

Von den wesentlichen Vertragspunkten

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

Publiziert in: *recht* 1991, S. 45 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

A. Einleitung

1. [45] Mit den „*wesentlichen Vertragspunkten*“ ergeht es dem Juristen ähnlich wie mit vielen anderen Begriffen. Sie sind so „selbstverständlich“, dass man sich im Alltag kaum mehr die Mühe nimmt, darüber nachzudenken. Und doch scheint es mir der Mühe wert, für einmal anzuhalten, um sich mit diesen Vertragspunkten zu befassen. Das ist der Grund, weshalb ich den vorliegenden Beitrag zu einem Thema schreibe, das in der juristischen Literatur schon vielfältig behandelt wurde. Es ist ein „Diskussionsbeitrag“, was unter anderem zum Ausdruck bringt, dass nicht alles, was darin steht, der „herrschenden“ Meinung entspricht. Zugleich geht es um einen „dogmatischen“ Beitrag, der vieles voraussetzt, was die Lehre entwickelt hat. Der Beitrag bezieht sich auf das schweizerische Recht. Als Ausgangspunkt wähle ich die erste Bestimmung des Obligationenrechts.

2. Nach *Art. 1 Abs. 1 des Obligationenrechts* ist „zum Abschluss eines Vertrages ... die übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung der Parteien erforderlich“. Durch die übereinstimmende Willensäußerung legen die Parteien den vereinbarten Vertragsinhalt fest und erklären sich gegenseitig den endgültigen Willen, einen Vertrag mit diesem Inhalt abzuschliessen.

In den meisten Fällen allerdings ist der abgeschlossene Vertrag *lückenhaft*, weil einzelne Rechtsfragen, die den Vertragsinhalt betreffen, weder durch (ausdrückliche oder stillschweigende) Parteiabrede noch durch zwingendes Gesetzesrecht geregelt sind¹. Der Ausfüllung solcher Vertragslücken dienen die anwendbaren Dispositivnormen des ergänzenden Gesetzesrechts², allfällige Normen des Gewohnheitsrechts (Art. 1 Abs. 2 ZGB)³ und die richterliche Vertragsergänzung⁴. Auf diese „Lückenbüsser“ aber wird nur zurückgegriffen, wenn tatsächlich eine Vertragslücke vorliegt, eine bestimmte Frage also auch nicht durch qualifiziertes Schweigen der Parteien geregelt wurde.

3. Dem Gesagten zufolge ist zwar nicht verlangt, dass der gesamte Vertragsinhalt durch Vereinbarung festgelegt wird. Damit ein Vertrag zustandekommt, bedarf der Vertragsinhalt aber doch einer

¹ JÄGGI/GAUCH, N 486 ff. zu Art. 18 OR; KELLER/SCHÖBI, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl., Basel 1988, S. 136; KRAMER, N 215 f. zu Art. 18 OR.

² Vgl. JÄGGI/GAUCH, N 502 ff. zu Art. 18 OR; KELLER/SCHÖBI, Allgem. Lehren, S. 137.

³ Vgl. JÄGGI/GAUCH, N 532 zu Art. 18 OR (zur Bedeutung der blossen Verkehrsübung: N 520 ff. zu Art. 18 OR).

⁴ Vgl. darüber JÄGGI/GAUCH, N 530 ff. zu Art. 18 OR; KELLER/SCHÖBI, Allgem. Lehren, S. 137; KRAMER, N 217 ff. zu Art. 18 OR.

minimalen Regelung durch die Parteien selbst. Der tatsächliche oder normative *Konsens*⁵ hat sich *mindestens auf die wesentlichen Vertragspunkte zu beziehen*⁶. In diesem Sinne bilden die wesentlichen Vertragspunkte den für das Zustandekommen des Vertrages erforderlichen (aber auch genügenden⁷) Mindestinhalt der Übereinstimmung. Ohne Einigung über sie ist der Vertragsbestand des Art. 1 Abs. 1 OR und damit die Grundvoraussetzung für den Eintritt der Vertragswirkung nicht erfüllt⁸.

Das alles gehört, obwohl in Art. 1 Abs. 1 OR nicht ausdrücklich gesagt, zu den Grundlagen des Vertragsrechts; es wird in Art. 2 Abs. 1 OR als selbstverständlich vorausgesetzt und bedarf keiner weiteren Nachweise. Ebenso selbstverständlich ist, dass die wesentlichen Punkte, auf die der Konsens sich zu beziehen hat, sowohl die *objektiv-* als auch die *subjektiv-*wesentlichen Vertragspunkte umfassen⁹, die aufgrund der übereinstimmenden Willenserklärungen genügend bestimmt oder bestimmbar sein müssen¹⁰.

Ob und welche Vertragspunkte subjektiv-wesentlich sind, hängt von den Anforderungen ab, welche die jeweiligen Parteien (subjektiv) an den Vertragsabschluss stellen (vgl. unten [46] Ziff. 9). Dadurch unterscheiden sie sich von den objektiv-wesentlichen Punkten, die es für jeden konkreten Einzelvertrag und unabhängig von den Anschauungen der beteiligten Parteien gibt. Auch diese Unterscheidung ist klar.

B. Die objektiv-wesentlichen Punkte

4. Die Unsicherheit beginnt nun aber mit der *Frage, welche Vertragspunkte objektiv-wesentlich sind*, also unabhängig von den Anschauungen der konkreten Parteien einer einvernehmlichen Regelung bedürfen, damit der Vertrag zustandekommt. Obwohl es sich um eine grundlegende Frage des Vertragsrechts handelt, gehen die Meinungen auseinander.

- a. Nach einer *ersten Meinung*¹¹ bestehen die objektiv-wesentlichen Punkte in den „*vertrags-typenbestimmenden*“¹² *Teilen des Vertragsinhalts*. Sie bilden die begrifflichen Merkmale des jeweiligen Vertragstypus (z.B. eines Kaufvertrages, Mietvertrages oder Werkvertrages),

⁵ „Konsens“ bezeichnet den Zustand, wonach die Parteien übereinstimmende Willenserklärungen abgegeben haben. Er ist ein „tatsächlicher“ Konsens, soweit die erklärten wirklichen Willen übereinstimmen; ein „normativer“ (oder „rechtlicher“) Konsens ist er, soweit die nach Vertrauensprinzip ausgelegten Willenserklärungen sich decken (KRAMER, N 121 ff. zu Art. 1 OR). Haben die Parteien hinsichtlich eines Vertragspunktes überhaupt keine Willenserklärungen abgegeben oder stimmen ihre Willenserklärungen nicht überein, so besteht in diesem Vertragspunkt „Dissens“.

⁶ BGE 103 II 194 f.; 54 II 303 f.

⁷ BGE 103 II 193.

⁸ Vgl. BGE 100 II 330 f.

⁹ GAUCH/SCHLUEP, OR AT, Nr. 306 ff.; zur Rechtsprechung: GAUCH/AEPLI/CASANOVA, OR Allgemeiner Teil, Rechtsprechung des Bundesgerichts, 2. Aufl., Zürich 1989, S. 14.

¹⁰ Vgl. darüber GAUCH/SCHLUEP, OR AT, Nr. 311 ff.

¹¹ Z.B. BGE 97 II 55; GUHL/MERZ/KUMMER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 1980, S. 93; ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, Neuchâtel 1973, S. 47; KRAMER, N 154 zu Art. 1 und N 7 zu Art. 2 OR; KELLER/SCHÖBI, *Allgem. Lehren*, S. 53; Merz, *Vertrag und Vertragsschluss*, Freiburg 1988, S. 99; VON TUHR/PETER, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Band I, Zürich 1979, S. 155.

¹² KRAMER, N 154 zu Art. 1 OR.

zu dessen Kennzeichnung sie dienen. Demzufolge finden sie sich fast immer in der Legaldefinition der betreffenden Vertragsart (z.B. Art. 184 Abs. 1 OR) umschrieben und werden auch als „begriffsnotwendige“¹³ oder „begriffswesentliche“¹⁴ Elemente des Vertrages bezeichnet.

Diese erste (wohl herrschende) Meinung ist stark beeinflusst durch das römische Kontraktssystem, in dem ein Konsens über gewisse Vertragspunkte (die „essentialia negotii“) erforderlich war, um die getroffene Abmachung einem bestimmten Vertragstypus zuzuordnen und dadurch klagbar zu machen¹⁵. Doch leidet sie an erheblichen Schwächen. Denn erstens gibt sie keine sachliche Begründung dafür, warum ein Vertrag ohne Einigung über die angesprochenen Punkte nicht zustandekommt. Zweitens ist sie von vornherein nur auf gesetzlich geregelte Verträge zugeschnitten¹⁶, für Innominatkontrakte also überhaupt nicht brauchbar. Drittens verkennt sie, dass im heutigen System der Vertragstypenfreiheit nicht schon der Umfang des erforderlichen Konsenses von der gesetzlichen Vertragstypenordnung abhängt, sondern erst die Beantwortung der weiteren Frage, ob und welche Normen der Vertragstypenordnung auf den durch Konsens zustandekommenen Vertrag anwendbar sind¹⁷. Und viertens genügt es zur Beantwortung dieser Frage, auf die abstrakten Leistungspflichten der Parteien (z.B. Gebrauchsüberlassung gegen Entgelt) abzustellen, weshalb die Formel von den „vertragstypenbestimmenden“ Punkten ohnehin nicht ausreicht, um den Kreis der objektiv-wesentlichen Punkte zu umschreiben.

- b. Eine *zweite Meinung* behilft sich mit einem Bild. Danach umfassen die objektiv-wesentlichen Vertragspunkte „den Geschäftskern“: „das und nur das, was nach den Umständen gerade genügt, um ein sinnvolles Ganzes darzustellen“¹⁸. Ob der Vertrag ein Nominat- oder ein Innominatkontrakt ist, macht dabei keinen Unterschied¹⁹.

Auch diese zweite Meinung, die auf die Formel von den „vertragstypenbestimmenden“ Punkten verzichtet, vermag nicht zu befriedigen. Ihre Schwäche besteht darin, dass die bildhaften Worte „Geschäftskern“ und „sinnvolles Ganzes“ nur andeutungsweise umschreiben, welche Teile des Vertrages zu den objektiv-wesentlichen Punkten zählen. Diese Worte appellieren mehr an das juristische „Gefühl“ als an den juristischen „Verstand“.

13 KELLER/SCHÖBI, Allgem. Lehren, S. 53; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 93.

14 BECKER, N 4 zu Art. 1 und N 4 zu Art. 2 OR; MERZ, Vertrag und Vertragsschluss, S. 98 f.

15 BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (OR AT), 2. Aufl., Zürich 1988, S. 118; DERSELBE, ZSR 1983 II, S. 319, Anm. 73.

16 Vgl. KRAMER, N 154 zu Art. 1 und N 7 zu Art. 2 OR.

17 Vgl. SCHMID, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Diss. Freiburg 1988, S. 158: „Fragen nach den typwesentlichen Punkten haben im Rahmen der neuzeitlichen Konsenslehre richtigerweise nichts zu suchen... Die einen bestimmten gesetzlichen Vertragstypus kennzeichnenden Punkte bleiben bei der Beurteilung des Konsenses aus dem Spiel. Erst in der zweiten Phase – nämlich bei der Frage, ob und allenfalls welche Normen des Besondern Teils des OR auf das fragliche Geschäft anwendbar sind – ist zu prüfen, ob die den Konsens ausmachenden Willenserklärungen ausreichen, um das Geschäft einem besonderen gesetzlichen Vertragstyp zuzuordnen. Ist dies nicht möglich, so stellt das konkrete Geschäft eben einen Innominatkontrakt dar. Damit bleibt indessen der – bereits festgestellte – Konsens unangetastet“.

18 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 84 zu Art. 1 OR; gleicher Meinung z.B. GAUCH/SCHLUEP, OR AT, Nr. 308; Schmid, a.a.O., S. 158.

19 Anders z.B. KRAMER, der es für Innominatkontrakte zwar mit der zweiten Meinung hält, bei Nominatverträgen aber auf die „vertragstypenbestimmenden“ Punkte abstellt (N 154 zu Art. 1 und N 7 zu Art. 2 OR).

5. [47] Wer die erste Meinung ablehnt und auch von der zweiten unbefriedigt ist, dem bleibt nichts anderes übrig, als nach einer vertieften Antwort zu suchen. Dieser Versuch ist mühevoll. Als wenig hilfreich erweist sich jedenfalls die Erklärung, dass der vereinbarte Vertragsinhalt dann ein „sinnvolles Ganzes“ bilde, wenn er „eine vernünftige, in sich geschlossene Aenderung im Lebensbereich der Parteien“ herbeiführe²⁰. Gleich verhält es sich mit dem Hinweis, wonach die objektiv-wesentlichen Punkte die „Idee des Geschäftes“ erkenntlich machen²¹; oder mit der schlichten Aussage, dass „ein minimaler Konsensinhalt“ gefordert sei, „damit die Abmachung nicht infolge allzugrosser Unbestimmtheit unverbindlich bleibe“²². Was dagegen weiterhilft, ist die *Umkehrung der Fragestellung*, die Frage nämlich, welche Vertragspunkte objektiv-*unwesentlich* sind:

- a. Objektiv-*unwesentlich* sind Vertragspunkte, die keiner einvernehmlichen Regelung durch die Vertragsparteien bedürfen, damit feststeht, was zwischen den Parteien des abgeschlossenen Vertrages gilt. Dazu gehören zunächst jene Punkte des Vertrages, die das Gesetz zwingend regelt, was eine vertragliche Abrede überflüssig, ja sogar nutzlos macht. Ausserdem gehören dazu aber auch alle übrigen Vertragspunkte, die bei fehlender Abrede nicht unregelt bleiben, weil der Vertrag in diesen Punkten (wenn eine Abrede fehlt) durch eine dispositive Norm des Gesetzes oder durch Gewohnheitsrecht (Art. 1 Abs. 2 ZGB) ergänzt wird oder durch den Richter ergänzbar ist.
- b. Wird das objektiv „*Unwesentliche*“ in diesem Sinne verstanden, so lässt sich der Kreis der objektiv-*wesentlichen* Vertragspunkte ohne weiteres durch Umkehrschluss bestimmen. Er beschränkt sich auf jene Teile des Vertrages, die einer Regelung durch die Parteien selbst bedürfen, weil ohne vertragliche Regelung eine Lücke offenbliebe, die weder durch Gesetz noch durch Gewohnheitsrecht oder Richterrecht geschlossen werden könnte. Aus diesen Punkten besteht, wenn man das Wort verwenden will, der „Geschäftskern“, worüber in jedem Fall Konsens bestehen muss, damit ein Vertrag zustandekommt. Bleibt nämlich eine unausfüllbare Lücke offen, so ist die Rechtslage, die der Vertrag begründen soll, nur unvollständig geregelt, was dem Zweck des Vertragsabschlusses widerspricht.
- c. Dem Gesagten zufolge handelt es sich also bei den objektiv-wesentlichen Vertragspunkten um solche, für die es nicht nur an einer anwendbaren Regel des Gesetzes oder des Gewohnheitsrechts, sondern auch an der Möglichkeit einer richterlichen Vertragsergänzung fehlt. Das bedeutet, dass die objektiv-wesentlichen Punkte des Vertrages eine *relative Grösse* sind, die vom jeweils verfügbaren (zwingenden und dispositiven) Gesetzesrecht²³, vom anwendbaren Gewohnheitsrecht und (soweit Gesetz und Gewohnheitsrecht versagen²⁴) von der Möglichkeit einer richterlichen Vertragsergänzung abhängt.

6. Schwierigkeiten bereitet bei diesem Ansatzpunkt nur (aber immerhin) die Frage, wie weit *die Zuständigkeit des Richters zur Vertragsergänzung* reicht. Die Antwort lässt sich nicht in eine einfache Formel kleiden, weil die fundamentale Wurzel des Vertrages die Gesellschaft ist, wes-

²⁰ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 84 zu Art. 1 OR; so auch für die Innominatkontrakte: KRAMER, N 154 zu Art. 1 OR.

²¹ VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, S. 132.

²² BUCHER, OR AT, S. 118.

²³ Unter Einschluss gesetzlicher Vermutungen (z.B. Art. 212 und 388 Abs. 1 OR).

²⁴ Zum Verhältnis zwischen dispositivem (ergänzendem) Gesetzesrecht und richterlicher Vertragsergänzung vgl. JÄGGI/GAUCH, N 511 ff. zu Art. 18 OR.

halb auch die Anschauungen über das Verhältnis zwischen Vertrag und Richtermacht dem gesellschaftlichen Wandel unterworfen sind. Allgemein lässt sich aber doch das Folgende sagen:

- a. Sicher kann es nicht Aufgabe des Richters sein, die Parteien des Vertrages (z.B. den Käufer oder den Verkäufer) zu bestimmen, was aber nicht zum hier behandelten Vertragsinhalt gehört. Ferner (und vor allem) fehlt dem Richter die Kompetenz, den Gegenstand der typischen Hauptleistung (z.B. die geschuldete Kaufsache, die geschuldete Mietsache, den Inhalt eines Auftrages, das geschuldete Werk) oder den Zweck einer einfachen Gesellschaft (Art. 530 Abs. 1 OR) anstelle der Parteien festzulegen. Auch entzieht sich die Frage, ob eine vereinbarte Leistung entgeltlich oder unentgeltlich erbracht werden muss, der Bestimmung durch Richterrecht²⁵, obwohl das Gesetz für einzelne Fälle sogar diesbezüglich ergänzendes Recht enthält (vgl. z.B. Art. 313 Abs. 2, Art. 394 Abs. 3, Art. 418l Abs. 1 OR). Und [48] schliesslich gibt es gesetzliche Vorschriften, die dem Richter die Ergänzungsbefugnis entziehen (z.B. Art. 184 Abs. 3 OR für die Höhe des Kaufpreises²⁶) oder ihn umgekehrt zur Ergänzung verpflichten (z.B. Art. 388 Abs. 2 OR für die Höhe des Verlagshonorars).

- b. Im übrigen kommt viel auf die Praxis der Gerichte²⁷ und auf die heutige Verkehrsauffassung an²⁸. Danach werden theoretische Bedenken, die sich an eingelebten Vertragsidealen orientieren, immer stärker durch das Bedürfnis der Parteien (namentlich der Geschäftsleute) verdrängt, ihre Verträge um den Preis der richterlichen Ergänzung gelten zu lassen²⁹. Dass z.B. auch die Höhe einer geschuldeten Vergütung (etwa die Höhe eines geschuldeten Mietzinses³⁰) nicht „*naturnotwendig*“ zu den unergänzbaaren Vertragspunkten gehört³¹, bringt das Gesetz selbst zum Ausdruck, indem es für zahlreiche Verträge einschlägige Dispositivbestimmungen enthält (vgl. z.B. Art. 314 Abs. 1, 322 Abs. 1³², 374, 414, 418g Abs. 1³³, 440 Abs. 2 OR³⁴). Insgesamt bleibt aber stets zu beachten, dass der Richter den Vertrag normalerweise³⁵ nach dem „*hypothetischen Willen der Parteien*“³⁶ ergänzt³⁷, was voraus-

25 Vgl. BGE 23 II 1113 ff.; PIOTET, *La formation du contrat*, Bern 1956, S. 32.

26 Vgl. aber unten, Ziff. 8 a.E.

27 So auch: MERZ, *Vertrag und Vertragsschluss*, S. 99, wenn auch nur für Innominatkontrakte. – Der Verweis auf die Praxis der Gerichte bringt zum Ausdruck, dass unser Recht (über alle Gesetze hinweg) zum guten Teil ein „*Richterrecht*“ geblieben ist, das von Fall zu Fall sich weiterentwickelt.

28 So auch: KRAMER, N 154 zu Art. 1 OR, wenn auch nur für Innominatkontrakte.

29 Rechtsvergleichend: ATIYAH, *The Law of Contract*, 3. Aufl. Oxford 1981, S. 87: “The absence of agreement, even on relatively important matters is not always fatal to the establishment of contract. This is especially true in commercial contracts, negotiated between business men, because the Courts are able and willing to supply any necessary terms on the basis of what is just and reasonable, provided that there was a definite intention to be bound.”

30 Vgl. BGE 100 II 330 f. und 108 II 112 ff.; kritisch: JEANPRÉTRE, *JdT* 1975 I, S. 610 ff., und MERZ, *ZBJV* 1976, S. 99 ff.

31 Vgl. PIOTET, a.a.O., S. 34 f.

32 Art. 322 Abs. 1 OR verweist subsidiär auf die Übung, die dadurch den Charakter einer dispositiven Gesetzesnorm erhält.

33 Nach Art. 418g Abs. 1 OR ist mangels anderer Vereinbarung die „übliche“ Provision geschuldet.

34 Kraft dieser Verweisung ist mangels Abrede über die Höhe des Entgelts der übliche Frachtlohn geschuldet (vgl. Art. 394 Abs. 3 OR, der über den zu engen Wortlaut hinaus auch den Umfang der Vergütung bestimmt, und zwar selbst dann, wenn die Vergütungspflicht als solche auf Vereinbarung beruht).

35 In „*typischen Fällen*“, in denen der konkrete Vertrag (jedenfalls hinsichtlich der zu entscheidenden Frage) keine individuelle Eigenart mehr aufweist, kann der ergänzende Richter auch zu einer Regel greifen,

setzt, dass ein solcher Wille sich nach dem Zweck der getroffenen Abrede überhaupt feststellen lässt.

- c. Von einem Teil der Lehre wird der Umfang der richterlichen Ergänzungsbefugnis auch an der Privatautonomie der Parteien gemessen. Das *Prinzip der Privatautonomie*, wonach die Parteien das jeweilige Vertragsverhältnis nach ihrem eigenen (autonomen) Willen gestalten können, beschränke (so wird gesagt) die Befugnis des Richters zur Ausfüllung bestehender Vertragslücken³⁸.

Diese allgemeine Aussage wäre richtig, müsste dann aber „konsequent“ zur Ablehnung *jeder* Vertragsergänzung führen, wenn der Zweck des Vertragsrechts sich darin erschöpfen würde, dem autonomen (und damit wirklichen) Willen der Parteien Nachachtung zu verschaffen. Eine solche Vorstellung, die früheren Anschauungen entsprechen mag³⁹, passt jedoch nicht in das Bild des heutigen Vertragsrechts, was kaum jemand bestreitet.

Vielmehr wird der Grundsatz der Privatautonomie schon durch die Anerkennung des normativen (rechtlichen) Konsenses durchbrochen, wonach der Vertrag (gestützt auf das Vertrauensprinzip) mit einem Inhalt entstehen kann, den eine Partei nicht gewollt hat⁴⁰. Aber auch bei der verobjektivierten Auslegung des Vertrages⁴¹ kommt es nicht auf den autonomen Willen der Parteien an, sondern auf den „mutmasslichen Parteiwillen“, der vom auslegenden Richter nach den gleichen Wertungskriterien ermittelt wird wie der „hypothetische Wille“ bei der Vertragsergänzung⁴². Auf [49] diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, warum der autonome Wille der Parteien einer richterlichen Regelung von Fragen entgegenstehen soll, welche die Parteien weder autonom⁴³ noch normativ⁴⁴ geregelt haben. Zutreffend (und selbstverständlich) ist nur, dass es keinen Raum für richterliche Lückenfüllung gibt, soweit der Vertragskonsens der Parteien reicht⁴⁵.

7. Bei *fehlender Einigung über einen objektiv-wesentlichen Punkt* kommt kein Vertrag zustande. Zugleich steht fest, dass der Richter den Vertrag in diesem Punkt *nicht ergänzen* kann, auch wenn die Parteien bloss um den Inhalt des Vertrages (nicht um dessen Zustandekommen)

die er als Gesetzgeber aufstellen würde (Art. 1 Abs. 2 ZGB; JÄGGI/GAUCH, N 533 und N 537 zu Art. 18 OR; GAUCH/SCHLUEP, OR AT, Nr. 921; KELLER/SCHÖBI, Allgem. Lehren, S. 137).

- 36 Massgeblich ist das, was die Parteien als vernünftige und redliche Vertragspartner gewollt und deshalb vereinbart haben würden, falls sie die offengebliebene Frage selber geregelt und so die Vertragslücke vermieden hätten (BGE 111 II 262; JÄGGI/GAUCH, N 498 zu Art. 18 OR, mit weiteren Verweisen).
- 37 JÄGGI/GAUCH, N 537 zu Art. 18 OR; GAUCH/SCHLUEP, OR AT, Nr. 917.
- 38 MERZ, ZBJV 1976, S. 101; vgl. auch KRAMER, N 152 zu Art. 1 OR.
- 39 “The cardinal error of the traditional individualistic theories of contract is their way of speaking as if the law does nothing but put into effect what the contracting parties originally agreed on” (COHEN, *The Basis of Contract*, Harvard Law Review 1933, S. 585).
- 40 Vgl. GAUCH/SCHLUEP, OR AT, Nr. 292 ff.; KRAMER, N 126 ff. zu Art. 1 OR; MERZ, *Vertrag und Vertragsschluss*, S. 101. Vorbehalt bleibt aber immerhin die Berufung auf wesentlichen Erklärungsirrtum (Art. 23 f. OR).
- 41 Vgl. BGE 115 II 268; 111 II 279; JÄGGI/GAUCH, N 332 und 342 zu Art. 18 OR; MERZ, N 123 zu Art. 2 ZGB; MERZ, *Vertrag und Vertragsschluss*, S. 32.
- 42 JÄGGI/GAUCH, N 559 zu Art. 18 OR.
- 43 Durch tatsächlichen Konsens.
- 44 Durch normativen Konsens.
- 45 Die teilweise Unwirksamkeit des Vertrages (Art. 20 Abs. 2 OR) gehört nicht zum Problemkreis der Lückenfüllung, obwohl bisweilen auch in diesem Fall von einer „Vertragslücke“ gesprochen wird (vgl. z.B. KELLER/SCHÖBI, Allgem. Lehren, S. 136).

streiten⁴⁶. Vielmehr bleibt dem Richter nichts anderes übrig, als von sich aus zu erklären, dass kein Vertrag bestehe. Das entspricht der wohl herrschenden Lehre⁴⁷, bedarf aber einer zweifachen Präzisierung:

- a. Die erste Präzisierung betrifft *das Verhältnis zwischen den objektiv-wesentlichen Punkten und der richterlichen Ergänzungsbefugnis*. Dieses Verhältnis wird vielfach so gesehen, dass die objektive Wesentlichkeit eines von den Parteien ungerichteten Vertragspunktes der richterlichen Vertragsergänzung entgegenstehe⁴⁸. Werden die objektiv-wesentlichen Punkte aber im hier verstandenen Sinne begriffen, so verhält es sich gerade umgekehrt: Die richterliche Vertragsergänzung scheitert nicht *daran*, dass ein Vertragspunkt objektiv-wesentlich ist. Vielmehr *ist* ein Vertragspunkt objektiv-wesentlich, weil der Vertrag in diesem Punkt auch durch den Richter nicht ergänzt werden kann.
- b. Die zweite Präzisierung betrifft *Schuldverträge, die in das Erfüllungsstadium getreten sind*. Die Tatsache der Erfüllung, die zusammen mit dem Konsens zur Vertragswirklichkeit gehört, verleiht dem Vertrag verstärkten Bestandesschutz, was es bei der Beurteilung der richterlichen Ergänzungsbefugnis zu berücksichtigen gilt. Das bedeutet:

8. Je weiter *die Vertragserfüllung* fortgeschritten ist, desto eher kann es sich rechtfertigen, dass der Richter den Vertrag in einem bestimmten Punkt (z.B. hinsichtlich der Vergütungshöhe) ergänzt, statt den Bestand des Vertrages mangels Einigung der Parteien über diesen Punkt zu verneinen. Somit ist durchaus möglich, dass ein Schuldvertrag, der bei früherer Beurteilung nicht zustandegekommen wäre, aus späterer Sicht dann doch zustandegekommen ist, weil die Ergänzungsbefugnis des Richters sich durch die hinzugetretene Erfüllung erweitert hat⁴⁹. Dieser Satz klingt ungewohnt, vielleicht sogar paradox. Wer ihn aufstellt, muss mit *Widerspruch* rechnen.

- a. Erstens wird man *einwenden*, dass ein Vertragspunkt, der objektiv-wesentlich ist, seiner „Natur“ nach wesentlich bleibe, sich also nicht in einen unwesentlichen Punkt „verwandeln“ könne. Dieser Einwand ist „begrifflicher“ Natur. Er setzt voraus, dass die objektive Wesentlichkeit eines Vertragspunktes sich nach anderen Kriterien als nach der Ergänzbarekeit des Vertrages bestimmt. Hängt dagegen die objektive Wesentlichkeit von der Ergänzbarekeit des Vertrages ab, so entfällt der Einwand, sobald man anerkennt, dass die Ergänzungsbefugnis des Richters sich mit fortschreitender Vertragserfüllung erweitern kann.
- b. Zweitens wird man *einwenden*, dass es für das Zustandekommen des Vertrages einzig auf den Zeitpunkt seines angeblichen Abschlusses ankomme. Dieser Einwand, der ignoriert, was nach erfolgtem Erklärungsaustausch geschehen ist⁵⁰, passt zwar in das Bild der klassischen

⁴⁶ Vgl. demgegenüber unten Ziff. 10, lit. b.

⁴⁷ Z.B. DESCHENAUX, Schweizerisches Privatrecht II, S. 171; GAUCH/SCHLUEP, SJZ 78, 1982, S. 231; JÄGGI/GAUCH, N 540 zu Art. 18 OR; KELLER, SJZ 78, 1982, S. 127 f.; ZINDEL, SJZ 78, 1982, S. 360; JEANPRÉTRE, JdT 1975 I, S. 611; KRAMER, N 152 f. zu Art. 1 und N 248 ff. zu Art. 18 OR; MERZ, N 132 zu Art. 2 ZGB.

⁴⁸ So z.B. ZINDEL, SJZ 78, 1982, S. 360; KELLER, SJZ 78, 1982, S. 126 ff.; KRAMER, N 248 zu Art. 18 OR; MERZ, Vertrag und Vertragsschluss, S. 104.

⁴⁹ Vgl. auch BUCHER, OR AT, S. 187, der jedoch (unnötigerweise) annimmt, dass sich „derartige Fälle ... mit den sogenannten faktischen Vertragsverhältnissen“ berühren.

⁵⁰ So z.B. GAUCH/SCHLUEP, SJZ 78 1982, S. 231.

Dogmatik, die beim Gedanken an den Vertrag an „Naturgeschöpfe“ denkt⁵¹. Ihr gegenüber aber steht die Idee eines „modernen“ Vertragsrechts, das sich von solchen Vorstellungen trennt und seine Aufgabe vornehmlich darin sieht, entstandene Streitfragen unter Einbezug der gesamten [50] Vertragswirklichkeit zu lösen⁵². Dieser Idee entspricht es, ganz oder zum Teil erfüllte Schuldverträge („executed contracts“) anders zu behandeln als Verträge, mit deren Erfüllung noch nicht begonnen wurde („executory contracts“)⁵³. Aus ihr erklärt sich auch die Lehrmeinung, wonach eine vertragliche Bestimmung des Kaufpreises (Art. 184 Abs. 2 OR) nur für den Bestand des noch *nicht* erfüllten Kaufvertrages vorausgesetzt sei, während *nach* erfolgter Lieferung der Kaufsache es am Richter liege, die Höhe des offen gelassenen Kaufpreises festzusetzen⁵⁴.

C. Die subjektiv-wesentlichen Punkte

9. Von den objektiv-wesentlichen Vertragspunkten sind die *subjektiv-wesentlichen* zu unterscheiden. Es handelt sich um Vertragspunkte, deren einvernehmliche Regelung eine „condicio sine qua non“⁵⁵ für den Abschlusswillen *beider* Parteien oder – für die Gegenpartei erkennbar – mindestens *einer* Partei ist⁵⁶. Solange über solche Punkte kein Konsens erreicht wird, fehlt es für den Abschluss des Vertrages am übereinstimmend erklärten Abschlusswillen⁵⁷, weshalb kein Vertrag zustandekommt, mag dies den Parteien auch unbewusst sein. Vom Ergebnis her verhält es sich also gleich wie bei den objektiv-wesentlichen Punkten. Dennoch gibt es einen Unterschied:

Ohne Einigung über die subjektiv-wesentlichen Punkte kommt der Vertrag deshalb nicht zustande, weil *kein* übereinstimmender Abschlusswille erklärt wird, solange der Konsens über diese Punkte und damit eine erkennbare Voraussetzung für den Verpflichtungswillen mindestens einer Partei aussteht. Fehlt es dagegen am Konsens über einen objektiv-wesentlichen Punkt, so scheidet der Vertrag *trotz* übereinstimmend erklärtem Abschlusswillen. *Obwohl* die Parteien sich den Abschlusswillen übereinstimmend erklärt haben, besteht kein Vertrag, wenn nicht alle objektiv-wesentlichen Punkte durch Konsens geregelt sind.

51 Vgl. REGELSBERGER, Pandekten, Erster Band, Leipzig 1893, S. 601: „Gleich jedem Naturgeschöpf bietet jedes konkrete Rechtsgeschäft der Betrachtung zwei Seiten: es stellt sich dar als Glied einer Gattung (Art), als Gattungswesen und als eine Erscheinung eigener Art, als Einzelwesen“.

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

53 Vgl. auch BUCHER, OR AT, S. 119, Anm. 36.

54 BUCHER, OR AT, S. 119, Anm. 36.

55 BGE 54 II 305.

56 Vgl. z.B. BUCHER, OR AT, S. 120; GAUCH/SCHLUEP, OR AT, Nr. 309; MERZ, Vertrag und Vertragsabschluss, S. 99. Nach der Formulierung von KELLER/SCHÖBI (Allgem. Lehren, S. 54) sind es „objektive Nebenpunkte, über die nach der Willenserklärung einer Partei oder nach den übereinstimmenden Willenserklärungen beider Parteien eine Einigung erfolgen muss, damit der Vertrag als zustande gekommen gelten kann“.

Haben die Parteien sich über alle objektiv-wesentlichen Punkte geeinigt, so wird nach Art. 2 Abs. 1 OR „vermutet, dass der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern solle“, die vorbehaltenen Punkte also subjektiv-unwesentlich sind (vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP, OR AT, Nr. 732 ff. und dort Zitierte).

57 Vgl. BUCHER, OR AT, S. 120.

10. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass auch bei mangelnder Einigung über einen subjektiv-wesentlichen Punkt eine *Vertragsergänzung* grundsätzlich ausgeschlossen ist. Weil es am übereinstimmend erklärten Abschlusswillen der Parteien fehlt, gibt es überhaupt keinen Vertrag; und was nicht ist, kann nicht ergänzt werden. Das leuchtet bei „logischer“ Betrachtung ein, ruft unter rechtlichem Gesichtspunkt aber doch nach einer Differenzierung:

- a. Sicher ist eine Vertragsergänzung ausgeschlossen, wenn die Parteien um das *Zustandekommen* des Vertrages streiten und sich im Prozess herausstellt, dass sie sich in einem subjektiv-wesentlichen Punkte nicht geeinigt haben⁵⁸. Bei solcher Prozesslage hat der Richter dem Prozessbegehren einer Partei zu entsprechen und den Bestand des bestrittenen Vertrages zu verneinen. Vorbehalten bleibt höchstens der Fall, da die Bestreitung des Vertrages als rechtsmissbräuchlich (ZGB 2 Abs. 2) erscheint, weil die Parteien den Vertrag z.B. über längere Zeit hin als rechtswirksam betrachtet haben⁵⁹.
- b. Streiten hingegen die Parteien einzig über den *Inhalt* des Vertrages, dessen Zustandekommen im Prozess unbestritten ist, verhält sich die Rechtslage anders. Stellt sich in einem solchen Fall heraus, dass es am erreichten Konsens in einem nur subjektiv-wesentlichen Punkte fehlt, so gilt, was das Bundesgericht schon früh und treffend formuliert hat: „Unter diesen Umständen geht es nicht an, dass der Richter von sich aus erkläre, ein bindender Vertrag sei überhaupt nicht zustandegekommen, es fehle an der nach Art. 1 und 2 OR erforderlichen übereinstimmenden gegenseitigen Willensäußerung der Parteien über die wesentlichen Punkte“⁶⁰. Der Richter hat vielmehr „vom Bestand eines Vertrages auszugehen“⁶¹ und [51] (so weit nicht schon dispositives Gesetzesrecht oder Gewohnheitsrecht eingreift) eine Ergänzung auch in subjektiv-wesentlichen Punkten vorzunehmen⁶², wenn dies die Streitlage erfordert.

Den betreffenden Vertrag von Amtes wegen zu verneinen, entspräche zwar „logischer Anordnung“⁶³, stände aber im Widerspruch zu den Interessen der Parteien und der Idee eines auf die Lösung konkreter Streitfragen gerichteten Vertragsrechts. Um auch die dogmatische „Logik“ zu retten, behilft sich ein Teil der Lehre mit der Konstruktion eines nachträglichen Vertragsabschlusses, den sie in der beiderseitigen Beschränkung des Streitgegenstandes erblickt⁶⁴, was dann aber sofort zur ungelösten Frage führt, was bis zu diesem Zeitpunkt gegolten hat und wie es sich bei formgebundenen Verträgen verhält. Andere Autoren lehnen die hier vertretene Ansicht ab⁶⁵.

58 GAUCH/SCHLUEP, OR AT, Nr. 924.

59 Vgl. BGHZ 61, S. 288 f.

60 BGE 29 II 125.

61 BGE ZR 88, 1989, Nr. 104, S. 312.

62 Vgl. BUCHER, OR AT, S. 180, Anm. 6; GAUCH/SCHLUEP, OR AT, Nr. 924a; JÄGGI/GAUCH, N 541 zu Art. 18 OR; KRAMER, N 250 zu Art. 18 OR.

63 BGE 29 II 124.

64 ZINDEL, SJZ 78, 1982, S. 359. Zustimmend: KRAMER, N 250 zu Art. 18 OR, der aber auf das „Empfinden“ der Parteien abstellt: Weil der subjektiv-wesentliche Punkt im Zeitpunkt des Prozesses nicht mehr als wesentlich empfunden werde, stehe jetzt einer Vertragsergänzung nichts mehr entgegen. Indes lässt sich die Tatsache, dass die Einigung über den betreffenden Punkt eben doch eine „condicio sine qua non“ für den Vertragsabschluss war, durch das spätere „Empfinden“ der Parteien nicht aus dem Wege räumen, weshalb auch diese Erklärung (trotz richtigem Ergebnis) nur schwerlich überzeugt.

65 Vgl. insbesondere: KELLER, SJZ 78, 1982, S. 126 ff. Die (wissenschaftliche) Kontroverse mit diesem Autor wurde bereits anderswo (GAUCH/SCHLUEP, SJZ 78, 1982, S. 230 ff. und GAUCH/SCHLUEP, OR AT, Nr.

D. Die wesentlichen Punkte und der Formzwang

11. Damit ein abgeschlossener Vertrag (Art. 1 Abs. 1 OR), über dessen wesentliche Punkte die Parteien sich geeinigt haben, rechtlich gültig ist, bedarf er ausnahmsweise einer besondern *Form, die das Gesetz vorschreibt* (Art. 11 OR)⁶⁶. Vorliegend ist dies deshalb von Bedeutung, weil wir in der Formlehre erneut auf die wesentlichen Vertragspunkte stossen. Um den Umfang des gesetzlichen Formzwanges (namentlich bei der öffentlichen Beurkundung) zu umschreiben, greift nämlich die Formlehre auf die Lehre vom Konsens zurück und formuliert den *Grundsatz, dass formbedürftig sowohl die objektiv- als auch die subjektiv-wesentlichen Vertragspunkte seien*⁶⁷. Dieser Rückgriff auf die Lehre vom Konsens hat sich eingebürgert, ist aber keineswegs so selbstverständlich, wie er in Literatur und Rechtsprechung bisweilen hingenommen wird. Denn:

12. In den beiden Gebieten (Konsens- und Formlehre) erfüllen die wesentlichen Vertragspunkte je eine andere Funktion. *Die Fragestellung ist verschieden*. In der Konsenslehre geht es um den Inhalt, den der Konsens haben muss, damit überhaupt ein Vertrag im Sinne des Art. 1 OR abgeschlossen ist. In der Formlehre dagegen geht es um den Umfang des Formzwanges, von dem die Gültigkeit des abgeschlossenen Vertrages (Art. 11 Abs. 2 OR) abhängt⁶⁸. Dieser Umfang aber bestimmt sich nach dem Wortlaut und Zweck der anwendbaren Formvorschriften⁶⁹, nicht nach den Erfordernissen, denen der Konsens für das Zustandekommen des Vertrages zu genügen hat. So gesehen, kann der Grundsatz, wonach der Formzwang sich auf die wesentlichen Vertragspunkte erstreckt, nur von beschränkter Tragweite sein:

- a. Zunächst bedarf er einer *generellen Präzisierung*, was die subjektiv-wesentlichen Punkte betrifft. Ein Teil der Lehre bezieht den Grundsatz zwar auf alle Abreden, die subjektiv-wesentliche Punkte regeln⁷⁰. Das führt jedoch zu einer zweckwidrigen Überdehnung des Formerfordernisses⁷¹. Deshalb wird der Formzwang durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts eingeschränkt und im subjektiv-wesentlichen Bereich nur auf solche Vertragspunkte bezogen, die ihrer Natur nach ein Element des betreffenden Vertragstypus (z.B. des Grundstückkaufes) bilden⁷².

924a) ausgetragen, worauf hier verwiesen sei. KELLER/SCHÖBI, Allgem. Lehren, S. 121 scheinen jetzt (wenn ich sie richtig verstehe) der hier vertretenen Ansicht im Ergebnis nahe zu kommen.

⁶⁶ Haben dagegen die Parteien eine besondere Form vorbehalten, aber noch nicht erfüllt, so wird vermutet, dass der Vertrag gar noch nicht abgeschlossen wurde (Art. 16 Abs. 1 OR).

⁶⁷ Vgl. z.B. BGE 111 II 145; 113 II 404; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 26 zu Art. 11 OR; GUHL/MERZ/ KUMMER, S. 104; LIVER, Schweizerisches Privatrecht V/I, S. 136 f.; MERZ, Vertrag und Vertragsschluss, S. 173; VOLKEN, ZWR 1981, S. 461 ff. Weitere Nachweise bei SCHMIDLIN, N 97 zu Art. 11 OR.

⁶⁸ Vgl. demgegenüber KELLER/SCHÖBI, Allgem. Lehren, S. 25 f.

⁶⁹ Hier sind immer Gültigkeitsvorschriften (Art. 11 Abs. 2 OR) gemeint.

⁷⁰ Z.B. MERZ, Vertrag und Vertragsschluss, S. 173 ff.

⁷¹ BGE 90 II 37 f.; LEUENBERGER, in: KOLLER (Herausgeber), Der Grundstückkauf, St. Gallen 1989, S. 72.

⁷² BGE 86 II 37; 90 II 37 f.; 107 II 216; 113 II 404; zustimmend: GAUCH/SCHLUEP, OR AT, Nr. 446b; CAVIN, Schweiz. PR VII/ 1, S. 131 f.; kritisch: KOLLER, BR 1989, S. 95 f., Anm. zu Nr. 117; SCHMID, a.a.O., S. 167, der aber selber auf den Einbezug der subjektiv-wesentlichen Punkte überhaupt verzichten möchte (S. 178).

- b. [52] Aber auch mit dieser Präzisierung, die hier nicht weiter erläutert wird⁷³, hat der Grundsatz *keine absolute Geltung*. Vielmehr gilt er nur, soweit sich aus der anwendbaren Formvorschrift nicht etwas anderes ergibt⁷⁴. Somit erfüllt er zwar die Funktion einer allgemeinen Richtlinie⁷⁵, dispensiert den Rechtsanwender aber nicht von der Aufgabe, den konkreten Umfang des Formzwanges letztlich doch im Zusammenhang mit jeder einzelnen Formvorschrift zu bestimmen⁷⁶.

Das letztere fällt leicht, soweit der Wortlaut einer anwendbaren Formvorschrift ausdrücklich und abschliessend festlegt, welche Angaben unter den Formzwang fallen⁷⁷. Für die Mehrzahl der Formvorschriften aber bleibt nichts anderes übrig, als auf den Zweck der Vorschrift abzustellen. Danach können z.B. gewisse Nebenabreden (Abreden über objektiv-unwesentliche Punkte) vom Formzwang befreit sein, auch wenn sie im Einzelfall subjektiv-wesentliche Vertragspunkte betreffen⁷⁸. Umgekehrt kann sich aus dem Zweck der einzelnen Formvorschrift ergeben, dass Nebenabreden, die eine formbedürftige Leistungspflicht präzisieren oder bekräftigen⁷⁹, in jedem Fall (ohne Rücksicht auf die subjektive Wesentlichkeit) zu verurkunden sind⁸⁰. Und schliesslich ist möglich, dass der gesetzliche Formzwang sich auch auf Tatsachen erstreckt, die überhaupt nicht den Vertragsinhalt beschlagen⁸¹.

13. Natürlich gäbe es, was den Umfang des Formzwanges und die wesentlichen Vertragspunkte überhaupt betrifft, noch vieles beizufügen. Auch wäre einiges zu ergänzen und zu vertiefen, was bereits ausgeführt wurde. Das alles aber würde, um es mit der üblichen Exkulpationsformel zu sagen, „den Rahmen des vorliegenden Diskussionsbeitrages sprengen“.

Korr.: MD, 03.03.2005

73 Vgl. darüber z.B. GAUCH/SCHLUEP, OR AT, Nr. 446b und LEUENBERGER, a.a.O., S. 73 f.

74 Vgl. z.B. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 28 zu Art. 11 OR.

75 Vgl. demgegenüber SCHMID, a.a.O., S. 157 ff., der die Brauchbarkeit der Grundsatzes überhaupt bestreitet.

76 BUCHER, OR AT, S. 163.

77 Vgl. z.B. Art. 226a Abs. 2 und 3 OR.

78 Bei der Bürgschaft z.B. Abreden, welche die Bürgenstellung erleichtern (vgl. SCHMID, a.a.O., S. 143 f. und 145).

79 Z.B. Abreden über Zahlungsbedingungen oder Konventionalstrafen.

80 Vgl. HAAB, N 17 zu Art. 657 ZGB; MEIER-HAYOZ, N 85 zu Art. 657 ZGB; SCHMIDLIN, N 96 zu Art. 11 OR; Schmid, a.a.O., S. 166.

81 Vgl. SCHMID, a.a.O., S. 165. Beim Grundstückkauf gehört „zu diesen Tatsachen die genaue Bezeichnung der Parteien, welche sich durch die Erklärungen berechtigen und verpflichten, sowie die Angabe des Vertretungsverhältnisses, wenn ein Dritter für eine Partei handelt“ (BGE 112 II 332).