

## Vertrag und Parteiwille

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

Publiziert in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Le Centenaire du Code des Obligations, Freiburg 1982, S. 343 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

*Literatur* (Auswahl, ohne Kommentare): BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1979; v. BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964; ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, Neuchâtel 1973; FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Berlin 1979 (zit. Das Rechtsgeschäft); *derselbe*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960, Bd. I, Karlsruhe 1960 (zit. Rechtsgeschäft und Privatautonomie); GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2 Bde, Zürich 1981; GUHL/MERZ/KUMMER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 1980; JÄGGI, Vertrauensprinzip und Gesetz, Festschrift Simonius, Basel 1955, S. 145 ff. (zit. Vertrauensprinzip und Gesetz); KELLER, Die Auslegung obligationenrechtlicher Verträge, SJZ 57, 1961, S. 313 ff.; *derselbe*, Der Vertragswille im Obligationenrecht, SJZ 58, 1962, S. 365 ff.; KRAMER, Grundfragen der vertraglichen Einigung, München/Salzburg 1972 (zit. Grundfragen der vertraglichen Einigung); LARENZ, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl., München 1980 (zit. AT); *derselbe*, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, Band I, 12. Aufl., München 1979 (zit. SchR 1); MEIER-HAYOZ, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluß, Diss. Zürich 1948 (zit. Vertrauensprinzip); OFTINGER, Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Aufl., Zürich 1973 (zit. Bundesgerichtspraxis); *derselbe*, Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Erklärung der Verkehrsgeschäfte, ZSR 58, 1939, S. 178 ff.; PATRY, Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse, Diss. Genf 1953 (zit. Le principe de la confiance); PIOTET, La formation du contrat en doctrine [344] générale et en droit privé suisse, Bern 1956 (zit. La formation du contrat); SCHMIDLIN, Das Vertrauensprinzip und die Irrtumslehre im deutschen und schweizerischen Recht, ZSR 89, 1970 I, S. 225 ff.; SIMONIUS, Wandlung der Irrtumslehre in Theorie und Praxis, Festschrift Goetzinger, Basel 1935, S. 240 ff. (zit. Wandlung der Irrtumslehre); *derselbe*, Über die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre, Festgabe der Basler Juristenfakultät zum schweizerischen Juristentag, Heft 15, Basel 1942, S. 235 ff. (zit. Bedeutung des Vertrauensprinzips); v. TUHR, Über die Mängel des Vertragsabschlusses, ZSR 15, 1896, S. 278 ff.; v. TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, Erste Lieferung, 3. Aufl., Zürich 1974, Zweite Lieferung, 3. Aufl., Zürich 1979; v. TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, 3. Aufl., Zürich 1974.

- A. [343] Einleitung
- B. Der wirkliche Parteiwille
- C. Der mutmaßliche und der hypothetische Parteiwille
- D. Die «Krise»

### A. Einleitung

1. [344] Ebenso alt wie unser Obligationenrecht ist der bekannte *Dialog in juristischen Begriffshimmel*, wo RUDOLF VON JHERING die Frage stellt: «Herr Geist, . . . womit beschäftigst Du Dich augenblicklich?»

«Ich konstruiere den Vertrag.»

«Den Vertrag? Der ist ja ein ganz einfaches Ding; was läßt sich denn daran noch konstruieren?»

«Eben weil er so einfach ist, recht viel! ... Gerade an den einfachsten Dingen besitzt die Kunst des Konstruierens ihre interessantesten und dankbarsten Objekte. Das Einfache kann ein jeder begreifen, aber das Begreifen ist auch danach. Der Kenner weiß, daß die einfachsten juristischen Phänomene die größte Schwierigkeit in sich schließen . . . »<sup>1</sup>.

2. Das letztere weiß heute nicht nur «der Kenner», sondern schon der Anfänger, der die ersten Vorlesungen über Vertragsrecht hört, die einschlägigen Lehrbücher, Skripten und Tafeln studiert oder sich gar vom fortgeschrittenen Tutor in die examensrelevante Gedankenwelt des Ordinarius einweihen läßt. Zwar hat er bis zu diesem Stadium seines Lebens schon manchen Vertrag erfolgreich abgeschlossen und [345] abgewickelt. Jetzt aber erfährt er, *wie kompliziert das alles ist*, was ihm bis anhin so einfach erschien:

Zuerst merkt er, daß sein Wille sich bei Vertragsabschluß aufspaltet und teils Erklärungswille, teils Geschäftswille wird<sup>2</sup>. Kaum hat er diese Aufspaltung begriffen, befindet er sich schon in der historischen Schlacht zwischen Willens- und Erklärungs (Vertrauens-)theorie, wo munter um Sachfragen herumgefochten und dann und wann eine neue Lehre (z. B. die «Geltungstheorie»<sup>3</sup>) erfunden wird. Staunend vernimmt er, daß das Gesetz in Art. 1 OR zwar die Erklärungstheorie übernommen, in Art. 18 und 24 OR aber wieder in die Willens- theorie zurückgefallen sei<sup>4</sup>. Er verstrickt sich in den angeblichen Widerspruch zwischen Vertrauensprinzip und gesetzlicher Irrtumsregelung<sup>5</sup>, wundert sich über die «abgewandelte Zweistufen-Lösung»<sup>6</sup> und wendet sich dann (meistens gegen Ende des Semesters) den anderen Gebieten des Vertragsrechts zu.

---

Bei der Sammlung des Stoffes und der Kontrolle der Zitate hat mir mein Assistent lic. iur. Roland HÜRLIMANN (Lutzenberg) wertvolle Hilfe geleistet.

<sup>1</sup> R. VON JHERING, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 4. Aufl., Göttingen 1891 (Nachdruck der wissenschaftlichen Buchgesellschaft, Darmstadt 1975), S. 260.

<sup>2</sup> BECKER, N 5 f. zu Art. 1 OR; BUCHER, S. 92 Anm. 3; ENGEL, S. 98; KELLER, SJZ 58, 1962, S. 365 ff.; KRAMER, N 33 f. zu Art. 1 OR; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 23 f., 27 und 77 zu Art. 1 OR; V. TUHR/PETER, S. 158.

<sup>3</sup> Vgl. z. B. LARENZ, AT, S. 300 ff.; kritisch dagegen FLUME, Das Rechtsgeschäft, S. 57 ff.

<sup>4</sup> BECKER, N 16 zu Art. 1 OR; BUCHER, S. 104; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 90 f.; MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip, S. 131 f.; KRAMER, N 41 und 133 ff. zu Art. 1 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, N 48 ff. zu Art. 1 OR; PATRY, Le principe de la confiance, S. 156 ff.; V. TUHR/PETER, S. 299 f.

<sup>5</sup> V. BÜREN, S. 237; GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, 1. Auflage, 1977, Nr. 517; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 208 zu Art. 1 OR; vgl. dazu auch KRAMER, N 134 ff. zu Art. 1 OR.

<sup>6</sup> GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, 1. Auflage 1977, Nachdruck 1978, Nr. 524; aufgegeben in der 2. Auflage.

Aber auch dort gerät er bald in Schwierigkeit. Er stolpert über die «Rechtsnatur» der Erfüllung<sup>7</sup>, begegnet der kopfzerbrechenden<sup>8</sup> «Anspruchskonkurrenz» und zerbricht sich den Kopf an der «positiven Vertragsverletzung»<sup>9</sup>, mit der so manches in Art. 97 OR untergebracht [346] wird, was dort gar nicht steht<sup>10</sup>. Hat er diese und andere Konstruktionen verdaut, so ist er reif für das Höhere. Er beginnt zu begreifen, daß es auch «faktische Vertragsverhältnisse»<sup>11</sup> und andere «Vertragsfolgen ohne Vertrag»<sup>12</sup> gibt. Die «Drittschutzwirkung» des Vertrages erscheint ihm plötzlich so, als müßte es sie geben<sup>13</sup>. Und schließlich versteht er sogar, daß ein Rücktritt den betroffenen Vertrag ins rechtliche Nichts zurückverschwinden läßt, als hätte dieser nie bestanden<sup>14</sup>. Er wundert sich über nichts mehr,

---

<sup>7</sup> Zu den komplizierten Theorien, die den einfachen Vorgang der Erfüllung erklären (Vertragstheorie, Theorie der realen Leistungsbewirkung, Theorie des Realvertrages, eingeschränkte Vertragstheorie) siehe LARENZ, SchR I, S. 194 ff.; ENGEL, S. 411 ff.

<sup>8</sup> JÄGGI, Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, in Festgabe Schönenberger, Freiburg 1968, S. 183.

<sup>9</sup> Die «positive Vertragsverletzung» ist eine deutsche «Entdeckung» (STAUB, Die positive Vertragsverletzung, Berlin 1904), die (natürlich) auch im schweizerischen Recht nachvollzogen wurde. Sie umfaßt jedes «vertragswidrige Verhalten» (Art. 99 Abs. 3 OR), das nicht von den Regeln über die Leistungsunmöglichkeit und den Leistungsverzug erfaßt wird (BECKER, N 9 zu Art. 97 OR; BUCHER, S. 298 f.; v. BÜREN, S. 381 ff.; ENGEL, S. 478 f.; GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 1598 ff.; für Deutschland neuerdings: WESTHELLE, Nichterfüllung und positive Vertragsverletzung, Köln 1978, S. 13 Anm. 12 mit weiteren Hinweisen; ablehnend gegenüber dem Begriff: GUHL/MERZ/KUMMER, S. 216; v. TUHR/ESCHER, S. 106 f.).

<sup>10</sup> In Art. 97 Abs. 1 OR «steht», daß der Schuldner, den ein Verschulden trifft, Schadenersatz zu leisten hat, wenn «die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden» kann. Nach ihrem Wortlaut regelt also die Bestimmung einen Tatbestand der Leistungsunmöglichkeit (nicht mehr und nicht weniger). Rechtsprechung und Lehre unterstellen der Regelung des Art. 97 Abs. 1 OR jedoch alle weiteren Fälle (außer Verzugsfälle), in denen der Gläubiger durch die Verletzung einer positiven Pflicht geschädigt wird (statt vieler: GUHL/MERZ/KUMMER, S. 216; v. TUHR/ESCHER, S. 106 f. und die übrigen in Anm. 9 erwähnten Schweizer Autoren; ablehnend aber JÄGGI, zit. in Anm. 8, S. 193). Überwiegend beruft man sich bei dieser «Ausdehnung» des Art. 97 Abs. 1 OR auf den Begriff der «positiven Vertragsverletzung» (Anm. 9), der jedoch auch Fälle umfaßt, die unter Art. 98 Abs. 2 OR gehören (GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 1601).

<sup>11</sup> BUCHER, S. 239 ff.; v. BÜREN, S. 211; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 97; KRAMER, N 238 ff. zu Art. 1 OR; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 543 ff. zu Art. 1 OR.

<sup>12</sup> LITTERER, Vertragsfolgen ohne Vertrag, Diss. Berlin 1979.

<sup>13</sup> Die «Drittschutzwirkung» ist eine in Deutschland entwickelte Figur, welche die Grenze zwischen vertraglichem und deliktischem Schadenersatzanspruch durchbricht. Sie ermöglicht es einem vertragsfremden Dritten (z. B. dem Ehegatten des Mieters), der durch das Verhalten einer Vertragspartei geschädigt wird, eigene vertragliche (nicht nur deliktische) Schadenersatzansprüche gegenüber dieser Vertragspartei geltend zu machen (statt vieler: LARENZ, SchR I, S. 185 ff.; für die Schweiz: BUCHER, S. 438; GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 2580 ff.; KRAMER, Kommentar zu Art. 1 und 2 OR, Allgem. Einleitung, N 144 ff.). Ablehnend: JÄGGI/GAUCH, N 537 zu Art. 18 OR; YUNG, La responsabilité contractuelle envers les tiers lésés, in Etudes et articles 1971, S. 314 ff.

<sup>14</sup> So die bisher herrschende Ansicht, wonach der Rücktritt den Vertrag (samt den daraus entstandenen Forderungen und Schulden) mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses aufhebt, so daß der Rechtsgrund für die erbrachten Leistungen nachträglich entfällt (BGE 60 II 28; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 198 und 272 f.; OSER/SCHÖNENBERGER, N 2 ff. zu Art. 109 OR; v. TUHR/PETER, S. 493; v. TUHR/ESCHER, S. 155 ff.). Eine neuere (und richtige) Lehrmeinung lehnt diese «fingierte» Beseitigung eines zustandekommenen Vertrages ab. Nach dieser Meinung führt der Rücktritt zu einer inhaltlichen Umgestaltung des Vertrages; die entstehenden Rückleistungspflichten sind vertragliche Pflichten (BUCHER, S. 337 f.; GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Freiburg 1968, S. 207; GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 1187 f.; LARENZ, SchR I, S. 332; LESER, Der Rücktritt vom Vertrag, Tübingen 1975, S. 157 ff.; WOLF, Lehrbuch des Schuldrechts I, Köln ... 1978, S. 315 ff., der für sich in Anspruch nimmt, diese Lehre entwickelt zu haben, S. 316 Anm. 55). Nach einem «bösen» Wort von GIGER ist die neuere Lehrmeinung allerdings eine «überflüssige begriffsjuristische Kon-

außer über eines: daß in der Schweiz «seit jeher eine einfache und praktische Rechtsauffassung vorgeherrscht hat» (BGE 67 11 74).

3. [347] Zum Kompliziertesten, was die Lehre auch heute noch bietet, gehört gewiß das Verhältnis zwischen *Vertrag und Parteiwille*. Zwar wurde in den letzten hundert Jahren viel darüber geschrieben<sup>15</sup>. Auch ist man sich weitgehend einig, daß der Vertrag «die einverständliche Regelung eines Rechtsverhältnisses»<sup>16</sup> ist. Und dennoch bleibt manches unstritten und vieles unklar. Das dient als Entschuldigung dafür, daß in diesem Festaufsatz einmal mehr das klassische Thema vom Parteiwillen zur Sprache kommt. Vom wirklichen, vom mutmaßlichen und vom hypothetischen Willen der Parteien soll die Rede sein! Dies allerdings nur im Hinblick auf den *obligationenrechtlichen Vertrag*, der zusammen mit dem ganzen OR sein hundertjähriges Jubiläum feiert.

## B. Der wirkliche Parteiwille

4. Am Eingang zur Vertragslehre steht *das Prinzip der Privatautonomie*, wonach die Parteien ihre Rechtsverhältnisse im Rahmen der Rechtsordnung nach eigenem Willen selbst gestalten können: «Die willentliche Entscheidung gilt, weil sie gewollt ist und der Wille des einzelnen als solcher respektiert wird»<sup>17</sup>. Dieses Prinzip fließt aus dem Grundsatz der [348] Selbstbestimmung des Menschen und ist weitherum als Grundprinzip des Vertragsrechts anerkannt<sup>18</sup>. Es «ist das selbstverständliche Grundprinzip einer jeden Zivilrechtsordnung, welche die Gestaltung von Rechtsverhältnissen durch den einzelnen kennt»<sup>19</sup>.

5. Und dennoch: Durchgeht man Lehre und Rechtsprechung, so macht es bisweilen den Anschein, als ob der Vertrag sich vom Willen der Partei gelöst, verselbständigt und zu einem reinen Produkt des Verkehrs entwickelt hätte. Vor allem wird dieser Anschein erweckt durch die gängige *Vertragsformel*, wonach für den Vertragsabschluß die Übereinstimmung der nach Vertrauensprinzip ausgelegten Willenserklärungen, nicht aber die Übereinstimmung der wirklichen Willen der Parteien erforderlich sei<sup>20</sup>. Das ergebe sich, wird gesagt,

---

struktion» (N 7 zu Art. 208 OR), womit deren Konstrukteure kurzerhand in den Jheringschen Begriffshimmel (Ziff. 1) befördert werden.

<sup>15</sup> Vgl. bereits P. Fr. V. WYSS, Bemerkungen zum Commissionalentwurfe erster Lesung eines Schweiz. Obligationenrechts, Bern 1877, S. 34. Beispiele aus der unübersehbaren Literatur der neueren Zeit: JÄGGI/GAUCH, Kommentar zu Art. 18 OR; KELLER, Der Vertragswille im Obligationenrecht, SJZ 58, 1962, S. 365 ff.; KRAMER, Kommentar zu Art. 1 OR; MERZ, N 119 ff. zu Art. 2 ZGB; OFTINGER, Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte, ZSR 58, 1939, S. 179 ff.; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Kommentar zu Art. 1 OR, insbes. N 75 ff. zu Art. 1 OR; vgl. ferner die einschlägige Lehrbuch-Literatur und die in Anm. 4 zitierten Autoren.

<sup>16</sup> FLUME, Das Rechtsgeschäft, S. 618.

<sup>17</sup> FLUME, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S. 141.

<sup>18</sup> Statt vieler: BUCHER, S. 79 f.; V. BÜREN, S. 110; ENGEL, S. 77 ff.; KRAMER, N 122 zu Art. 1 OR; MERZ, Privatautonomie heute – Grundsatz und Rechtswirklichkeit, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft, Karlsruhe, Heft 95, 1970, S. 1 ff.; OFTINGER, Die Vertragsfreiheit, in: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, S. 321 f.; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 112 f. zu Art. 1 OR.

<sup>19</sup> FLUME, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S. 141. Mit dem Liberalismus des 19. Jahrhunderts hat das Prinzip der Privatautonomie nur insofern etwas zu tun, als das 19. Jahrhundert (anders als das 20. Jahrhundert) bestrebt gewesen ist, den *Bereich* dieser Autonomie auszudehnen (FLUME, a. a. O., S. 145).

<sup>20</sup> BGE 64 II 10 f.; 105 II 18; Bundesgerichtsentscheid in SJZ 77, 1981, S. 44; BUCHER, S. 104; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 110; KELLER, SJZ 57, 1961, S. 313; MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip, S.

schon aus dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 OR, nämlich aus dem Worte «Willensäußerung»<sup>21</sup>. Diese grammatikalische Auslegung erstaunt; denn der Wortlaut ist keineswegs eindeutig<sup>22</sup>; und außerdem wurde der «Vertrag» bereits unter der Herrschaft der Willens-  
theorie, gegen die sich die Formel richtet, in gleicher Weise wie in Art. 1 Abs. 1 OR um-  
schrieben<sup>23</sup>.

**6.** [349] Die erwähnte Formel nimmt Bezug auf Art. 1 OR, der «zum Abschluß eines Ver-  
trages die übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung der Parteien» verlangt (Abs. 1).  
Erste Voraussetzung für das Zustandekommen eines (gültigen) Vertrages ist danach *der*  
*Konsens*: die Übereinstimmung der von den Parteien ausgetauschten Willenserklärungen.  
Dieser Konsens muß sich bekanntlich auf alle (subjektiv und objektiv) wesentlichen Punkte  
beziehen, damit der Vertrag zustandekommt.

Ob im Einzelfall ein solcher Konsens erreicht wurde, soll also nicht vom wirklichen Willen  
der beteiligten Parteien abhängen, sondern von den nach Vertrauensprinzip ausgelegten  
Willenserklärungen! Das ist der Inhalt der Vertragsformel, die das Vertrauensprinzip über  
den wirklichen Willen der Parteien stellt (Ziff. 5).

Das *Vertrauensprinzip*, auf das die Formel abstellt, verkörpert eine allgemein anerkannte  
Auslegungsregel für Willenserklärungen<sup>24</sup>. Es weist den Richter an, Willenserklärungen  
«objektiv» auszulegen, nämlich so, «wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden  
werden durften und mußten»<sup>25</sup>. Hängt nun der Konsens einzig von der Übereinstimmung  
der «objektiv» (nach Vertrauensprinzip) ausgelegten Willenserklärungen ab, dann ist in der  
Tat richtig, was das Bundesgericht in BGE 64 II 11 prägnant formuliert hat: «Dans le  
Système du code, la concordance des volontés n'est pas un élément essentiel du contrat.  
Celui-ci est en principe parfait dès que les déclarations des parties concordent, quelles que  
soient leur volonté intime et la divergence entre cette volonté et sa manifestation».

---

131; OFTINGER, Bundesgerichtspraxis, S. 87; STEINMARDER, SJZ 13, 1917, S. 291; v. TUHR/PETER, S. 190; ferner schon v. TUHR, ZSR 15, 1896, S. 289.

<sup>21</sup> MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip, S. 131; STEINMARDER, SJZ 13, 1917, S. 291. Auf den Wortlaut stüt-  
zen sich auch: GUHL, ZSR 71 I, 1952, S. 159 f.; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 110; KELLER, SJZ 57, 1961,  
S. 313; OFTINGER, ZSR 58, 1939, S. 190 f. und Bundesgerichtspraxis, S. 87; v. TUHR/PETER, S. 190; v.  
TUHR, ZSR 15, 1896, S. 280 (für den die «grammatische Interpretation» jedoch «nicht ausschlagge-  
bend» ist).

<sup>22</sup> Treffend: KRAMER, N 41 zu Art. 1 OR; PIOTET, La formation du contrat, S. 90 f.; SCHÖNENBER-  
GER/JÄGGI, N 15 zu Art. 1 OR.

<sup>23</sup> Vgl. v. SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts, II, S. 309.

<sup>24</sup> Statt vieler: BGE 34 II 528; 69 II 322; 87 II 242; 93 I 511; 101 Ia 43; 105 II 25 f.; BUCHER, S. 104 f.;  
GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 187 ff.; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 91; KRAMER, N 100 ff. zu Art. 1 OR; v.  
TUHR/PETER, S. 287. Das Vertrauensprinzip dient bei der Rechtsanwendung als Leitidee, die durch  
Rechtsprechung und Lehre konkret «geformt, inhaltlich näher bestimmt und in seiner Reichweite abge-  
grenzt» wird (SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 188 zu Art. 1 OR). Zur *Verdeutlichung* des Prinzips:  
GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 192 ff. Beachte auch die von KELLER entwickelte «Auslegungsmethode  
des sich Verständlichmachens»: SJZ 57, 1961, S. 314 ff. und SJZ 58, 1962, S. 369 ff. (Darüber jetzt die  
Zürcher Dissertation von LANGE, Das Auslegungsprinzip des Sichverständlichmachens, Zürich 1981.)

<sup>25</sup> BGE 105 II 18; im wesentlichen übereinstimmend die in Anm. 24 Zitierten. Zwar fordert das so formu-  
lierte Vertrauensprinzip ein Urteil vom Standpunkt des Empfängers aus. Maßgebend ist der Sinn der Er-  
klärung, wie der Empfänger (nicht ein «abstrakter» Dritter) ihn verstehen durfte und mußte. Das aber  
bedeutet nicht, daß die Person des Erklärenden unberücksichtigt bleibt und der Empfänger begünstigt  
wird (SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 197 zu Art. 1 OR). Denn als redlich und verständig Urteilender hat  
sich der Empfänger in den Grenzen zumutbarer Sorgfalt darum zu bemühen, daß er den Erklärenden tat-  
sächlich richtig versteht (vgl. BUCHER, S. 105); nach Treu und Glauben ist er verpflichtet, «unter Be-  
rücksichtigung aller ihm erkennbaren Umstände, die dafür von Bedeutung sein können, danach zu for-  
schen, was der Erklärende gemeint hat» (LARENZ, AT, S. 307).

[350] Gewiß trifft es zu, daß der «innere» Wille allein keine Vertragswirkung auslösen kann, sondern es stets der Erklärung bedarf<sup>26</sup>. Ein nicht erklärter Wille ist in diesem Sinne unerheblich, nicht «zu beachten» (Art. 18 Abs. 1 OR)<sup>27</sup>. Das ist nie streitig gewesen<sup>28</sup> und völlig unproblematisch. Die Problematik beginnt erst mit der Erklärung des Willens, wobei es mit Rücksicht auf den Vertragsabschluß einen Normalfall (Ziff. 7) und einen (pathologischen) Ausnahmefall (Ziff. 8) zu unterscheiden gilt.

7. Der *Normalfall* ist einfach: *Jede Partei hat die andere tatsächlich richtig verstanden*, den erklärten wirklichen Willen der Gegenpartei also erkannt<sup>29</sup>. In diesem Fall kommt das Vertrauensprinzip auf keine der ausgetauschten Erklärungen zur Anwendung, wenn über das Vorliegen eines Konsenses gestritten wird<sup>30</sup>. Maßgeblich ist vielmehr der von jeder Partei erklärte und von der Gegenpartei richtig verstandene wirkliche Wille, nicht der «objektive» Sinn der Erklärungen<sup>31</sup>. Weder verlangt die Verkehrssicherheit, noch besteht sonst ein Grund, den [351] ausgetauschten Erklärungen einen anderen Sinn zu geben, als den, den beide Parteien gemeint haben<sup>32</sup>. Das aber bedeutet:

Der für das Zustandekommen des Vertrages vorausgesetzte Konsens (Art. 1 Abs. 1 OR) liegt im Normalfall insoweit vor, als die Parteien übereinstimmend einen Vertrag von bestimmtem Inhalt abschließen wollten. Die Übereinstimmung der erklärten wirklichen Willen bildet hier den Konsens. Er ist ein «*tatsächlicher*» («*innerer*») *Konsens*<sup>33</sup>, da er auf der tatsächlichen Übereinstimmung der wirklichen Willen beruht. Kein vertragsbegründender Konsens besteht hingegen, soweit die erklärten wirklichen Willen nicht übereinstimmen oder die Parteien übereinstimmend gar keinen Vertrag eingehen wollten. An alledem ändert sich auch dann nichts, wenn von einer oder von jeder Partei eine «unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise» (Art. 18 Abs. 1 OR) verwendet wurde, die vom wirklichen Willen abweicht. Auf den «objektiven» (nach Vertrauensprinzip ermittelten) Sinn der ausgetauschten Erklärungen kommt es nicht an, da jede Partei die andere tatsächlich richtig verstanden hat.

Das Gesagte zeigt, daß die *Vertragsformel*, die das Vertrauensprinzip über den wirklichen Willen der Parteien stellt (Ziff. 5), nicht auf den Normalfall paßt. Denn das Kriterium für

<sup>26</sup> Schon v. SAVIGNY sagte: Weil der Wille «ein inneres, unsichtbares Ereignis ist, bedürfen wir eines Zeichens, woran er von anderen erkannt werden könne, und dieses Zeichen, wodurch sich der Wille offenbart, ist eben die Erklärung» (System des heutigen Römischen Rechts, III, S. 258).

<sup>27</sup> JÄGGI/GAUCH, N 25 zu Art. 18 OR.

<sup>28</sup> FLUME, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S. 154.

<sup>29</sup> KRAMER, N 30 und 41 zu Art. 1 OR; PIOTET, La formation du contrat, S. 94 f.; SCHMIDLIN, ZSR 89, 1970, S. 230; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 75 zu Art. 1 OR. Terminologie («tatsächlich richtig verstehen») in Anlehnung an KELLER, SJZ 57, 1961, S. 315.

<sup>30</sup> BGE 105 II 19 f.; GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 194 und 286; JÄGGI/GAUCH, N 56 zu Art. 18 OR; KRAMER, N 30, 101 f. und 125 zu Art. 1 OR; MERZ, ZBJV 117, 1981, S. 124; SCHMIDLIN, ZSR 89, 1970, S. 230; vgl. auch KELLER, SJZ 57, 1961, S. 315; v. TUHR, ZSR 15, 1896, S. 293 und FLUME, Das Rechtsgeschäft, S. 299 f.

<sup>31</sup> Vgl. die in Anm. 30 Zitierten. Dieser einleuchtende Grundsatz (wonach es bei tatsächlich richtigem Verständnis auf den wirklichen Willen des Erklärenden ankommt) hat seinen positiv-rechtlichen Niederschlag in Art. 18 Abs. 1 OR gefunden, der zwar auf Verträge als Ganzes Bezug nimmt, auf die einzelne Willenserklärung aber sinngemäß zur Anwendung kommt (JÄGGI/GAUCH, N 75 ff. und 172 ff. zu Art. 18 OR). Nach LANGE (zit. in Anm. 24, S. 11) vertritt die Lehre «allgemein» eine andere (vom erwähnten Grundsatz abweichende) Meinung. Das trifft, wie in den Zitaten der Anm. 30 nachzulesen ist, nicht zu.

<sup>32</sup> LARENZ, AT, S. 305; vgl. auch v. TUHR, ZSR 15, 1896, S. 296.

<sup>33</sup> Zur Terminologie: «Tatsächlicher» Konsens: z. B. GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 287; «innerer» Konsens: z. B. schon v. TUHR, ZSR 15, 1896, S. 290; statt dessen auch «natürlicher» Konsens: z. B. KRAMER, N 122 zu Art. 1 OR.

den Konsens ist hier der erklärte wirkliche Wille der Parteien, nicht der Sinn, den die ausgetauschten Erklärungen nach Vertrauensprinzip haben. Es ist «nicht die Erklärung, d. h. die Äußerung, die den Vertrag schafft, sondern die (innere) Willensübereinstimmung selbst, welcher die Erklärung ... als unentbehrliches Mittel dient». Dieser Satz von P. FR. V. WYSS<sup>34</sup> hat immer noch seine Gültigkeit, soweit die Parteien sich tatsächlich richtig verstanden haben. Insofern ist entgegen BGE 64 II 11 («la concordance des volontés» durchaus «un élément essentiel du contrat». Wer das für den Normalfall bestreitet, der muß das Prinzip der Privatautonomie aus der Vertragslehre streichen.

**8. Der *Ausnahmefall* ist pathologisch:** Mindestens eine Partei hat die andere in mindestens einem Punkt nicht tatsächlich richtig verstanden (deren wirklichen Willen in diesem Punkte also nicht erkannt). Soweit [352] dies zutrifft (aber nur insoweit!<sup>35</sup>) bestimmt sich der Sinn der unrichtig verstandenen Erklärung nach dem *Vertrauensprinzip*. Im übrigen bleibt auch hier der erklärte wirkliche (und von der Gegenpartei erkannte) Wille maßgebend. Stimmt die derart ausgelegte Erklärung mit der Gegenerklärung (in den wesentlichen Punkten) überein, so ist der für das Zustandekommen des Vertrages vorausgesetzte Konsens erstellt. Dieser Konsens ist in dem Umfang ein «*rechtlicher*» («*äußerer*») *Konsens*<sup>36</sup>, als zwar die ausgelegten Erklärungen, nicht aber die wirklichen Willen der Parteien übereinstimmen. Da der «*rechtliche*» Konsens auf der Anwendung des Vertrauensprinzips und damit auf einer rechtlichen Wertung beruht, wird er bisweilen als «*normativer*» Konsens bezeichnet<sup>37</sup>.

Daß auch der «*rechtliche*» Konsens für das Zustandekommen des Vertrages genügen kann, obwohl die wirklichen Willen der Parteien nicht übereinstimmen, ist heute völlig *unbestritten*<sup>38</sup>. Der Grund hierfür liegt im Vertrauensschutz, der als komplementäres Prinzip die Privatautonomie ergänzt<sup>39</sup>. Der Vertrag ist zwar Rechtsgestaltung nach eigenem Willen (Ziff. 4); aber nicht nur das; er ist zugleich Sozialtatbestand, weshalb es keine Selbstbestimmung der Vertragsparteien ohne Selbstverantwortung gibt<sup>40</sup>. Die Selbstverantwortung (als Teil der Selbstbestimmung) rechtfertigt den Vertrauensschutz<sup>41</sup>. Dieser Vertrauensschutz dient der Verkehrssicherheit. Er ist ein Grundsatz für Ausnahmefälle; das Grundprinzip für die Entstehung von Verträgen ist er nicht<sup>42</sup>.

Im einzelnen wird um manches gestritten. *Umstritten* ist z. B., ob sich die Wirksamkeit des «*rechtlichen*» Konsenses schon aus dem richtig interpretierten Art. 1 Abs. 1 OR ergibt<sup>43</sup> oder ob die «*übereinstimmende* [353] Willensäußerung» im Sinne dieses Artikels nur den Normalfall des «*tatsächlichen*» Konsenses umschreibt<sup>44</sup>, während der «*rechtliche*» Konsens seine Wirksamkeit unmittelbar aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) schöpft. Umstritten ist ferner, ob gestützt auf einen «*rechtlichen*» Konsens ein Vertrag auch

<sup>34</sup> P. Fr. V. WYSS, zit. in Anm. 15, S. 34.

<sup>35</sup> KRAMER, N 128 zu Art. 1 OR.

<sup>36</sup> Zur Terminologie: «*Rechtlicher*» Konsens: z. B. GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 293; «*äußerer*» Konsens: z. B. schon v. TUHR, ZSR 15, 1896, S. 279 und 289; OSER/SCHÖNENBERGER, N 22 zu Art. 1 OR.

<sup>37</sup> Der Ausdruck «*normativer*» Konsens stammt offenbar von KRAMER; vgl. dessen «Grundfragen der vertraglichen Einigung», S. 60 ff., 97 ff., 176 ff.; ferner den Kommentar (N 126) zu Art. 1 OR.

<sup>38</sup> KRAMER, N 126 ff. zu Art. 1 OR mit Zitaten.

<sup>39</sup> FLUME, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S. 159; vgl. auch KRAMER, N 42 zu Art. 1 OR.

<sup>40</sup> MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip, S. 103.

<sup>41</sup> FLUME, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S. 159.

<sup>42</sup> Vgl. SCHMIDT-RIMPLER, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147, 1941, S. 137 f.

<sup>43</sup> So die herrschende Meinung; vgl. die in Anm. 20 Zitierten.

<sup>44</sup> So: KRAMER, N 41 zu Art. 1 OR; SCHMIDLIN, ZSR 89, 1970, S. 230; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 75 ff. zu Art. 1 OR; unbestimmt: GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 321.

mit einem Inhalt zustandekommen kann, den keine Partei so gewollt hat<sup>45</sup>. Und schließlich gibt es eine neuere Kommentarmeinung, die von der eingebürgerten Terminologie insoweit abweicht, als sie den Ausdruck «Konsens» nur für den «tatsächlichen» Konsens verwendet<sup>46</sup>.

**9.** Die *Vertragsformel*, die für den Konsens ausschließlich auf das Vertrauensprinzip abstellt (Ziff. 5), ist *auf den pathologischen Ausnahmefall* (Ziff. 8) zugeschnitten. Und auch hier trifft sie exakt nur den Extremfall, da keine Partei die andere in irgendeinem Punkte tatsächlich richtig verstanden hat. Soweit nämlich die Parteien einander tatsächlich richtig verstanden haben, bleibt das Vertrauensprinzip aus dem Spiel (Ziff. 8), und es ist maßgeblich der erklärte wirkliche Wille. Das bedarf allerdings einer *Präzisierung*:

Im praktischen Streit um den Konsens wird das Vertrauensprinzip nur in dem Umfang durch den wirklichen Willen der Parteien verdrängt, [354] als *prozessual feststeht*, daß die Parteien sich tatsächlich richtig verstanden haben. Soweit dies für eine der ausgetauschten Willenserklärungen nicht feststeht, bleibt es bei der Auslegungsregel des Vertrauensprinzips. Das Vertrauensprinzip kommt also schon dann zum Zug, wenn prozessual offen ist, ob der Empfänger den wirklichen Willen des Erklärenden erkannt hat oder nicht. Das rechtfertigt sich deswegen, weil nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge der Erklärende und der Empfänger die Erklärung gemäß dem objektiven Sinne verstehen<sup>47</sup>.

**10.** Der «rechtliche» Konsens kann, wie ausgeführt, für das Zustandekommen des Vertrages genügen (Ziff. 8), obwohl die wirklichen Willen der Parteien nicht übereinstimmen. Das gilt indes nur dann, wenn sich bei Vertragsabschluß keine Partei in einem wesentlichen *Erklärungsirrtum* befunden hat.

Der Erklärungsirrtum besteht in einer *falschen Vorstellung des Irrenden* über die Ausdruckskraft des eigenen Verhaltens<sup>48</sup>: Ohne daß der Erklärende es beabsichtigt, gibt er dem Empfänger etwas kund, das nicht seinem wirklichen Willen entspricht<sup>49</sup> (Beispiele: Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1–3 OR; vgl. auch Art. 27 OR). Sein wirklicher Wille stimmt nicht überein mit der Erklärung, wie der Empfänger sie versteht und nach Treu und Glauben verstehen darf<sup>50</sup>. Somit besteht ein Widerspruch zwischen dem Willen des Erklärenden und der nach Vertrauensprinzip ausgelegten Erklärung<sup>51</sup>. Ohne diesen Widerspruch gibt es keinen Erklä-

<sup>45</sup> Kann zum *Beispiel* ein Kaufvertrag über Hühnerfleisch zustande kommen, obwohl der Verkäufer mit den von ihm angebotenen «chicken» Truthahnfleisch verkaufen will, der Käufer darunter aber Schinken versteht? – Die Frage ist richtigerweise zu *verneinen*, und zwar schon auf der Stufe des Vertrauensprinzips, auf dem der «rechtliche» Konsens beruht. Auch nach Vertrauensprinzip kann nämlich einer Erklärung (z. B. dem Angebot von «chicken») keine Bedeutung zukommen, die sie weder für die eine noch für die andere Partei hat. Weder verdient hier eine Partei Vertrauensschutz, noch besteht sonst ein Grund, den Parteien eine solche Bedeutung aufzuzwingen. Deshalb ist ein «rechtlicher» Konsens und damit ein Vertrag mit einem Inhalt, den keine Partei so gewollt hat, ausgeschlossen. Zum Ganzen: GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 322 f. und Nr. 200; vgl. auch BUCHER, S. 104 und KRAMER, N 102 zu Art. 1 OR (am Ende); anderer Ansicht offenbar: KELLER, SJZ 57, 1961, S. 317 f.; FLUME, Das Rechtsgeschäft, S. 472.

<sup>46</sup> SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 75 ff. zu Art. 1 OR. Nach dieser Terminologie liegt (entgegen dem üblichen Sprachgebrauch) kein Konsens vor, wenn zwar die nach Vertrauensprinzip auszulegenden und ausgelegten Erklärungen, nicht aber die wirklichen Willen der Parteien, übereinstimmen. Das schließt indes nicht aus, daß der Vertrag dennoch (einfach ohne Konsens) zustandekommt (SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 210 zu Art. 1 OR).

<sup>47</sup> SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 200 zu Art. 1 OR.

<sup>48</sup> SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 308 zu Art. 1 OR.

<sup>49</sup> BUCHER, S. 170; vgl. auch KELLER, SJZ 58, 1962, S. 367 f.

<sup>50</sup> v. TUHR/PETER, S. 301 f.

<sup>51</sup> GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 613; KRAMER, N 133 f. zu Art. 1 OR; v. TUHR/PETER, S. 298.

rungsirrtum, möglicherweise aber ein Mißverständnis auf seiten des Empfängers. Das Merkmal des (vom Erklärungsirrtum verschiedenen) Mißverständnisses besteht darin, daß der Empfänger die Erklärung nicht so versteht, wie sie gemeint ist, obwohl er sie nach Treu und Glauben im Sinne des Erklärenden verstehen müßte. Das Gesetz regelt den Erklärungsirrtum, nicht aber das Mißverständnis.

Ist der Erklärungsirrtum wesentlich<sup>52</sup>, so macht er den Vertrag kraft positiver Gesetzesvorschrift für den Irrenden unverbindlich (Art. 23 OR). [355] Diese Unverbindlichkeit bedeutet nach der zutreffenden «Ungültigkeitstheorie»: Der Vertrag ist von Anfang an ungültig, indem er keine Gestaltungswirkung<sup>53</sup> entfaltet, es sei denn, er werde im nachhinein vom Irrenden genehmigt (vgl. Art. 31 OR). Die Unverbindlichkeit darf aber nicht von Amtes wegen berücksichtigt werden; und sie ist einseitig, – nur der Irrende, nicht auch der Erklärungsempfänger, kann sich (in den Schranken von Treu und Glauben, Art. 25 Abs. 1 OR) auf den Irrtum und damit auf die Ungültigkeit des Vertrages berufen<sup>54</sup>. Eine Genehmigung durch den Irrenden bewirkt, daß der Vertrag wirksam wird, indem die Gestaltungswirkung ex tunc eintritt.

Dieses Verständnis der einseitigen Unverbindlichkeit entspricht der Entstehungsgeschichte des Art. 23 OR und ist damit Ausdruck schweizerischer Rechtstradition<sup>55</sup>. Dennoch haben

---

<sup>52</sup> Entgegen MEIER-HAYOZ (Vertrauensprinzip, S. 181 und 187) trifft dies nicht für jeden Erklärungsirrtum zu. Vielmehr kann der Erklärungsirrtum auch ein unwesentlicher Irrtum sein, wie sich schon aus den Beispielen des Art. 24 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 OR ergibt (BUCHER, S. 170; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 120; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 386 zu Art. 1 OR). Ob ein konkreter Erklärungsirrtum wesentlich ist oder nicht, hat der Rechtsanwendende (abgesehen von den in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1–3 OR erwähnten Fällen) selbst zu entscheiden. Als Leitidee soll ihm hiebei die Grundidee des Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR dienen (GUHL/MERZ/KUMMER, S. 126; im einzelnen: GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 622; vgl. auch BUCHER, S. 170, Anm. 11). Zum vornherein unwesentlich ist aber ein Erklärungsirrtum, der sich auf einen objektiv oder subjektiv unwesentlichen Vertragspunkt bezieht. Das bedeutet nicht, daß umgekehrt ein Erklärungsirrtum schon deshalb wesentlich ist, weil er sich auf einen wesentlichen Vertragspunkt bezieht (vgl. demgegenüber P. Fr. V. WYSS, zit. in Anm. 15, S. 61).

<sup>53</sup> Die Gestaltungswirkung eines Vertrages besteht darin, daß die Rechtslage gemäß den übereinstimmenden Willenserklärungen umgestaltet (z. B. ein Schuldverhältnis begründet oder aufgehoben) wird. Sie ist zu unterscheiden von der Bindungswirkung (auch «Abschlußwirkung»), wonach die Parteien an das Erklärte gebunden sind. Vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 209 ff.; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 91 zu Art. 1 OR.

<sup>54</sup> Die Bindungswirkung des Vertrages (Anm. 53) tritt also nur zu Lasten des Erklärungsempfängers ein.

<sup>55</sup> Vorläufer des Art. 23 OR ist der praktisch gleichlautende Art. 18 aOR, dessen Formulierung auf einer Anregung von P. Fr. V. WYSS beruht (HENRICI, Über den Irrtum beim Vertragsabschluß, Diss. Zürich 1915, S. 69 und 156). In seinen «Bemerkungen» (zit. in Anm. 15) führt P. FR. V. WYSS aus: Die sogenannte Anfechtbarkeit des Entwurfes «ist sachlich durchaus nichts anderes als einseitige Nichtigkeit. Der nicht gebundene Contrahent kann sich auf rein passives Zuwarten beschränken und mit Berufung auf den betreffenden Willensmangel seine Schuldpflicht ablehnen, die Klage bestreiten, sofern er nur ... gegen den Verdacht einer stillschweigenden Ratihabition sich sicher gestellt hat. Hat er besondere Gründe, aus dieser defensiven Stellung hervorzutreten und mittelst Klage gewisse äußere Effekte des scheinbar gültigen Vertrages ... zu beseitigen, so ist dies weder Anfechtungs- noch Nullitätsklage, sondern einfache *condictio sine causa* ... Wir schlagen daher vor, die unnütze und verwirrende Terminologie der «Anfechtung» zu beseitigen» («Bemerkungen», S.60 f.).

Der Vorschlag des P. FR. V. WYSS wurde akzeptiert und in der «einseitigen Unverbindlichkeit» des Art. 18 aOR verwirklicht, die man als «einseitige Nichtigkeit» im Sinne des Vorschlages verstand (vgl. SCHNEIDER/FICK, Kommentar 1882 und Kommentar 1896, je N 1 zu Art. 18 aOR; Eugen HUBER, zit. in «Handelsrechtliche Entscheidungen», 1899, S. 63). Diese «einseitige Unverbindlichkeit» des Art. 18 aOR wurde dann unverändert in den geltenden Art. 23 OR übernommen (vgl. z. B. V. TUHR, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Aufl. 1924, S. 204). Ein Vorschlag, die Unverbindlichkeit des Art. 18 aOR durch eine eigentliche Anfechtbarkeit («annulabilité») des Vertrages zu ersetzen, wurde in der Expertenkommission von 1908 (Sitzung vom 5. Mai, Protokoll S. 8/9, Abstimmung sub II) verworfen (HENRICI, a. a. O., S. 163; OSER/SCHÖNENBERGER, N 1 zu Art. 31 OR.)

sich die Gelehrten, [356] beeindruckt durch das deutsche BGB<sup>56</sup>, im Laufe der Zeit<sup>57</sup> der «Anfechtbarkeitstheorie» zugewandt, wonach der einseitig unverbindliche Vertrag zwar gültig zustandekommt, aber vom Irrenden mit Wirkung ex tunc angefochten werden kann. Das ist heute sogar die überwiegende Meinung in der Schweiz<sup>58</sup>. Aus ihr folgt – konsequent – die «Zweistufentheorie», wonach der Vertrag bei «rechtlichem» Konsens auf der ersten Stufe zwar gültig zustandekommt, auf der zweiten Stufe aber wieder dahinfällt, wenn der Irrende ihn zu Recht anfecht<sup>59</sup>. Ein solches «Auf» und «Ab» (zuerst «gültig», dann «unwirksam») wird durch die «Ungültigkeitstheorie» vermieden.

Im Unterschied zum Erklärungsirrtum (auf seiten des Erklärenden) ist das vom Gesetz nicht geregelte Mißverständnis (auf seiten des [357] Empfängers) in keinem Fall beachtlich<sup>60</sup>. Doch kommt es häufig vor, daß der Erklärungsirrtum einer Partei faktisch darauf beruht, daß sie die Erklärung der Gegenpartei mißverstanden hat.

**11.** Indem das Gesetz den wesentlichen Erklärungsirrtum durch einseitige Unverbindlichkeit des Vertrages sanktioniert, nimmt es Rücksicht auf den wirklichen Willen der irrenden Partei; dies, obwohl die Gegenpartei den Irrenden nach Treu und Glauben so verstehen durfte, wie sie ihn verstand (Ziff. 10). Insoweit stellt das Gesetz die *Privatautonomie über den Vertrauensschutz*. Der Vertrauensschutz der Gegenpartei beschränkt sich auf den Schadenersatzanspruch, der ihr unter den Voraussetzungen und nach Maßgabe des Art. 26 OR zusteht<sup>61</sup>, falls der Irrende sich auf die Ungültigkeit des Vertrages beruft. Außerdem hat die Gegenpartei das in Art. 25 Abs. 2 OR vorgesehene Recht, den Vertrag so gelten zu lassen, wie der Irrende ihn gewollt hat. Damit kommt aber nochmals die Idee der Privatautonomie zum Durchbruch.

Entgegen anderer Meinung steht die umschriebene Rechtslage bei wesentlichem Erklärungsirrtum weder in Widerspruch zum Vertrauensprinzip<sup>62</sup>, noch widerspricht sie Art. 1 OR<sup>63</sup>. Denn:

<sup>56</sup> Vgl. z. B. die §§ 119 und 142 BGB, worin nach herrschender deutscher Lehre die «Anfechtbarkeitstheorie» verwirklicht sein soll (z. B. FLUME, Das Rechtsgeschäft, S. 557; LARENZ, AT, S. 436 ff.; SOERGEL/SIEBERT, 11. Aufl. 1978, N 69 ff. zu § 119). Indessen gibt es auch eine andere deutsche Ansicht, wonach die in BGB § 119 vorgesehene «Anfechtbarkeit» nur eine Art der Ungültigkeit (neben der Nichtigkeit) ist (WIELING, AcP 172, 1972, S. 302).

<sup>57</sup> Vgl. z. B. schon FICK/MORLOT, 1. Aufl., Zürich 1915, N 6 zu Art. 23 OR; anders noch SCHNEIDER/FICK, zit. in Anm. 55.

<sup>58</sup> BUCHER, S. 184 ff. und 188; v. BÜREN, S. 224; ENGEL, S. 232 ff.; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 123; KRAMER, N 133 f. zu Art. 1 OR; OFTINGER, Bundesgerichtspraxis, S. 87. v. TUHR dagegen hat die «Anfechtbarkeitstheorie» nicht auf das schweizerische Recht übertragen (Allgem. Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 1. Aufl., Zürich 1924, S. 204f.; v. TUHR/SIEGWART, S. 219; v. TUHR/PETER, S. 231). Ablehnend auch: OSER/SCHÖNENBERGER, N 3 ff. zu Art. 31 OR. Unbestimmt: BGE 105 II 26.

<sup>59</sup> FLUME, Das Rechtsgeschäft, S. 419; vgl. dazu auch SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 416 zu Art. 1 OR und GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 626.

<sup>60</sup> Vgl. die in Anm. 58 zitierten Vertreter der «Anfechtbarkeitstheorie».

<sup>61</sup> Die Haftung des Irrenden setzt nach Art. 26 voraus, daß er «seinen Irrtum der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben» hat. Sie entfällt, wenn «der andere den Irrtum gekannt» hat «oder hätte kennen sollen». Diese Einschränkung hat keine praktische Bedeutung für den Erklärungsirrtum. Denn ein Erklärungsirrtum, den die Gegenpartei von Anfang an gekannt hat oder hätte kennen sollen, ist in sich ausgeschlossen: Entweder hat hier die Gegenpartei den erklärten wirklichen Willen des Erklärenden erkannt; dann liegt aus diesem Grund kein Erklärungsirrtum vor; oder die Gegenpartei hat den Erklärenden zwar abweichend vom wirklich Gewollten verstanden; dann fehlt es am Erklärungsirrtum, weil sie ihn nach Treu und Glauben nicht so verstehen durfte, wie sie ihn verstanden hat (vgl. Ziff. 10). Zum Ganzen: GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 640 f.; vgl. auch LANGE, zit. in Anm. 24, S. 13 und 19.

<sup>62</sup> So aber: v. BÜREN, S. 237; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 208 und 210 zu Art. 1 OR (wo jedoch das Vertrauensprinzip nicht nur als Auslegungs-, sondern auch als Entscheidungsregel verstanden wird); GUHL/MERZ/KUMMER, S. 126.

Das *Vertrauensprinzip* ist eine Auslegungsregel, deren Anwendung durch die gesetzliche Ordnung des Erklärungsirrtums nicht ausgeschlossen, sondern geradezu vorausgesetzt wird, um überhaupt einen Erklärungsirrtum festzustellen (Ziff. 10). Daß Verträge bei wesentlichem Erklärungsirrtum einseitig unverbindlich sind, zeigt lediglich die Grenze, [358] innerhalb der nach Vertrauensprinzip ausgelegte Willenserklärungen gelten. Zu Recht lehnt daher das Bundesgericht<sup>64</sup> die vereinzelt vertretene Lehrmeinung<sup>65</sup> ab, wonach das Vertrauensprinzip ausschließlich und abschließend über den Bestand des Vertrages entscheide und so die Regeln über den Erklärungsirrtum verdränge. Zu Unrecht stellt es diese Lehrmeinung auch als Kommentarmedeutung von Peter JÄGGI dar<sup>66</sup>.

Was sodann *Art. 1 Abs. 1 OR* betrifft, so besagt die Bestimmung, daß der Konsens für den Abschluß des Vertrages «*erforderlich*» sei; sie besagt aber nicht, daß der Konsens für das Zustandekommen des Vertrages in jedem Fall *genüge*. Schon deshalb besteht kein Widerspruch zwischen *Art. 1* und *Art. 23 OR*; dies selbst dann nicht, wenn man die «*übereinstimmende Willensäußerung*» des *Art. 1 OR* so versteht, daß sie auch den «*rechtlichen*» (auf Vertrauensprinzip beruhenden) Konsens umfaßt. Versteht man dagegen die «*übereinstimmende Willensäußerung*» nur im Sinne eines «*tatsächlichen*» Konsenses (Ziff. 7), so entfällt die Möglichkeit eines Widerspruchs auch deshalb, weil es gar keinen Erklärungsirrtum gibt, wenn jede Partei die andere tatsächlich richtig verstanden hat<sup>67</sup>.

**12.** Das bisher Gesagte zeigt, daß der (erklärte) wirkliche Wille der Parteien für das Zustandekommen des Vertrages eine erhebliche Bedeutung hat. Aber auch für den Inhalt des Vertrages kommt es nach *Art. 18 Abs. 1 OR* auf den wirklichen Parteiwillen an, soweit die Parteien sich bei Vertragsabschluß tatsächlich einig waren: Der vereinbarte Vertragsinhalt richtet sich nach dem *übereinstimmenden wirklichen Willen*, auch [359] wenn die Parteien aus Irrtum oder aus Absicht eine «*unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise*» gebraucht haben.

Wie es zu halten sei, wenn die wirklichen Willen nicht übereinstimmen, wird in *Art. 18 Abs. 1 OR* nicht gesagt<sup>68</sup>. Insbesondere schweigt sich der Artikel darüber aus, ob ein Vertrag nur bei «*tatsächlichem*» oder auch bei «*rechtlichem*» Konsens zustandekommen kann. Diese Frage gehört ausschließlich in den Anwendungsbereich des *Art. 1 OR*.

**13.** *Art. 18 Abs. 1 OR* setzt voraus, daß der «*übereinstimmende Wille*» bekannt ist. Er enthält also *keine* Regel darüber, wie dieser Wille ermittelt werden soll<sup>69</sup>. Somit handelt er

---

<sup>63</sup> So aber ausdrücklich: SIMONIUS, Wandlung der Irrtumslehre, S. 247.

<sup>64</sup> BGE 105 II 25; Bundesgerichtsentscheid in SJZ 77, 1981, S. 45.

<sup>65</sup> Namentlich v. BÜREN, S. 237.

<sup>66</sup> BGE 105 II 25; BGE in SJZ 77, 1981, S. 45. Beide Entscheide beachten im Kommentar SCHÖNENBERGER/JÄGGI nur die N 208 und 209 zu *Art. 1 OR*, nicht aber die N 381 ff., wonach eine Berufung auf wesentlichen Erklärungsirrtum durchaus möglich ist, wenn auch nur bei vollkommen zweiseitigen Verträgen (N 383 zu *Art. 1 OR*). Nach der Konzeption JÄGGIS ist das Vertrauensprinzip nicht nur eine Auslegungs-, sondern auch eine Entscheidregel (N 196 zu *Art. 1 OR*), die als solche endgültig über den Bestand des Vertrages entscheidet (N 210 zu *Art. 1 OR*), sofern sie überhaupt Anwendung findet (N 209, 210 und 381 zu *Art. 1 OR*). Soweit das Gesetz die Berufung auf den Erklärungsirrtum zuläßt, zeigen sich die Grenzen des so verstandenen Vertrauensprinzips, N 210 zu *Art. 1 OR*: dieses kommt nicht zur Anwendung (N 381 zu *Art. 1 OR*).

<sup>67</sup> JÄGGI/GAUCH, N 70 zu *Art. 18 OR*; KELLER, SJZ 58, 1962, S. 371; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 313 zu *Art. 1 OR*.

<sup>68</sup> JÄGGI/GAUCH, N 23 zu *Art. 18 OR*; MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip, S. 130; anderer Ansicht: KRAMER, Grundfragen der vertraglichen Einigung, S. 95.

<sup>69</sup> BECKER, N 1 zu *Art. 18 OR*; JÄGGI/GAUCH, N 9 zu *Art. 18 OR*; anders: OFTINGER, ZSR 58, 1939, S. 181.

nicht, wie der 1911 beigesetzte Randtitel angibt, von der «Auslegung der Verträge»<sup>70</sup>. Dennoch ist er für die Vertragsauslegung fundamental<sup>71</sup>, indem er die Richtung weist: Streiten die Parteien (oder deren Rechtsnachfolger) über den vereinbarten Inhalt des abgeschlossenen Vertrages, so hat der angerufene Richter den *Auslegungsstreit*<sup>72</sup> zu entscheiden. Aus Art. 18 Abs. 1 OR folgt nun, daß es bei dieser Vertragsauslegung sinnvoll, ja unerlässlich ist, nach dem wirklichen Willen der Parteien zu forschen<sup>73</sup>. Nicht der Wortlaut des Vertrages (der «Buchstabe») ist entscheidend. Das *Ziel der Vertragsauslegung* besteht vielmehr in der Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Willens<sup>74</sup>. Um diesen Willen festzustellen, ist der Wortlaut zwar ein primäres, aber doch nicht das einzige Mittel. [360] In klarem Widerspruch zum Gesagten steht die «*Andeutungstheorie*», wonach die Auslegung eines formbedürftigen Vertrages nur so weit gehen darf, als der durch die Auslegung zu ermittelnde Wille in der formgerechten Erklärung «angedeutet» ist, indem er darin einen noch so unvollkommenen Ausdruck gefunden hat<sup>75</sup>. Diese Theorie, die einen Rest vom Formalismus primitiver Rechte bis auf den heutigen Tag erhalten hat<sup>76</sup>, wird im neueren Schrifttum vorwiegend abgelehnt<sup>77</sup>. Sie vermischt die Auslegungsfrage mit der Formfrage und «läuft darauf hinaus, daß der Inhalt formgebundener Rechtsgeschäfte von deren Form her bestimmt und ihr unterworfen wird»<sup>78</sup>. Zu Ende gedacht, führt die Theorie zum unhaltbaren Ergebnis, daß bei formbedürftigen Verträgen keine Partei sich auf einen der Urkunde widersprechenden «übereinstimmenden wirklichen Willen» berufen kann (vgl. z. B. BGE 105 II 84). Damit ist Art. 18 Abs. 1 OR außer Kraft gesetzt. Richtig müssen Auslegungs- und Formfrage getrennt werden<sup>79</sup>. Zuerst ist der Vertrag ohne Rücksicht auf die Formvorschrift auszulegen. Erst dann ist zu prüfen, ob und inwieweit der so ausgelegte Vertrag unter dem Gesichtspunkt der Formvorschrift gilt.

<sup>70</sup> JÄGGI/GAUCH, N 9 zu Art. 18 OR; MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip, S. 129 f.; OSER/SCHÖNENBERGER N 1 zu Art. 18 OR.

<sup>71</sup> MERZ, N 121 zu Art. 2 ZGB.

<sup>72</sup> Im Streit über die Auslegung des Vertrages (Auslegungsstreit) setzen die Parteien voraus, daß der Vertrag zustandegekommen ist (BUCHER, S. 155; JÄGGI, Vertrauensprinzip und Gesetz, S. 149; JÄGGI/GAUCH, N 324 zu Art. 18 OR; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 172 zu Art. 1 OR), während sie im *Konsensstreit* über das Zustandekommen streiten. Das schließt nicht aus, daß der Auslegungsstreit Teil eines umfassenderen Streites sein kann, der auch noch einen Konsensstreit beinhaltet (JÄGGI/GAUCH, N 325 zu Art. 1 OR). Zur Kontroverse über den «Reinen Auslegungsstreit»: KELLER, SJZ 78, 1982, S. 126 ff. und GAUCH/SCHLUEP (Entgegnung), SJZ 78, 1982, Heft 14.

<sup>73</sup> BECKER, N 1 zu Art. 18 OR; JÄGGI/GAUCH, N 9 zu Art. 18 OR; MERZ, N 121 zu Art. 2 ZGB; demgegenüber v. BÜREN, S. 172; ferner schon v. TUHR, ZSR 15, 1896, S. 293.

<sup>74</sup> JÄGGI/GAUCH, N 304 zu Art. 18 OR; vgl. auch BROX, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, Karlsruhe 1959, S. 98; STAUDINGER, 12. Aufl. 1979, N 8 und 24 zu §§ 133/157 BGB; anderer Ansicht z. B. DANZ (Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. Aufl., Jena 1911, S. 211), wonach die «Auslegung ... mit einem inneren Willen nichts zu tun» hat.

<sup>75</sup> Vgl. z. B. STAUDINGER, 12. Aufl. 1979, N 19 zu § 125 BGB; v. TUHR, Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band II/I, S. 506; weitere Nachweise bei HÄSEMAYER, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, Frankfurt 1971, S. 125 ff.; für die Schweiz: z. B. DESCHENAUX, in Schweiz. Privatrecht II, S. 170 f.; HUG, ZBGR 36, 1955, S. 23; MERZ, N 163 zu Art. 2 ZGB; v. TUHR/PETER, S. 289; praktischer Anwendungsfall: BGE 105 II 84.

<sup>76</sup> BROX, zit. in Anm. 74, S. 109.

<sup>77</sup> JÄGGI/GAUCH, N 479 zu Art. 18 OR mit Nachweisen; früher schon OFTINGER, ZSR 58, 1939, S. 195.

<sup>78</sup> HÄSEMAYER, zit. in Anm. 75, S. 147.

<sup>79</sup> JÄGGI/GAUCH, N 479 zu Art. 18 OR; HÄSEMAYER, zit. in Anm. 75, S. 157; SOERGEL/SIEBERT, 11. Aufl. 1978, N 27 zu § 133 BGB.

### C. Der mutmaßliche und der hypothetische Parteiwille

14. Das Ziel der Vertragsauslegung besteht zwar in der Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Parteiwillens (Ziff. 13). In vielen Fällen läßt sich dieser Wille aber nicht mehr (zuverlässig) ermitteln, da es sich [361] um einen geistigen Sachverhalt handelt, der zur Zeit der Vertragsauslegung vergangen ist. Alsdann muß sich der Richter im Auslegungsstreit damit begnügen, den Willen festzustellen, *den die Parteien bei Vertragsabschluß mutmaßlich gehabt haben*<sup>80</sup>. Dies aber zwingt ihn, die Auslegung zu objektivieren<sup>81</sup>.

Die «objektive» («objektivierende» oder «normative») Vertragsauslegung<sup>82</sup>, die der Ermittlung des mutmaßlichen Parteiwillens dient, geschieht anhand der «allgemeinen Lebenserfahrung»<sup>83</sup>. Der Richter hat «objektivierend» das als übereinstimmenden Parteiwillen anzusehen, «was vernünftig und redlich (korrekt) handelnde Parteien unter den gegebenen (auch persönlichen) Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden»<sup>84</sup>.

Diese Auslegung «nach objektiven Gesichtspunkten» entfernt den Vertrag vom wirklichen Parteiwillen, rechtfertigt sich aber nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB)<sup>85</sup>. In Literatur und Rechtsprechung wird sie stark hervorgehoben<sup>86</sup>. Dagegen ist nichts einzuwenden, solange die «objektive Auslegung nicht als allein maßgeblich hingestellt wird»<sup>87</sup>. Denn in den zahlreichen Fällen, in denen der Richter den wirklichen Parteiwillen nicht ermitteln kann, ist eine Auslegung nach «objektiven Gesichtspunkten» der einzig mögliche Weg, um zu einem Auslegungsergebnis zu gelangen. Doch geht das wirklich Gewollte, wenn es sich im Einzelfall feststellen läßt, immer vor; der vereinbarte Vertragsinhalt bestimmt sich dann nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien (Art. 18 Abs. 1 OR), nicht nach «objektiven» Kriterien<sup>88</sup>.

15. [362] 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<sup>89</sup>. Wird eine solche Frage streitig, so muß der Vertrag ergänzt werden. Die Ergänzung geschieht primär durch die dispositiven Normen des Gesetzes. Enthält das Gesetz keine anwendbare Norm oder verweist es auf das Ermessen des Richters, so darf und muß der Richter den Vertrag mit einer selbst gesetzten Regel ergänzen. Vorbehalten bleibt der seltene Fall, da Gewohnheitsrecht zur Anwendung kommt (Art. 1 Abs. 2 ZGB).

Der Richter, der den Vertrag selber ergänzt, muß den «*hypothetischen Willen der Parteien*»<sup>90</sup> feststellen, – nämlich das, was die Parteien als vernünftig und redlich (korrekt) han-

<sup>80</sup> JÄGGI/GAUCH, N 332 zu Art. 18 OR.

<sup>81</sup> JÄGGI, Vertrauensprinzip und Gesetz, S. 150; JÄGGI/GAUCH, N 332 zu Art. 18 OR.

<sup>82</sup> BGE 92 II 347; MERZ, N 123 zu Art. 2 ZGB; OFTINGER, ZSR 58, 1939, S. 185 ff.

<sup>83</sup> BGE 69 II 323; 95 II 554.

<sup>84</sup> JÄGGI/GAUCH, N 342 zu Art. 18 OR; vgl. auch OFTINGER, ZSR 58, 1939, S. 186.

<sup>85</sup> BGE 95 II 437; 96 II 333; 99 II 285; 107 II 163.

<sup>86</sup> Vgl. die in Anm. 82 Zitierten.

<sup>87</sup> So aber: OFTINGER, ZSR 58, 1939, S. 185 ff.

<sup>88</sup> BGE 95 II 553; 106 II 230; JÄGGI/GAUCH, N 332 und 369 zu Art. 18 OR; MERZ, N 121 zu Art. 2 ZGB.

<sup>89</sup> Eine Vertragslücke im technischen (hier verstandenen) Sinne liegt nur dann vor, wenn das Gesetz die Regelung der betreffenden Frage den Parteien überläßt, also nicht mit zwingendem Recht eingreift.

<sup>90</sup> BGE 86 II 187 f.; 107 II 149.

delnde Vertragspartner («nach loyaler Verkehrsauffassung»<sup>91</sup>) gewollt haben würden, falls sie die offen gebliebene Rechtsfrage geregelt und so die Lücke in ihrem konkreten Vertrag vermieden hätten<sup>92</sup>. Das bedeutet nichts anderes, als daß der Vertrag «nach der Natur des Geschäftes» (Art. 2 Abs. 2 OR), in Übereinstimmung mit dem von den Parteien gesetzten Vertragszweck, zu ergänzen ist<sup>93</sup>.

Diese Umschreibung des hypothetischen Parteiwillens zeigt, daß es bei der Vertragsergänzung (im Unterschied zur «objektiven» Auslegung) nicht um einen Willen geht, den die Parteien mutmaßlich *gehabt haben*<sup>94</sup>. Auch geht es nicht um einen Willen, den die Parteien *wirklich* gehabt hätten, falls die offen gebliebene Rechtsfrage von ihnen geregelt worden wäre<sup>95</sup>. Insofern hat also der hypothetische Parteiwille nichts mit der Wirklichkeit zu tun, sondern ist eine imaginäre Tatsache<sup>96</sup>. Entgegen [363] anderer Meinung<sup>97</sup> bildet er aber doch eine brauchbare Denkfigur, die dem Richter den Weg weist, auf dem er nach einer gerechten Lösung zu suchen hat.

Brauchbar ist die Denkfigur des hypothetischen Parteiwillens nicht nur für den Fall der reinen Vertragsergänzung. Vielmehr ist sie ein taugliches Kriterium auch für den Entscheid der Frage, ob und allenfalls wie der Richter den Vertrag an *veränderte Verhältnisse* anzupassen hat<sup>98</sup>. Die richterliche Anpassung des Vertrages an veränderte Verhältnisse (sei es durch Anpassung des Vertragsinhalts oder der Vertragsdauer) ist nichts anderes als Ausfüllung einer Vertragslücke und insofern Ergänzung des Vertrages<sup>99</sup>. Doch ist sie eine qualifizierte Ergänzung; sie ist Ergänzung und Korrektur zugleich, somit korrigierende Vertragsergänzung<sup>100</sup>. In der früheren Rechtsprechung wurde dieser Ergänzungscharakter der Vertragsanpassung richtig erkannt<sup>101</sup>. Jetzt aber geht die Gerichtspraxis einen anderen Weg, indem sie die Anpassungsfrage unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauches (Art. 2 Abs. 2 ZGB) löst<sup>102</sup>.

<sup>91</sup> BGE 48 II 373.

<sup>92</sup> JÄGGI/GAUCH, N 498 zu Art. 18 OR; vgl. BGE 61 I 77; 72 II 37; 83 II 308 f.; 90 II 244 f.; 107 II 149; DESCHENAUX, in Schweiz. Privatrecht II, S. 172; SCHLUEP, Innominatverträge, in Schweiz. Privatrecht VII/2, S. 782 f.

<sup>93</sup> BGE 72 II 37; JÄGGI/GAUCH, N 499 zu Art. 18 OR; MERZ, N 145 zu Art. 2 ZGB; SCHLUEP, zit. in Anm. 92, S. 782 ff.

<sup>94</sup> Daher ist es mißverständlich, wenn Rechtsprechung und Lehre den Ausdruck «mutmaßlicher» Parteiwille auch für die Vertragsergänzung verwenden; so z. B. BGE 90 II 245; 96 II 132; MERZ, N 145 zu Art. 2 ZGB.

<sup>95</sup> Einen solchen Willen könnte man in der Tat gar nicht feststellen. Insofern zutreffend: YUNG, ZBJV 97, 1961, S. 62 f.

<sup>96</sup> Vgl. FLUME, Das Rechtsgeschäft, S. 322.

<sup>97</sup> Z. B. FLUME, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S. 197; OFTINGER, ZSR 58, 1939, S. 200 ff. und 208; YUNG, ZBJV 97, 1961, S. 60 f.; zur Kontroverse vgl. auch MERZ, N 145 zu Art. 2 ZGB; ZR 68, 1969, S. 7 f.

<sup>98</sup> BGE 47 II 318; 48 II 372 f.; 51 II 309; 59 II 376; 107 II 144 ff. (149); JÄGGI/GAUCH, N 651 zu Art. 18 OR; TERCIER, La «clausula rebus sic stantibus» en droit suisse des obligations, Journal des Tribunaux 127, 1979 I, S. 204; ablehnend: DESCHENAUX, ZSR 61, 1942, S. 532a; OFTINGER, SJZ 36, 1939/40, S. 246 und 249.

<sup>99</sup> JÄGGI/GAUCH, N 639 zu Art. 18 OR; NICKLISCH, Ergänzende Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlagelehre – ein einheitliches Rechtsinstitut zur Lückenfüllung? Betriebs-Berater 35, 1980, S. 949 ff.; dagegen: LITTBARSKI, (Deutsche) Juristenzeitung 36, 1981, S. 8 ff.

<sup>100</sup> JÄGGI/GAUCH, N 640 ff. zu Art. 18 OR.

<sup>101</sup> Vgl. z. B. BGE 47 II 318; 59 II 376 f.

<sup>102</sup> Z. B. BGE 68 II 173; 97 II 398; 100 II 349; 101 II 19; zustimmend z. B. DESCHENAUX, in Schweiz. Privatrecht II, S. 200 ff.; OFTINGER, SJZ 36, 1939/40, S. 246 f. Nicht auf die Rechtsmißbrauchsnorm stützen sich dagegen: V. BÜREN, S. 401 ff.; ENGEL, S. 533; JÄGGI/GAUCH, N 630 ff. (vgl. insbes. N 645 f.) zu Art. 18 OR; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 273 ff.; MERZ, N 221 ff. zu Art. 2 ZGB.

Obwohl der hypothetische Parteiwille sich begrifflich klar vom mutmaßlichen Willen der Parteien unterscheidet, werden doch beide Willen nach gleichen Wertungskriterien ermittelt. Das bildet mit einem Grund dafür, daß in der Praxis Ergänzung und («objektive») Auslegung häufig ineinander übergehen. Diese *Vermischung von Ergänzung und Auslegung* nimmt dem überkommenen (neuerdings aber nicht mehr unbestrittenen<sup>103</sup>) Dogma, daß eine Ergänzung in wesentlichen Punkten strikte ausgeschlossen sei, viel von seiner praktischen Tragweite.

**16.** [364] Die *Befugnis des Richters zur Vertragsergänzung* (mit einer eigenen Regel) setzt voraus, daß das Gesetz entweder auf das richterliche Ermessen verweist oder überhaupt keine anwendbare Dispositivnorm enthält (Ziff. 15).

Ob eine bestimmte Norm des Gesetzes auf die konkrete (von den Parteien nicht geregelte) Rechtsfrage anwendbar ist, muß der Richter durch wertendes Urteil entscheiden. Geht es um die *Anwendung einer dispositiven Sachnorm*<sup>104</sup>, so hat der Richter immer auch zu prüfen, ob die fragliche Norm mit dem vereinbarten Vertragsinhalt harmoniert, in den sie einzufügen wäre. Trifft dies nicht zu, so findet die betreffende Norm keine Anwendung, und der Richter hat den Vertrag im Einklang mit dem hypothetischen Parteiwillen selbst zu ergänzen<sup>105</sup>. Somit treten die dispositiven Sachnormen des Gesetzes hinter die richterliche Vertragsergänzung zurück, wenn sie den durch Vereinbarung vorbestimmten Vertragsinhalt nicht sinnvoll ergänzen<sup>106</sup>. Im Sonderfall des Art. 2 Abs. 2 OR soll die Vertragsergänzung durch den Richter sogar immer den Vorrang haben<sup>107</sup>.

Enthält das Gesetz keine anwendbare Dispositivnorm (auch keine Verweisungsnorm), so ist nicht nur der zu ergänzende Vertrag lückenhaft; vielmehr weist dann *auch das Gesetz eine eigentliche Lücke* (im Sinn des Art. 1 Abs. 2 ZGB) auf. Nach dem Postulat des hypothetischen Parteiwillens muß der Richter dennoch eine solche Regel suchen, die der Individualität des konkreten Vertrages gerecht wird. Er muß also den Vertrag «individuell-konkret» ergänzen. Zu einer «generell-abstrakten» Regel, die er auch als Gesetzgeber aufstellen würde (Art. 2 Abs. 2 ZGB), darf [365] er nur in «typischen Fällen» greifen, in denen der konkrete Vertrag keine individuelle Eigenart (jedenfalls nicht mit Bezug auf die zu entscheidende Frage) aufweist<sup>108</sup>. Das aber bedeutet, daß der ergänzende Richter in allen übrigen Fällen in *Konflikt* gerät *mit der Vorschrift des Art. 1 Abs. 2 ZGB*, wonach er bei Vorliegen einer Gesetzeslücke «modo legislatoris» (also «generell-abstrakt») entscheiden muß. Dieser Konflikt entpuppt sich allerdings als Scheinkonflikt, wenn man einer neueren These folgt, wonach die Vorschrift, «modo legislatoris» zu entscheiden (Art. 1 Abs. 2 ZGB), ihrerseits lückenhaft ist. Sie ist lückenhaft «insofern, als sie den Sondertatbestand nicht regelt, bei dem eine Gesetzes- und eine Vertragslücke zusammenfallen und gleichzeitig durch eine einzige Norm zu füllen sind. Liegt dieser Sondertatbestand vor, so rechtfertigt

<sup>103</sup> Vgl. BGE 100 II 330 f.; JÄGGI/GAUCH, N 541 zu Art. 18 OR mit weiteren Nachweisen.

<sup>104</sup> *Sachnormen* geben selber eine Antwort auf eine Rechtsfrage, während *Verweisungsnormen* auf andere Regeln (Ermessen des Richters; Verkehrsübung) verweisen.

<sup>105</sup> Ausführlich: JÄGGI/GAUCH, N 514 und 515 ff. zu Art. 18 OR; vgl. auch DESCHENAUX, in Schweiz. Privatrecht II, S. 172 f.; MEIER-HAYOZ, SJK Nr. 1134, S. 8; MERZ, N 138 zu Art. 2 ZGB; SCHLUEP, zit. in Anm. 92, S. 795 f.; YUNG, ZBJV 97, 1961, S. 49 f.; zu eng: BGE 83 II 523.

<sup>106</sup> Das gilt allerdings nicht für Dispositivnormen, die das Gesetz mit gesteigerter Geltungskraft ausgestattet hat, indem es für deren Wegbedingung eine schriftliche oder zumindest ausdrückliche Abrede verlangt.

<sup>107</sup> KRAMER, N 23 ff. zu Art. 2 OR und dort Zitierte.

<sup>108</sup> JÄGGI/GAUCH, N 534 zu Art. 18 OR; MERZ, N 138 zu Art. 2 ZGB; SCHLUEP, zit. in Anm. 92, S. 795 und 800; vgl. auch LARENZ, NJW 16, 1963, S. 741.

tigt sich ein Abgehen von der gesetzlich vorgeschriebenen Methode, die ein kasuistisches Vorgehen des Richters ausschließt»<sup>109</sup>.

#### D. Die «Krise»

17. Die bisherigen Ausführungen haben aufgezeigt, daß wirklicher Parteiwille und objektive Kriterien zusammenspielen, wenn es um Abschluß und Inhalt des Vertrages geht. Bei aller «Objektivierung» hat auch der wirkliche Wille der Parteien seinen Platz im Vertragsrecht behalten (vgl. Ziff. 7, 8, 11, 12 und 13). Fast schämt man sich, so etwas festzustellen, – in einer Zeit, da gesagt wird, daß sich das *Vertragsrecht in einer Krise* befindet, weil unsere Gegenwart «mit der Vorstellung einer Autonomie des Individuums» nicht mehr zu recht komme<sup>110</sup>. Es bestehe (wird weiter gesagt) kein Zweifel, «daß wir uns um eine neue Rechtfertigung der Vertragsordnung bemühen müssen, wenn sie als Teil unseres heutigen Rechts Bestand haben soll»<sup>111</sup>. Diese Krisenstimmung bildet den Anlaß, vom mehr «Technischen» ins «Grundsätzliche» vorzustoßen.

18. [366] Nach wie vor ist *die Privatautonomie Ausgangspunkt und selbstverständliches Grundprinzip unseres Vertragsrechts*. Ebenso selbstverständlich ist aber auch, daß diese Privatautonomie nur soweit besteht, als die Rechtsordnung es bestimmt und zuläßt. Denn ohne Rechtsordnung, welche dem erklärten Willen Rechtswirksamkeit verleiht, kann es eine Privatautonomie zum vornherein nicht geben.

Die geltende Vertragsordnung begrenzt die Privatautonomie in mannigfacher Weise, indem sie bald ungewollte Rechtswirkungen *eintreten*, bald gewollte Rechtswirkungen *nicht* eintreten läßt. Bekannt ist Art. 20 OR, wonach ein Vertrag mit unmöglichem, widerrechtlichem oder sittenwidrigem Inhalt ganz oder teilweise nichtig ist. Diese Bestimmung beschränkt die Privatautonomie in der Erscheinungsform der Vertragsinhaltsfreiheit. Zusammen mit den zwingenden Privatrechtssätzen erlaubt sie, die inhaltliche Gestaltungsfreiheit der Parteien der jeweiligen Auffassung von Recht und Sittlichkeit anzupassen und den Vertrag z. B. auch in den Dienst der sozialen Gerechtigkeit zu stellen<sup>112</sup>.

Das schweizerische Recht enthält bereits eine große Anzahl zwingender Gesetzesbestimmungen zum Schutze der schwächeren Vertragspartei. Das geplante Konsumkreditgesetz (Entwurf 1978) und der Entwurf für eine Gesamtrevision des Miet- und Pachtrechts (1981) zeigen die *Tendenz, den Schutz des sozial Schwächern massiv auszubauen*. Daß sich der Einzelne – kraft einer vorgegebenen Selbstherrlichkeit – «den Beschränkungen durch das Prinzip der sozialen Gerechtigkeit nicht zu fügen brauchte»<sup>113</sup>, davon kann heute kaum mehr die Rede sein. Aber schon die Lehre des 19. Jahrhunderts, die bestrebt war, den Bereich der Privatautonomie auszudehnen, hat eine solche Annahme nicht getroffen<sup>114</sup>.

Soweit eine Krise des Vertragsrechts tatsächlich besteht, ist sie gewiß keine Krise der Privatautonomie, sondern eine solche ihrer Beschränkung. Das aber ist eine «Dauerkrise», weil es keine Kriterien gibt, die das Verhältnis von persönlicher Freiheit und sozialer Bindung ein für allemal «richtig» festlegen. Vielleicht wird sich eines Tages sogar die Frage stellen: Wer schützt den Starken vor dem geschützten Schwachen?

<sup>109</sup> JÄGGI/GAUCH, N 535 f. zu Art. 18 OR.

<sup>110</sup> REINHARDT, Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Verträge, in Festschrift Schmidt/Rimpler, Karlsruhe 1957, S. 115 f. und dort Zitierte.

<sup>111</sup> REINHARDT, a. a. O., S. 116.

<sup>112</sup> So das berechtigte Postulat von REINHARDT, a. a. O., S. 116.

<sup>113</sup> REINHARDT, a. a. O., S. 116.

<sup>114</sup> FLUME, Das Rechtsgeschäft, S. 17.

19. [367] Noch weit entfernt ist dieser Tag für *die Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, die das breite Feld der Massenverträge beherrschen. Der einzeln ausgehandelte Individualvertrag, einst Leitbild des Gesetzgebers, hat den ersten Platz im Kabinett der Vertragsfiguren längst verloren. Im Vordergrund steht heute der standardisierte Vertrag mit «Bedingungen», die von einer Partei oder einem Dritten generell vorformuliert und der Selbstbestimmung der anderen Partei praktisch entzogen sind. Kein Zweifel, daß im Rahmen solcher Bedingungen die Privatautonomie durch ungleiche Machtverteilung zwischen den Parteien in Frage gestellt ist! Das Unbehagen, das der Jurist darob empfindet, äußert sich in unzähligen Versuchen, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen rechtlich unter Kontrolle zu bringen.

Auch in der Schweiz haben Lehre und Rechtsprechung zahlreiche Regeln entwickelt, um mit dem Phänomen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen fertig zu werden. Ausgangspunkt ist die Grundregel, daß Allgemeine Geschäftsbedingungen nur durch vereinbarte Übernahme in den konkreten Einzelvertrag Geltung erlangen<sup>115</sup> und als Bestandteil des Vertrages «individuell» (also nicht einheitlich) auszulegen sind<sup>116</sup>. Zur Grundregel treten Sonderregeln, welche die Geltung global übernommener Bedingungen unter bestimmten Voraussetzungen ausschließen<sup>117</sup>. Hervorzuheben ist namentlich die Regel, daß eine dem dispositiven Recht widersprechende Bestimmung bei bloß globaler Übernahme nur gilt, wenn sie sich mit der Eigenart des betreffenden Einzelvertrages oder des betreffenden Vertragstyps begründen läßt<sup>118</sup>. Diese Regel erlaubt, wenn auch in beschränktem Maße, eine inhaltliche Kontrolle [368] der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Eine Inhaltskontrolle, die darüber hinaus geht, ist wünschenswert, setzt aber eine Weiterentwicklung des schweizerischen Rechts voraus. Der Gesetzgeber steht vor einer großen Aufgabe, die er bald an die Hand nehmen sollte, damit nicht die einschlägige Gesetzgebung des Auslands (z. B. das deutsche AGB-Gesetz) faktische Geltung auch für die Schweiz bekommt. Ein erster Vorschlag für eine gesetzliche Regelung findet sich in Art. 7 des Revisionsentwurfes zum UWG (1980)<sup>119</sup>. Von diesem Art. 7 ist zu hoffen, daß er geltendes Recht wird, dem Gesetzgeber aber nicht als Vorwand dient, von einer weiteren Ordnung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen abzusehen.

---

<sup>115</sup> KRAMER, N 184 zu Art. 1 OR mit zahlreichen Zitaten.

<sup>116</sup> FORSTMOSER, Die rechtliche Behandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und im deutschen Recht, Festgabe Kummer, Bern 1980, S. 131 f.; JÄGGI/GAUCH, N 466 zu Art. 18 OR; KRAMER, N 218 zu Art. 1 OR; MERZ, N 171 zu Art. 2 ZGB; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 490 zu Art. 1 OR; anderer Ansicht für Versicherungsbedingungen z. B. KELLER, SJZ 57, 1961, S. 319f. Zwar mag der Verwender (z. B. eine Versicherungsgesellschaft) ein erhebliches Interesse an der einheitlichen Geltung «seiner» Allgemeinen Bedingungen haben. Die Vertragsauslegung ist aber kein Mittel im Dienste solcher Interessen und darf daher von den konkreten Umständen des Einzelfalls, namentlich von den individuellen Vorstellungen der Parteien, auch bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht absehen.

<sup>117</sup> Überblick neuerdings bei FORSTMOSER, zit. in Anm. 116, S. 120 ff.; JÄGGI/GAUCH, N 470 ff. zu Art. 18 OR.

<sup>118</sup> SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 508 zu Art. 1 OR.

<sup>119</sup> Nach Art. 7 (Revisionsentwurf) handelt unlauter, «wer vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die zum Nachteil des Kunden von der unmittelbar oder sinngemäß anwendbaren gesetzlichen Ordnung abweichen und es diesem durch ihre Darstellung oder durch ihren Inhalt wesentlich erschweren, sich ein Urteil über den Wert des Angebots zu bilden oder es mit anderen Angeboten zu vergleichen.» Durch diese Bestimmung soll «das Instrumentarium des UWG ... zur Bekämpfung der immer wieder vorkommenden Mißbräuche durch allgemeine Geschäftsbedingungen zur Verfügung gestellt werden. Maßgebend ist im vorgeschlagenen Text - als Bezug zum Lauterkeitsrecht - das Irreführungs- oder Überrumpelungselement» (Bericht der Expertenkommission, S. 51).

**20.** Zurück vom Begriffshimmel, *wieder auf Erden*, durchdrang JHERING<sup>120</sup> «ein Gefühl der Freiheit, des Lebens, des wonnigen Behagens». «Ich sah Bäume, Wälder, grüne Auen, Häuser, selbst Kegelbahnen, – hier wohnen Praktiker, sagte ich mir, hier herrscht Leben, hier wird es Dir wohl sein.»

Käme er heute wieder, was würde er sehen? Schlagbäume, durchfurchte Wälder, betonierte Auen, Hochhäuser, Autobahnen und dann und wann ein Atomkraftwerk! Daß es im Vertragsrecht dieser Welt, in der es «sachlich» und «rationell» zugeht, auf den Willen der Parteien auch noch ankommt, ist tröstlich. Der Mensch hat noch nicht ausgespielt ...

Korr.: MD, 07.01.2005

---

<sup>120</sup> JHERING, zit. in Anm. 1, S. 315.