewusst bleiben, dass die «*Reduktion*» nicht in einer «*Abänderung*» der mangelhaften Klausel besteht, sondern im Ersatz der nichtigen Klausel durch eine zulässige Bestimmung ¹⁷. Ausserdem bleibt zu beachten:

b. An die Stelle der nichtigen Klausel kann im Einzelfall auch eine Ersatzregel treten, die einen andersartigen Inhalt aufweist. Das zeigt

¹⁴ Nach BGE 96II 133 ist die Rechtsfolge der Teilnichtigkeit, die nach Art. 20 Abs. 2 OR Platz greift, «*zwingend*». Sie «*kann somit nicht durch eine vom Richter auf der Grundlage des mutmasslichen Parteiwillens geschaffene Bestimmung abgeändert werden*». Diese allgemeine Aussage wird in BGE 107II 218 unter Hinweis auf den konkreten (damals entschiedenen) Fall relativiert.

¹⁵ *Piotet*, a. a. O., S. 100. Nach BGE 43II 661f. bezweckt Art. 20 Abs. 2, «*de restreindre la nullité à ce qui est strictement nécessaire pour supprimer le désaccord du contrat avec la loi ou les bonnes mœurs*».

¹⁶ Zur Kontroverse: BGE 107II 218; ZR 81 (1982) 183; *Gauch/Schluop/Jäggi*, a. a. O., Nr. 540; *Spiro*, Können übermässige Verpflichtungen oder Verfügungen in reduziertem Umfang aufrechterhalten werden?, ZbJV 88 (1952) 449ff. und 497ff.; *Tandogan*, a. a. O., S. 121 ff.

¹⁷ Vgl. demgegenüber BGE 96II 132.

¹² Vgl. sinngemäss BGE 48II 373.

¹³ Der Ausdruck «*mutmasslicher Parteiwille*» erweckt den falschen Eindruck, es gehe um einen empirischen Willen, den die Parteien mutmasslich gehabt haben. Das ist beim «*hypothetischen Parteiwillen*», auf den es ankommt, aber nicht der Fall.

gerade der vorliegende Entscheid (BGE 107 II 216ff.). Darin wird die nichtige Kündigungsklausel, die eine ordentliche (voraussetzungslose) Kündigung durch den Geschäftsherrn ausschliesst (Ziff. 3 lit. b), nicht einfach durch eine zulässige Kündigungsbestimmung (mit ordentlicher Kündigungsmöglichkeit auch des Geschäftsherrn) ersetzt. Vielmehr wird die nichtige Klausel ersetzt durch eine feste Vertragsdauer von acht Jahren, weil der Vertrag nach dem «hypothetischen Parteiwillen» mit dieser Ersatzregel (achtjährige Minimaldauer) geschlossen worden wäre. Das ist keine blosser «Reduktion auf das zulässige Mass», sondern Ersatz der unzulässigen Bindung durch eine Bindung *anderer Art*. Ob jedoch das Bundesgericht selber den Unterschied erkennt oder ob es in seiner Entscheid von der Idee einer «Reduktion» ausgeht, lässt sich dem Urteil nicht entnehmen. Fest steht nur, dass das Gericht einleitend (S. 218) die Streitfrage («Möglichkeit einer Reduktion?») aufwirft, ohne eindeutig Stellung zu beziehen¹⁸.

8. Die Ersatzregel, von der bisher gesprochen wurde, gründet im «hypothetischen Parteiwillen», dessen Ermittlung eine «vom Bundesgericht zu entscheidende Rechtsfrage» darstellt (BGE 107 II 218f.). Möglich ist aber auch, dass der nichtige Vertragsteil durch eine *gesetzliche Regel* ersetzt wird. Zu unterscheiden sind zwei Fälle:

a. Fall 1: Eine Vertragsklausel weicht vom dispositiven Gesetzesrecht ab, ist jedoch nichtig. Trifft dies zu, so wird die nichtige Klausel (z. B. eine nichtige Dauerabrede) durch die *dispositive Gesetzesregel* (z. B. eine gesetzliche Kündigungsregel) ersetzt¹⁹. Zur Anwendung gelangt somit die betreffende Gesetzesbestimmung, nicht eine Ersatzregel, die der Richter aus dem «hypothetischen Parteiwillen» schöpft (vgl. BGE 107 II 218). Pointiert ausgedrückt, bedeutet das:

Der «hypothetische Parteiwille» wird durch das dispositive Gesetzesrecht verdrängt. Das aber setzt voraus, dass es überhaupt eine einschlägige Dispositivnorm des Gesetzes gibt, die anwendbar ist. Unter dem Gesichtspunkt

¹⁸ Anders aufgefasst wird der Entscheid von *Merz*, der ihn wie folgt kommentiert: «Das Gericht ... verwirft die von der kantonalen Instanz vertretene Meinung, dem Richter sei nicht gestattet, eine in bezug auf die Dauer übermässige Bindung auf das erlaubte Mass zu beschränken» (ZbJV 119 [1983] 129). Noch weiter geht die «Anmerkung» von *A. B.* in ZR 87 (1982) 185, wonach «das Bundesgericht in seinem neuesten Entscheid BGE 107 II 216 vorbehaltlos die Beschränkung unzulässiger Vertragsabreden auf das erlaubte Mass» anerkennt.

¹⁹ Vgl. z. B. BGE 96 II 133.

der Anwendbarkeit muss der Richter unter anderem auch prüfen, ob die dispositive Norm des Gesetzes (z. B. eine Kündigungsbestimmung) mit dem gültig vereinbarten Vertragsinhalt harmoniert, indem sie diesen Inhalt sinnvoll ergänzt²⁰. Passt eine dispositive Norm, die an sich einschlägig wäre, nicht zum vereinbarten Inhalt des konkreten Vertrages, so ist deren Anwendung ausgeschlossen²¹.

b. Fall 2: Eine Vertragsklausel weicht ab von einer «unabänderlichen Vorschrift» (Art. 19 Abs. 2 OR) des Privatrechts; sie verstösst somit gegen *zwingendes Privatrecht*, ist deshalb widerrechtlich²² und nichtig (Art. 20 OR). Trifft dies zu, so wird die nichtige Klausel durch die zwingende Gesetzesregel ersetzt. Beispiele: An die Stelle eines völligen Haftungsausschlusses tritt die zwingende Regel, dass der Schuldner für grobes Verschulden haftet (Art. 100 Abs. 1 OR). Statt einer übermässig hohen Konventionalstrafe schuldet der Verpflichtete eine Strafe im zulässigen Mass, das der Richter bestimmt (Art. 163 Abs. 1 OR)²³. Die Vereinbarung, wonach ein Arbeitsverhältnis für den Arbeitnehmer länger als zehn Jahre dauert, wird ersetzt durch die zwingende Regel, dass der Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag mit Ablauf von zehn Jahren jederzeit mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten auf das Ende eines Monats kündigen kann (Art. 336d OR).

c. In beiden Fällen (lit. a und b) gilt der Vertrag, zwar ohne die nichtige Klausel, aber mit der gesetzlichen (dispositiven oder zwingenden) Ersatzregel. Auch das ist eine «*modifizierte*» *Teilnichtigkeit*, mit der sich Art. 20 Abs. 2 OR nicht befasst. Ihre Besonderheit besteht darin, dass das Gesetz selber eine anwendbare Ersatzregel vorsieht. Deshalb entfällt die Frage nach dem «hypothetischen Parteiwillen», auch was die Ganznichtigkeit des Vertrages betrifft:

²⁰ In BGE 96 II 132f. hat das Bundesgericht diese Prüfung offenbar unterlassen; sonst wäre es allenfalls zu einem andern Ergebnis gelangt.

²¹ *Jäggi/Gauch*, N 514 und 515ff. zu Art. 18 OR.

²² Nach einer andern Ansicht macht der Verstoß gegen zwingendes Privatrecht die betreffende Abrede nicht widerrechtlich im Sinne des Art. 20 OR (z. B. *Bucher*, a. a. O., S. 218, 220; wie hier aber: *Guhl/Merz/Kummer*, a. a. O., S. 40; *Schluep*, SPR VII/2, S. 779).

²³ Nach dem Wortlaut des Art. 163 Abs. 1 OR ... hat der Richter «übermässig hohe Konventionalstrafen nach seinem Ermessen herabzusetzen». Diese ungenaue Formulierung verleitet zur unrichtigen Annahme, dass die Vereinbarung einer übermässig hohen Strafe gültig und die vereinbarte Strafe auch im Übermass geschuldet ist, bis der Richter die Vereinbarung durch Gestaltungsurteil korrigiert. In Wirklichkeit aber schuldet der Verpflichtete zum vornherein nur eine Strafe im zulässigen Mass, dessen Bestimmung eine Ermessensfrage ist und daher im Streitfall dem Richter obliegt. Analog verhält es sich für das «übermässige Konkurrenzverbot» nach Art. 340a Abs. 2 OR.

Keine Partei kann hier einwenden, dass der Vertrag «ohne den nichtigen Teil», also mit der gesetzlichen Ersatzregel, «überhaupt nicht geschlossen worden wäre» und deshalb ganznichtig sei²⁴. Eine Ganznichtigkeit des Vertrages fällt somit ausser Betracht. Das entspricht schon dem Wortlaut des Art. 19 Abs. 2 OR. Im übrigen entspricht dies aber auch der Rechtslage, wie sie dann besteht, wenn die Parteien über eine vom Gesetz geregelte Frage gar keine Vereinbarung (auch keine nichtige) getroffen haben. Greift die gesetzliche Regel in einem solchen Falle ein, so kann keine Partei sich darauf berufen, dass der Vertrag mit dieser Regel nicht geschlossen worden wäre. Warum es sich anders verhalten sollte, wenn das Gesetz an die Stelle einer nichtigen Klausel tritt, ist nicht einzusehen. Dies schon gar nicht bei zwingenden Gesetzesregeln; denn durch die drohende Ganznichtigkeit würde der «zwingend» geschützte Vertragspartner seine Rechte aus dem Vertrag verlieren und sein Schutz sich gerade ins Gegenteil verkehren.

d. Für den vorliegenden (konkreten) Fall, den *Alleinverkaufsvertrag mit nichtiger Kündigungsklausel*, gibt es weder eine dispositive noch eine zwingende Gesetzesregel, die als Ersatzregel in Frage kommt. Folglich bleibt es dabei, dass sich der Einfluss der nichtigen Klausel auf das Schicksal des Vertrages nach dem «hypothetischen Parteiwillen» bestimmt.

Anders verhielte es sich dann, wenn man der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 394 Abs. 2 OR folgen und den Alleinverkaufsvertrag als einfachen Auftrag behandeln würde. Alsdann widerspräche die vereinbarte Kündigungsklausel der zwingenden Bestimmung²⁵ des Art. 404 OR und wäre schon deshalb nichtig. An ihre Stelle träte die Gesetzesregel des Art. 404 OR, wonach jede Partei den Vertrag jederzeit auflösen kann²⁶. Dass das Bundesgericht in BGE 107 II 216ff. einen andern Weg geht, indem es von der Anwendung des Auftragsrechts absieht, ist nur zu begrüssen.

9. Vor allem zu begrüssen ist aber auch, dass der zitierte Entscheid eine *Klarstellung zu Art. 20 Abs. 2 OR* bringt.

a. Nach dem Wortlaut des Art. 20 Abs. 2 OR gibt es im Falle eines Teilmangels nur *eine* Alternative: Ganznichtigkeit oder «schlichte» Teilnichtigkeit des Vertrages (Ziff. 4). Damit sind indes nicht alle Möglichkeiten erschöpft. Vielmehr stellt das Bundesgericht in BGE 107 II 216ff. klar:

Der Vertrag, der an einem Teilmangel leidet, kann nach dem «hypothetischen Parteiwillen» auch mit einer Ersatzregel gelten, die an die Stelle der nichtigen Klausel tritt (Ziff. 6). Die nichtige Klausel wird durch eine andere Regel ersetzt und der Vertrag mit dieser Regel aufrechterhalten, wenn anzunehmen ist, dass die Parteien den Vertrag (im Bewusstsein der teilweisen Nichtigkeit) *so* geschlossen hätten. Das ist eine «modifizierte» Teilnichtigkeit, wie sie auch dann eingreift, wenn eine gesetzliche (dispositive oder zwingende) Ersatzregel zum Zuge kommt (Ziff. 8).

b. Mit dieser Klarstellung leistet das Bundesgericht einen bedeutenden Beitrag zur *Bewältigung des Nichtigkeitsproblems*. Dem Entscheid ist, was die eingeschlagene Methode betrifft, voll zuzustimmen. Er durchbricht den zu engen Wortlaut des Art. 20 Abs. 2 OR, indem er an die Stelle der nichtigen Kündigungsklausel eine Ersatzregel («feste Vertragsdauer von acht Jahren») setzt, die der konkreten Eigenart des betreffenden Alleinverkaufsvertrages entspricht. Dadurch wird der Vertrag in Übereinstimmung mit dem von Art. 20 Abs. 2 OR verfolgten Zwecke aufrechterhalten, jedoch so, dass zugleich der von den Parteien bestimmte Vertragszweck gewahrt bleibt.

c. Bei aller Zustimmung, die der Entscheid verdient, stellt sich doch *eine* kritische Frage. Sie betrifft die sinngemässe Anwendung des Art. 546 Abs. 1 OR, womit das Bundesgericht begründet, dass der Vertrag auf das Ende der festen Dauer nur unter Einhaltung einer sechsmonatigen Frist gekündigt werden könne (Ziff. 2). Warum (so fragt man sich) leitet das Gericht bloss die «feste Vertragsdauer von acht Jahren», nicht auch die massgebende Kündigungsfrist aus dem «hypothetischen Parteiwillen» ab?

Indem das Gericht auf diese «fragwürdige» Weise vorgeht, gelangt es zu einem Vertrag mit einer Ersatzregel, die zwar die Minimaldauer des Vertrages, nicht aber die Kündigungsfrist bestimmt und deshalb unvollständig ist. Das

²⁴ Vgl. *Gauch/Schluemp/Jäggi*, a. a. O., Nr. 542 ff. Gleicher Meinung für das zwingende Recht: *Meyer*, a. a. O., S. 105 ff. (anders aber *Bucher*, a. a. O., S. 213 Anm. 17); für Art. 100 Abs. 1 OR: *v. Tuhr/Escher*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, Zürich 1974, S. 119. Was das dispositive Recht betrifft, so steht das Bundesgericht in BGE 96 II 132 offenbar auf einem andern Standpunkt (vgl. Erw. b, erster Satz, wonach sich die Nichtigkeit der streitigen Klausel trotz dispositiver Ersatzregel auf den ganzen Vertrag auswirken kann).

²⁵ BGE 106 II 159f.; 98 II 307 und dort Zitierte.

²⁶ Vgl. z. B. BGE 106 II 157 ff.

Gericht schafft sich also selbst eine «Lücke», die es dann durch analoge Anwendung des Art. 546 Abs. 1 OR schliessen muss (Ziff. 2). Das verkompliziert die Dinge, ohne dass der Entscheid hierfür eine Erklärung gibt.

III. Der Zusammenhang

10. Nach den vielen Einzelheiten, die erörtert wurden, lohnt sich abschliessend der Versuch, das Gesagte systematisch zu ordnen und in einen grösseren Zusammenhang zu stellen:

a. Auszugehen ist vom Grundsatz der *Vertragsfreiheit*. Die Vertragsparteien sind frei, ihre Rechtsbeziehungen «innerhalb der Schranken des Gesetzes» beliebig zu regeln (Art. 19 Abs. 1 OR). In diesen Schranken können sie zum voraus auch vereinbaren, was zwischen ihnen gelten soll, wenn ein Teil des Vertrages nichtig ist. Tun sie das, so gilt das Vereinbarte, und Art. 20 Abs. 2 OR bleibt insoweit aus dem Spiel²⁷. Das wurde in den bisherigen Ausführungen zwar nicht gesagt, jedoch vorausgesetzt.

Fehlt es hingegen an einer entsprechenden Vereinbarung (was im Regelfall zutrifft), so ist der Vertrag lückenhaft, falls sich herausstellt, dass er an einem Teilmangel leidet. Die Vertragslücke²⁸ besteht hier darin, dass die Rechtsfrage, was bei Nichtigkeit des betreffenden Teils gilt, von den Parteien nicht geregelt wurde.

b. Der lückenhafte Vertrag bedarf der *Ergänzung*. Das schafft keine Probleme, wenn das dispositive Gesetzesrecht eine anwendbare Regel enthält, die an die Stelle der nichtigen Klausel tritt. Alsdann gilt der Vertrag mit der dispositiven Gesetzesregel, welche die nichtige Klausel ersetzt (Ziff. 8 lit. a und c).

Findet sich im Gesetz aber keine solche Regel, so bestimmt sich die Rechtslage nach dem Kriterium des Art. 20 Abs. 2 OR. Massgebend ist, was die Parteien (als vernünftige und korrekte Vertragspartner) gewollt hätten, wenn ihnen die Nichtigkeit des mangelhaften Teils schon bei Vertragsabschluss bewusst gewesen wäre (Ziff. 4 lit. b). Nach diesem Kriterium (dem «hypothetischen Parteiwillen») kann der Vertrag ganz- oder teilnichtig im Sinne des Art. 20 Abs. 2 OR sein (Ziff. 4); oder es kann (ob-

wohl Art. 20 Abs. 2 OR diese Möglichkeit nicht erwähnt) eine «modifizierte» Teilnichtigkeit Platz greifen (Ziff. 5–7)²⁹.

c. Ein Sonderfall liegt dann vor, wenn eine Vertragsklausel deshalb nichtig ist, weil sie gegen *zwingendes Privatrecht* verstösst. Trifft dies zu, so gilt der Vertrag mit der zwingenden Gesetzesregel (Ziff. 8 lit. b und c), selbst wenn die Parteien eine andere Ersatzregel vereinbart haben. Offen ist allerdings die Frage, ob der Vertrag seine Geltung auch dann behält, wenn für den genannten Fall das Gegenteil vereinbart wurde. Oder anders gefragt: Können Parteien gültig vereinbaren, dass der ganze Vertrag «dahinfallen» soll, falls eine (bestimmte) Vertragsklausel durch zwingendes Privatrecht ersetzt wird?

Urteilsanmerkung Zivilrecht

Professor *Wolfgang Wiegand*, Bern

Bauhandwerkerpfandrechte an öffentlichen Grundstücken Anmerkung zu BGE 108 II 305 ff.

I. Sachverhalt

Die Einwohnergemeinde Spreitenbach beauftragte die Horta AG als Generalunternehmerin mit der Errichtung eines Schulgebäudes auf einem gemeindeeigenen Grundstück. Die Gemeinde zahlte an die Horta einen Gesamtbetrag von knapp 4 Millionen Franken aus. Die Horta ist in finanzielle Schwierigkeiten geraten und es wurde der Konkurs über sie eröffnet. Die Kläger, welche – zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammengeschlossen – an der Errichtung des Bauwerks mitgewirkt hatten, sind zu rund 90% ihrer Forderungen von der Horta bezahlt worden. Den verbleibenden Restbetrag von etwa Fr. 145000 machen sie im vorliegenden Verfahren gegen die Gemeinde als Beklagte un-mittelbar geltend.

²⁹ Die «Modifikation» der Teilnichtigkeit besteht nach Ziff. 5–7 darin, dass an die Stelle der nichtigen Klausel eine Ersatzregel tritt, die dem «hypothetischen Parteiwillen» entspricht. Eine andere (mögliche) Modifikation, die nicht zur Sprache kam, ist die «erweiterte» Teilnichtigkeit. Sie kennzeichnet sich dadurch, dass die Nichtigkeit über den mangelhaften Teil hinaus auf eine andere (mangelfreie) Abrede übergreift, weil anzunehmen ist, dass die betreffende Abrede ohne den mangelhaften Teil nicht vereinbart worden wäre (vgl. z. B. ZR 43 [1944] Nr. 223, S. 330; *Tandon*, a. a. O., S. 95 f.). Auch diese Möglichkeit bleibt in Art. 20 Abs. 2 OR unerwähnt.

²⁷ *Piotet*, a. a. O., S. 108. Für das deutsche Recht vgl. statt vieler: *Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl., München 1980, S. 423.

²⁸ Vgl. *Jäggi/Gauch*, N 486 zu Art. 18 OR.